

## El abogado frente al blanqueo de capitales ¿Entre Escila y Caribdis?

Comentario a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 6 de diciembre de 2012 (TEDH 12323/11) Caso *Michaud* contra *Francia*.

Ivó Coca Vila

Universitat Pompeu Fabra

**Abstract\***

*En el presente trabajo se analiza la Sentencia del TEDH de 6 de diciembre de 2012, Caso Michaud c. Francia, en la que se declara que la regulación francesa que obliga a los abogados a informar de las sospechas sobre las posibles actividades ilícitas de sus clientes en relación con el blanqueo de capitales no supone una intromisión desproporcionada –y por ende, ilegítima- en el derecho a la privacidad consagrado en el art. 8 CEDH. Asimismo, se pone de relieve que, tomando en consideración la doctrina del TEDH en el presente caso, es posible una interpretación del Ordenamiento jurídico español que logre sortear la aparente situación de permanente colisión de deberes en la que se habría instalado al letrado, obligado por un lado a guardar el secreto profesional, pero por otro, apremiado a comunicar las operaciones sospechosas de blanqueo de capitales que pudiera conocer en el ejercicio de su profesión.*

*This article analyzes the European Court of Human Rights judgement of 6 December 2012, Michaud v. France, declaring that the French regulation requiring attorneys to report their suspicions about possible illegal activities of their customers in relation to money laundering is not a disproportionate interference –and therefore illegal- with the right of privacy enshrined in art. 8 ECHR. This paper also tries to show that, taking into account the doctrine of the ECtHR in the mentioned case, it is possible to interpret the Spanish legal system so that it overcomes the apparent situation of permanent conflict of duties which would burden the lawyer: on the one hand, bound by the duty of professional secrecy. On the other, urged to report suspicious transactions of money laundering that he finds out in the exercise of his profession.*

*In der vorliegenden Entscheidungsanmerkung wird das Urteil des EGMR vom 6. September 2012, („Michaud v. Frankreich“) analysiert. In dieser Entscheidung wurde festgestellt, dass die französische Regelung, die Rechtsanwälte verpflichtet, über einen Verdacht bei möglichen illegalen Aktivitäten ihrer Klienten im Zusammenhang mit Geldwäsche Auskunft zu erteilen, keinen unverhältnismäßigen und somit auch keinen rechtswidrigen Eingriff in das Recht auf Achtung des Privatlebens aus Art. 8 EMRK darstellt. Hierzu wird soll dargelegt werden, dass es unter Berücksichtigung der Doktrin des EGMR im vorliegenden Fall möglich ist, die spanische Rechtsordnung so auszulegen, dass die offensichtliche Zwickmühle umgangen wird, in die sich der Verteidiger gedrängt sieht, da er einerseits zur Wahrung des Berufsgeheimnisses verpflichtet ist, andererseits aber gezwungen wird, verdächtige Geldwäschetätigkeiten, von denen er im Rahmen seiner Berufsausübung Kenntnis erlangt, mitzuteilen.*

*Title: The lawyer and money laundering - between Scylla and Charybdis. Comment of the ECHR's decision of 6 December 2012 - 12323/11 (“Michaud v. France“)*

*Titel: Der Rechtsanwalt im Angesicht der Geldwäsche - zwischen Skylla und Charybdis. Anmerkung zum Urteil des EGMR vom 6. Dezember 2012 - 12323/11 („Michaud v. Frankreich“)*

---

\* Este trabajo se enmarca en el Proyecto de investigación «Nuevos fenómenos regulatorios y responsabilidad penal de la empresa», financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad del Gobierno de España. Referencia del Proyecto: FFI2008- 01738/FISO.

*Palabras Clave:* Blanqueo de capitales, directivas comunitarias anti-blanqueo, abogado, vida privada y familiar, secreto profesional, órgano autorregulador.

*Keywords:* Money laundering, European anti-money laundering Directives, lawyer, right to respect for private and family life, attorney-client privilege, self-regulatory body.

*Stichworte:* Geldwäsche, EU-Direktive gegen Geldwäsche, Rechtsanwalt, Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens, Schweigepflicht, Selbstverwaltungseinrichtung.

## *Sumario*

1. Abogacía y blanqueo de capitales
2. El caso *Michaud c. Francia* (12323/11)
  - 2.1 El *Code monétaire et financier* y el art. 8 CEDH
  - 2.2 La obligación de comunicar operaciones sospechosas como vulneración del art. 8 CEDH
  - 2.3 La defensa de la compatibilidad entre el deber de información y el art. 8 CEDH
3. El fallo de TEDH en el Caso *Michaud c. Francia*
4. Reflexiones a la luz del derecho español
  - 4.1 ¿Entre Escila y Caribdis?
  - 4.2 Desenredando la madeja
    - a) El abogado en su genuino cometido
    - b) El asesoramiento de operaciones por cuenta de clientes relativas a la compraventa de bienes inmuebles o entidades comerciales
      - b.1) El desempeño de la misión de defensa en procesos judiciales o en relación con ellos
      - b.2) La determinación de la posición jurídica en favor del cliente
  - 4.3 El órgano de prevención del blanqueo de capitales en el marco de los Colegios de Abogados
5. Tabla de jurisprudencia citada
6. Bibliografía

### *1. Abogacía y blanqueo de capitales*

Sin lugar a duda, la lucha contra el blanqueo de capitales resulta, sino el reto, uno de los retos político-criminales fundamentales de la Unión Europea. Especialmente remarcable es el modo en que el legislador comunitario viene abordando este importante desafío. Como en ningún otro ámbito, el legislador europeo, y por extensión, los distintos legisladores nacionales en sus leyes de transposición, han optado por enfrentar el problema mediante la incorporación en su “lucha” de todos aquellos agentes –públicos y privados- que de un modo u otro están, por razón de su ejercicio profesional, en disposición de contribuir de forma relevante en la persecución y sanción del blanqueo de capitales.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> En este mismo sentido, crítico con la deriva político-criminal adoptada por el legislador español en el ámbito del blanqueo de capitales y, especialmente, con la transformación de sujetos privados en

Así, la Primera Directiva (91/308/CEE), relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales, “alistaba” a las entidades de crédito e instituciones financieras, obligándolas a colaborar activamente con las instituciones públicas encargadas primariamente de la represión del blanqueo. Con la Segunda Directiva (2001/97/CE), modificadora de la Primera, se da un paso más, obligando en virtud del art. 2bis a notarios y profesionales independientes del ámbito jurídico, auditores, contables externos y asesores fiscales, agentes de la propiedad inmobiliaria, casinos e intermediarios financieros a colaborar igualmente de forma activa con las instituciones públicas encargadas de la detección y represión del blanqueo. La Tercera Directiva (2005/60/CE), relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo vino a consolidar el camino político-criminal establecido en el año 1991.<sup>2</sup> En la actualidad, tanto el Consejo como el Parlamento están trabajando en la que será la Cuarta Directiva, en la que, en consonancia con las nuevas Recomendaciones publicadas en febrero de 2012 por el GAFI, se prevé, entre otros aspectos, ampliar el círculo de sujetos obligados -al incluir a los proveedores de servicios de juego de azar y a las personas que negocian con bienes de un valor superior a 7.500 €-, así como reforzar los deberes de información sobre la titularidad real de activos, y las sanciones en caso de incumplimiento de los deberes de colaboración.<sup>3</sup>

Sin duda, de entre todos los agentes privados obligados a colaborar positivamente con las instituciones públicas en la represión del blanqueo, han sido los abogados y los colegios que los representan los que con mayor escepticismo han asumido su nueva función cuasi-funcionarial.<sup>4/5</sup> La imposición a los letrados de deberes, entre otros, de comunicación y

---

“colaboradores forzosos de la justicia”, véase SILVA SÁNCHEZ, «Expansión del Derecho penal y blanqueo de capitales» en ABEL SOUTO/SÁNCHEZ STEWART (coords.), *II Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, 2011, pp. 134 y ss., y, en general, sobre los principios inspiradores de la política criminal de la Unión Europea, véase PASTOR MUÑOZ, «Europäisierung des Strafrechts und mitgliedstaatliche nationale Besonderheiten in der Europäischen Union», *GA*, 2010, pp. 84 y ss., 90 y ss. Para un análisis de los instrumentos inter- y supranacionales para la prevención y castigo del blanqueo de capitales y de la evolución político-criminal en este ámbito, véase BERMEJO, *Prevención y Castigo del Blanqueo de Capitales. Una Aproximación desde el Análisis Económico del Derecho*, Tesis doctoral inédita, 2009, pp. 250 y ss. Disponible online: <http://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/7318/tmb.pdf.pdf?sequence=1>

<sup>2</sup> Asimismo, en el año 2006 se aprobó una nueva Directiva (2006/70/CE) en la que se establecen disposiciones para la aplicación de la Directiva 2005/60/CE en lo relativo a la definición de personas del medio político y a los criterios técnicos aplicables en los procedimientos simplificados de diligencia debida con respecto al cliente, así como en lo que atañe a la exención por razones de actividad financiera ocasional o muy limitada.

<sup>3</sup> Véase la “Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo”, presentado por la Comisión Europea en Estrasburgo, el 5 de febrero de 2013. Disponible online: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2013:0045:FIN:ES:PDF>

<sup>4</sup> Como prueba de este malestar, baste una lectura a las dos primeras “Conclusiones” de la Sección Administrativa y profesional, coordinada por el Dr. D. Nielson Sánchez Stewart, Presidente de la Comisión de Prevención de Blanqueo de Capitales del Consejo General de la Abogacía Española, en el III Congreso sobre **prevención** y represión del blanqueo de capitales, celebrado en Santiago de Compostela los días 18, 19 y 20 de julio de 2012. “I – Los Abogados somos, aunque no comprendamos la razón de nuestra inclusión, sujetos obligados al cumplimiento de la Ley preventiva del blanqueo cuando participamos en la realización, concepción o asesoramiento de operaciones mercantiles, inmobiliarias o financieras o actuamos por cuenta de clientes. II – Que esta situación nos impone una pléyade de obligaciones, gravosas, exageradas, a veces atentatorias contra los principios que inspiran la profesión –singularmente la confianza y el secreto profesional- y difíciles de cumplir.” Las

colaboración con los órganos estatales de prevención de blanqueo de capitales ante indicios o certezas de actividades constitutivas de un delito blanqueo de capitales en las que estuviera implicado su propio cliente resultaría difícilmente compatible con el necesario privilegio de la confidencialidad de la relación abogado-cliente, y con el consecuente deber de reserva del secreto profesional.<sup>6</sup> Ello amenazaría seriamente los valores esenciales de la profesión del abogado, y por ende, una de las instituciones básicas del Estado de Derecho. Por otro lado, tanto el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH), en su art. 8, como los distintos ordenamientos nacionales vienen consagrando ese imprescindible privilegio, que, además, suele estar garantizado mediante la imposición al letrado de un deber jurídico-penal de no revelar la información de su cliente a la que accede en el marco de su relación profesional. Así las cosas, las tres Directivas ya citadas, la restrictiva interpretación jurisprudencial que el TJCE viene llevando a cabo del secreto profesional,<sup>7</sup> y las correspondientes leyes nacionales que transponen todo lo anterior, supondrían, por un lado, una injerencia desproporcionada en el derecho fundamental a la privacidad de la relación abogado-cliente (art. 8 CEDH), pero a la vez, un grave socavamiento de uno de los pilares básicos del Estado de Derecho como es la tutela judicial efectiva, en la medida en que se atacaría frontalmente la necesaria confianza rectora de la relación cliente-abogado, única vía para garantizar que éste último disponga de la información necesaria para llevar a cabo su cometido de la mejor manera posible, y por lo tanto, única vía para asegurar el derecho a un proceso justo y a no declarar contra uno mismo (art. 6 CEDH).

## 2. El caso *Michaud c. Francia* (12323/11)

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha tenido finalmente a través de su Sentencia de 6 de diciembre de 2012 la oportunidad de pronunciarse sobre la compatibilidad de las obligaciones positivas de colaboración impuestas a los abogados por el Derecho francés en consonancia con el Derecho comunitario “anti-blanqueo” y el

---

Conclusiones al completo, disponible online en la página web del CGAE: [http://blanqueo.icaib.org/wp-content/uploads/sites/4/2013/04/CONCLUSIONES\\_ABOGACA\\_Y\\_BLANQUEO\\_SANTIAGO\\_2012.pdf](http://blanqueo.icaib.org/wp-content/uploads/sites/4/2013/04/CONCLUSIONES_ABOGACA_Y_BLANQUEO_SANTIAGO_2012.pdf)

<sup>5</sup> No así, por ejemplo, en Alemania, donde desde antaño se reconoce la función institucional del letrado, visto como un colaborador esencial de la Administración de justicia. Véase JAEGER, «Rechtsanwälte als Organ der Rechtsplege – Notwendig oder überflüssig? Brüder oder Schutz?», *NJW*, 2004, pp. 6 y ss.; o MÜLLER, «Berufsfreiheit und Freiheit des Berufs- Der Strafverteidiger als Organ der Rechtsplege» en WIDMAIER et al. (eds.), *FS-Dahs*, 2005, p. 3 y ss., 10 y ss.

<sup>6</sup> Al respecto, COCA VILA, «La posición jurídica del abogado: Entre la confidencialidad y los deberes positivos» en SILVA SÁNCHEZ (dir.)/MONTANER FERNÁNDEZ (coord.), *Criminalidad de empresa y Compliance*, 2013, pp. 287 y ss. Advirtiendo el cambio del estatus jurídico del abogado asesor en relación con el blanqueo de capitales, pasando de la casi absoluta impunidad a desempeñar un función institucional, vid. ROBLES PLANAS, «Riesgos penales del asesoramiento jurídico», *Diario La Ley*, (7015), 2008, p. 1.

<sup>7</sup> En este sentido, concluyendo que las obligaciones que la Directiva 2001/97/CE imponía a los abogados no vulneraban el derecho a un proceso justo (art. 6 CEDH), véase STJCE de 26.06.2007 (asunto C-305/05). Al respecto, véase SILVA SÁNCHEZ, «Blanqueo de capitales y asesoramiento jurídico: la perspectiva del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», *Revista Togas*, 26 de julio de 2007, *passim*. Sobre la interpretación laxa que el TJCE viene haciendo del privilegio de la confidencialidad de la relación abogado-cliente, véase con citas adicionales, COCA VILA en SILVA SÁNCHEZ (dir.)/MONTANER FERNÁNDEZ (coord.), *Criminalidad de empresa y Compliance*, 2013, pp. 287 y ss.

privilegio de la confidencialidad de la relación abogado-cliente, consagrado en el art. 8 del CEDH.<sup>8</sup> Lo relevante del presente caso es que, por primera vez, se plantea el conflicto existente entre los deberes de denuncia o de información de operaciones sospechosas y el derecho a la confidencialidad de la relación-abogado cliente. A diferencia de la STJCE de 26 de junio de 2007 (asunto C-305/05), en la que se examinaba la compatibilidad de la obligación de informar a las autoridades públicas de tales operaciones en relación con el derecho a un proceso justo (art. 6 CEDH), en el caso ahora analizado, el TEDH aborda la imposición de tales deberes positivos desde una óptica distinta, pues no se trata, o no en primer término, de los intereses del cliente, sino de cómo compatibilizar el derecho mismo del abogado a ejercer su profesión en las debidas condiciones con las obligaciones que se le imponen de informar a las autoridades públicas sobre operaciones sospechosas de las que conoce en el ejercicio de su actividad profesional.

### 2.1 *El Code monétaire et financier* y el art. 8 CEDH

El Derecho francés, resumidamente y a los efectos que ahora nos interesan, emplaza en el Código Monetario y Financiero -en donde se traspone la normativa comunitaria al respecto- a los abogados a informar a las autoridades públicas de aquellas operaciones de sus clientes sospechosas de estar vinculadas a actos de blanqueo de capitales o de financiación del terrorismo (art. L. 561-2 CMF), cuando aquéllos asisten o asesoran a sus clientes en tasadas transacciones mercantiles y societarias (art. L. 561-3 CMF). Dicha obligación de informar no opera cuando la relación está sujeta a un procedimiento judicial, con independencia de si la información fue conocida por el letrado antes, durante o después del mismo, o en el marco del asesoramiento legal prestado para evitar o iniciar un proceso. En cambio, dicha obligación subsiste cuando el abogado conoce que el objetivo último de la solicitud de la asesoría legal de su cliente es poder llevar a cabo actos de blanqueo o financiación del terrorismo (art. L. 561-3 II CMF). En todo caso, y a diferencia de lo que sucede en España, en el sistema francés, de acuerdo con el art. L 561-17 del CMF, los letrados no deben remitir directamente las operaciones sospechosas de sus clientes a la Unidad de inteligencia Financiera (UIF), en Francia (*Tracfin*), en España (*Sepblac*). El legislador galo, amparándose en la posibilidad que brinda el art. 23 de la Tercera Directiva, ha previsto la canalización de los procesos de información a través de un organismo autorregulador vinculado a los Colegios profesionales, de modo que los letrados deben despachar sus informes al Presidente del Colegio de Abogados correspondiente al “Conseil d’Etat” y de la “Cour de Cassation” o al Decano de su Colegio territorial, correspondiendo a estas autoridades colegiales apreciar si, de acuerdo con los requisitos legales, resulta procedente o no transmitir finalmente la información sobre la operación sospechosa al *Tracfin*.

Ahora bien, frente a la imposición a los letrados de deberes de revelar a las instituciones públicas información relevante para la represión del blanqueo de capitales se erige el art. 8

---

<sup>8</sup> Caso *Michaud c. Francia* (12323/11), STEDH Estrasburgo (Sección quinta) de 6 de diciembre de 2012. Disponible online: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-115377>

del CEDH,<sup>9</sup> en donde se consagra la protección de la confidencialidad de las comunicaciones y, particularmente, el secreto de las relaciones abogado-cliente. Con ello, queda definido el conflicto jurídico objeto de la Sentencia que nos ocupa. ¿Es posible cohonestar el derecho a la confidencialidad de la relación abogado-cliente con los deberes positivos impuestos por el CMF en consonancia con las directrices comunitarias? A continuación se resumen los argumentos esgrimidos por el demandante y las observaciones formuladas por los distintos Colegios de abogados actuando como partes interesadas (*Third-party interveners*). Asimismo, se extractan los argumentos presentados por el Gobierno francés en defensa de la compatibilidad de su regulación nacional con el art. 8 CEDH, para, finalmente, presentar el fallo del TEDH y los fundamentos que lo sostienen.

## 2.2 La obligación de comunicar operaciones sospechosas como vulneración del art. 8 CEDH

Richard Michaud, letrado de profesión, tras agotar la vía interna, procedió a demandar al Estado francés frente al TEDH, al entender que la normativa interna francesa vulnera el art. 8 CEDH. Así, en primer lugar, alega en su demanda que la regulación de aquel país es confusa, pues exige a los abogados la comunicación de operaciones “sospechosas”, sin concretar cuándo una operación es sospechosa; e indeterminada, al no especificar suficientemente en el ejercicio de qué actividades quedan obligados los abogados.<sup>10</sup> Asimismo, reconociendo la necesidad de los Estados de luchar contra el blanqueo de capitales, entiende el demandante que las concretas medidas dispuestas para ello en relación con los abogados son desproporcionadas, pues el fin perseguido no justifica convertir al abogado en un “denunciante por proximidad”, desterrando su deber de reserva; e innecesarias, pues obligar a los abogados a informar de las operaciones sospechosas sería palmariamente superfluo en la medida en que aquéllos están ya sujetos a la legislación general que prohíbe el blanqueo de capitales, respondiendo incluso penalmente por el auxilio o la inducción cuando no proceden a disuadir a su cliente de llevar a cabo operaciones financieras susceptibles de ser constitutivas de delito de blanqueo de capitales. En definitiva, obligar a los abogados a comunicar las operaciones sospechosas de las que tuvieran conocimiento en el ejercicio de su profesión sería innecesario tomando como referencia el objetivo-político criminal último, y además contraproducente, pues se contradice abierta y frontalmente con la función última del abogado y su esencial papel en un sistema de Derecho democrático.

En un sentido parecido, como tercero interviniente, el Consejo de la Abogacía Europea (CCBE), sostiene que los deberes de comunicación de las operaciones sospechosas suponen una amenaza muy seria de los valores más esenciales de la profesión de la abogacía, pues

<sup>9</sup> Artículo 8 CEDH. Derecho al respeto a la vida privada y familiar: 1. *Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.* 2. *No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.*

<sup>10</sup> Caso *Michaud v. France* (12323/11), Nm. 59 y ss.

pretender determinar la obligación a partir de distinción material del tipo de actividad llevada a cabo por el abogado (como hace la regulación francesa), resultaría imposible, de modo que el abogado nunca apreciaría con exactitud cuándo se halla obligado a la comunicación y cuando debe respetar el secreto profesional.<sup>11</sup> Asimismo, entiende el Consejo que esa incertidumbre se agranda en la medida en que no se les obliga a denunciar delitos ciertos, sino meras sospechas, lo que resulta incompatible con el derecho a la confidencialidad y el libre intercambio de información abogado-cliente, siendo todo ello indispensable en aras de salvaguardar el derecho a la privacidad (art. 8 CEDH). Asimismo, denuncia el CCBE que obligando de tal modo a los abogados se les convierte *de facto* en “agentes del Estado”, situándolos en una permanente situación de conflicto de intereses con sus clientes. Esto es, a quien tradicionalmente ha sido *parte*, obligado a defender primariamente los intereses de su cliente, se le convierte ahora también en “policía”, obligado a la defensa de intereses supraindividuales. La compatibilización de ambos roles, resultaría, sencillamente, imposible.

Por otro lado, el Consejo de Abogados de habla francesa de Bruselas (*French-speaking Bar Council of Brussels*), aunque sin definirse explícitamente sobre la compatibilidad o incompatibilidad del derecho francés con el art. 8 CEDH, señala que el privilegio de la confidencialidad es esencial para que el cliente pueda transmitir libremente a su abogado toda aquella información necesaria para ver efectivamente realizado su derecho a la defensa, añadiendo que no se trata exclusivamente de la protección de la privacidad del cliente, sino también de la preservación de la confianza del cliente en la profesión del abogado y, por ende, en el sistema judicial en su conjunto.<sup>12</sup>

Finalmente, asimismo en condición de tercero interviniente, el EBHRI (*The European Bar Human Rights Institute*), señala que la admisión de la intromisión en el derecho a la privacidad que trae consigo la obligación de informar sobre operaciones sospechosas debe ser valorada, básicamente, a la luz de los siguientes cuatro aspectos: en primer lugar, debe tenerse en cuenta que la imposición de tales deberes pone en riesgo el derecho del cliente a no declararse culpable; en segundo lugar, que la regulación francesa obliga a informar de las operaciones “sospechosas” sin definir en modo alguno este término; en tercer lugar, advierte el EBHRI que, en comparación con países como Canadá o EUA, pero también otros Estados miembros de la UE, como Italia o Bélgica, el Derecho francés protege en menor medida el privilegio de la confidencialidad; y finalmente, en cuarto lugar, se advierte que el abogado juega un papel esencial en el mantenimiento de la confianza en el sistema público judicial, certidumbre que precisa de letrados independientes frente a las autoridades públicas.<sup>13</sup> Asimismo, entiende el EBHRI que la regulación francesa sería además poco respetuosa con las garantías procesales, pues obliga a informar a las autoridades públicas de manera indeterminada sin que el filtro establecido a través de los órganos autorregulados sea realmente un medio eficaz de garantía del secreto profesional, pues tales órganos procederían únicamente a no comunicar aquellas operaciones que

---

<sup>11</sup> Nm. 75 y ss.

<sup>12</sup> Nm. 80 y ss.

<sup>13</sup> Nm. 88.

indubitadamente no debieran ser trasmitidas conforme a la legislación francesa.<sup>14</sup>

### 2.3 La defensa de la compatibilidad entre el deber de información y el art. 8 CEDH

Por el contrario, el Gobierno francés, en la misma línea que la resolución del *Conseil d'Etat* del 23 de julio de 2010, sostiene que la normativa francesa no supone una intromisión ilegítima en el derecho a la vida privada recogido en el art. 8 CEDH.<sup>15</sup> La legislación gala que obliga a los abogados a comunicar las operaciones “sospechosas” sería suficientemente clara, de modo que no vulneraría el principio de legalidad, pues, conforme al art. L. 561-15 del CMF únicamente deberían ser comunicadas aquellas operaciones en las que el abogado conoce fehacientemente que los fondos tienen un origen ilícito, o cuando las características de la operación, o la falta de detalles o de información hagan imposible no albergar la sospecha racional de que el origen de los fondos en cuestión tiene un origen lícito.<sup>16</sup> Asimismo, alega el Gobierno francés que de acuerdo con su normativa interna, los abogados no quedan afectados por aquélla en su actividad vinculada a procedimientos judiciales o cuando son requeridos para asesorar legalmente.<sup>17</sup> El único caso en el que no regiría esta exclusión del deber de informar sería aquél en el que el propio abogado tomara parte en las operaciones de blanqueo de capitales, el asesoramiento legal fuera prestado para llevar a cabo tales operaciones, o cuando el letrado conoce que su cliente reclama su consejo legal para realizar actuaciones constitutivas de blanqueo de capitales. Y por último, pero no por ello menos importante, asegura el Gobierno francés que su regulación es especialmente respetuosa con el privilegio de la confidencialidad abogado-cliente en la medida en que, de acuerdo con el art. 6 de la Primera Directiva (y posteriormente, en virtud del art. 23 de la Tercera), prevé la existencia de órganos autorregulados de la misma profesión jurídica que se encargan de filtrar la comunicación a las instituciones públicas de las operaciones sospechosas, de manera que únicamente se notifican a la UIF aquellas operaciones que, tras un segundo análisis experto, deben efectivamente ser comunicadas conforme a la legislación francesa.<sup>18</sup>

### 3. El fallo de TEDH en el Caso *Michaud c. Francia*

Habiendo presentado los argumentos de las partes y concretado el objeto de discusión, queda por examinar el sentido y la fundamentación del fallo. En primer lugar, reconoce el TEDH que el art. 8 de la Convención protege la confidencialidad de las comunicaciones privadas, con independencia de su contenido y de quien tome parte en ellas, de manera que también protege la confidencialidad de la información intercambiada entre el abogado y su cliente. Así las cosas, el obligar al abogado a revelar en determinadas ocasiones la información intercambiada con su cliente supone una intromisión en su derecho a la vida privada. En el caso de los abogados, el privilegio de la confidencialidad de su relación con el cliente aparece como especialmente relevante en la medida en que aquél, en cuanto que

---

<sup>14</sup> Nm. 88.

<sup>15</sup> Nm. 69 y ss.

<sup>16</sup> Nm. 70.

<sup>17</sup> Nm. 69 y ss.

<sup>18</sup> Nm. 74

defensor de litigantes, desempeña un rol esencial en toda sociedad democrática.<sup>19</sup> De no garantizarse la confidencialidad del intercambio de información entre cliente y abogado, no solo se perturbaría la intimidad del abogado como tal, sino también la función que éste desempeña en el sistema judicial propio de un Estado de Derecho. Asimismo, señala el TEDH que de manera indirecta, el cuestionamiento de la confidencialidad en tales relaciones pone igualmente en jaque el derecho a un proceso justo, así como el derecho de todo acusado a la no-autoinculpación.<sup>20</sup>

En este escenario, y a tenor de la regulación nacional francesa, reconoce el Tribunal que el abogado se encuentra ante el dilema de, o bien renunciar a la confidencialidad en el intercambio de información con su cliente y al correspondiente secreto profesional, o, por el contrario, renunciar al cumplimiento de tales deberes de denuncia, quedando entonces sujeto a sanciones disciplinarias o incluso a la inhabilitación profesional. Así pues, señala el TEDH que la solución a esta situación dilemática estriba en si la intromisión en el derecho a la vida privada (art. 8 CEDH) está o no justificada, esto es, si resulta “conforme a la ley” y persigue uno o más objetivos legítimos, siendo su conquista “necesaria en una sociedad democrática”.<sup>21</sup> A la primera cuestión, responde el TEDH de forma concluyente. La intromisión es “conforme a la Ley”, esto es, la intromisión en el derecho del art. 8 CEDH tiene una base legal, y en contra de lo sostenido por el demandante, suficientemente clara y determinada.<sup>22</sup> Del mismo modo, tampoco vacila el Tribunal al afirmar que los fines últimos perseguidos, esto es, la represión del blanqueo y la financiación del terrorismo son fines legítimos.<sup>23</sup> Por consiguiente, el problema esencial en el caso que nos ocupa reside en si dicha afectación del derecho a la confidencialidad de la relación abogado-cliente representa una medida necesaria para alcanzar el aludido fin. O, en otras palabras, se trata de decidir si, asumiendo la legitimidad de los fines perseguidos por la legislación francesa, obligar a los abogados a informar sobre las operaciones sospechas de sus clientes supone o no una intromisión necesaria en su derecho a la privacidad, y por ende, en su derecho a la confidencialidad de la relación profesional. Por intromisión necesaria se entiende aquella que, en consonancia con los objetivos del art. 8 CEDH, supone una respuesta proporcionada a una necesidad social acuciante (“*pressing social need*”).<sup>24</sup>

Sentado lo anterior, concluye el TEDH que exigir a los abogados que notifiquen las operaciones sospechosas de blanqueo de capitales no supone una intromisión ilegítima excesiva o desproporcionada en su derecho a mantener en secreto la información a la que acceden en el ejercicio de su profesión. Primeramente, porque el gravar a los abogados con estos deberes positivos sirve a un interés general esencial. Además, conforme a la legislación francesa no deben ser notificadas con carácter general aquellas informaciones que se obtienen en el curso de actividades vinculadas con procesos judiciales, o cuando el abogado actúa como asesor jurídico. La excepción a esta exclusión del deber de comunicar

---

<sup>19</sup> Nm. 90 y ss.

<sup>20</sup> Nm. 118.

<sup>21</sup> Nm. 92.

<sup>22</sup> Nm. 94 y ss.

<sup>23</sup> Nm. 99 y 100.

<sup>24</sup> Nm. 118 a 120.

las operaciones sospechosas sería del todo razonable, pues se refiere a aquellos supuestos en los que el abogado toma parte en la actividad delictiva, el asesoramiento tiene como fin llevar a cabo actos de blanqueo, o el abogado sabe que el cliente demanda su asesoría para realizar esas actividades. A partir de aquí, el TEDH asienta su fallo sobre tres pilares argumentales, remarcando la esencialidad de los dos últimos conforme al orden en que aquí se presentan. En primer lugar, reconoce el Tribunal el papel fundamental que los abogados desempeñan en una sociedad democrática, contribuyendo sustancialmente a una adecuada administración de justicia. Pese a ello, cree igualmente incuestionable que el privilegio de la confidencialidad de sus relaciones no resulta absoluto, pues pueden concurrir buenos motivos para limitarlo.<sup>25</sup> Así, en la medida en que el blanqueo de capitales suele estar vinculado a la financiación de actividades ilícitas, como por ejemplo el tráfico de drogas o el terrorismo internacional, su represión supone una empresa fundamental, pues tales fenómenos delictivos supondrían una auténtica amenaza para el propio sistema democrático. Ello además explica que no solo se muestren como legítimas las medidas de represión, esto es, la sanción de actos de blanqueo, sino que, adicionalmente, quepa legitimar medidas preventivas.<sup>26</sup> Por ende, el argumento del demandante según el cual no tendría sentido obligar positivamente a los abogados al estar ya sujetos a la normativa general que prohíbe los actos de blanqueo quedaría desvirtuado. La intromisión en el derecho consagrado en el art. 8 CEDH no solo responde a un fin legítimo, sino que se prevé en aras de la consecución de un objetivo último capital, la conjura de peligros que amenazan la misma esencia del Estado democrático, de modo que no solo sería legítimo prohibir la intervención en tales operaciones, sino también recurrir a los particulares para que, obligados ahora positivamente, contribuyan ya a su prevención.<sup>27</sup>

Como ya se ha dicho, junto a este primer razonamiento de conveniencia político-criminal, el TEDH fundamenta la proporcionalidad de la intromisión en el art. 8 CEDH sobre la base de otros dos factores, que tacha de decisivos, y que, en esencia, guardan relación, el primero con la *ratio* última del privilegio de la confidencialidad abogado-cliente, y el segundo, con los concretos mecanismos dispuestos por el legislador francés para la tramitación de la notificación de las sospechas. En primer lugar, señala el TEDH que a tenor de la legislación nacional francesa, en verdad, el abogado queda obligado a informar de las operaciones sospechosas en el marco de actividades profesionales que no son estrictamente las propias del abogado, o cuanto menos, en el marco de actividades que “son similares a las llevadas a cabo por otras profesiones sujetas a la misma obligación”,<sup>28</sup> pero no en el desempeño del rol esencial del abogado, esto es, en la defensa de sus clientes. Recuérdese que la legislación francesa obliga a informar de las operaciones sospechosas a los abogados, básicamente, cuando intervienen asistiendo o asesorando a sus clientes en transacciones de carácter mercantil o societario (art. L 561-2 CMF). Asimismo, señala el TEDH que el CMF especifica que los abogados no devienen obligados cuando conocen de las operaciones sospechosas en el marco de procedimientos judiciales, con independencia de que hayan recibido esa información antes, durante o después de tales procedimientos,

---

<sup>25</sup> Nm. 123 a 125.

<sup>26</sup> Nm. 124.

<sup>27</sup> Nm. 123.

<sup>28</sup> Nm. 127 y s.

quedando igualmente excluida de denuncia la información obtenida en el asesoramiento legal general, o en el prestado para evitar o iniciar un proceso judicial. El abogado que asesora legalmente únicamente está obligado a comunicar la operación sospechosa cuando lo hace sobre cómo llevar a cabo actos de blanqueo de financiación del terrorismo, o al menos, cuando el abogado sabe que esa es la pretensión de su cliente. Por todo ello, concluye el TEDH que “La obligación de reportar sospechas no alcanza la verdadera esencia del rol del abogado defensor, que, como se dijo anteriormente, constituye la base fundamental del secreto profesional.”<sup>29</sup> Así las cosas, la afectación de la función del abogado en el sistema democrático no tendría en modo alguno la importancia que los demandantes invocan, pues el abogado defensor, el que realmente contribuye a garantizar la tutela judicial efectiva de su cliente, no quedaría nunca obligado por la normativa anti-blanqueo.

Y finalmente, el tercer argumento, el segundo de los factores esenciales a los que se refiere el propio Tribunal, consiste en la valoración positiva que se hace de la previsión por parte del Derecho francés de un órgano autorregulador que actúa a modo de filtro en la comunicación de operaciones sospechosas, lo que, a ojos del TEDH, sería una herramienta esencial para la protección del secreto profesional.<sup>30</sup> En la medida en que los abogados no transmiten directamente las operaciones sospechosas al *Tracfin*, sino que lo hacen al presidente del Colegio de Abogados correspondiente al “Conseil d’Etat” y de la “Cour de Cassation” o al Decano de su Colegio territorial, el privilegio de la relación abogado-cliente quedaría convenientemente garantizado, pues la decisión última de comunicar a las autoridades públicas la operación queda sujeta a la decisión de un profesional de la abogacía sujeto igualmente a las reglas de conducta que obligan al abogado que le comunica su sospecha, pero que además, está en una posición especialmente idónea para determinar la procedencia o improcedencia de la comunicación de acuerdo con los requisitos legales establecidos. Este filtro dispuesto por el legislador francés, si se quiere, procedimental, contribuiría decididamente a garantizar el debido respeto del privilegio de la confidencialidad abogado-cliente.

Por todo ello, concluye el TEDH que, de acuerdo con el objetivo legítimo perseguido (la represión del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo), la capital relevancia de dicha meta en una sociedad democrática, y los medios que el legislador francés ha determinado para ello, la obligación de informar sobre las operaciones sospechosas impuesta a los abogados no constituye una intromisión desproporcionada en el privilegio profesional de los abogados. Y por ende, la regulación francesa no vulneraría el art. 8 del CEDH.

#### ***4. Reflexiones a la luz del derecho español***

En la medida en que el CMF francés no hace sino transponer las directrices comunitarias sobre la materia, resulta evidente que, con exiguas variaciones, la problemática abordada

---

<sup>29</sup> Nm. 128.

<sup>30</sup> Nm. 129.

en el caso enjuiciado por el TEDH es perfectamente trasladable a la discusión española. Por otro lado, la sentencia comentada aborda el problema de la justificación de la intromisión en el derecho a la vida privada consagrado en el art. 8 del CEDH a tenor de la regulación francesa que obliga a los abogados a comunicar ciertas operaciones sospechosas. Sin embargo, esta situación dilemática cobra todavía más interés, al menos desde la óptica del Derecho penal, cuando se reconduce al conflicto entre el deber de comunicar tales operaciones y el deber jurídico penal de reserva del secreto profesional (art 199.2 CP).<sup>31/32</sup>

Pues bien, lo pretendido a continuación es tratar de mostrar como los dos factores esenciales sobre los que el TEDH basa la legitimidad de los deberes impuestos a los abogados en relación con el art. 8 CEDH representan a su vez un punto de referencia cardinal para tratar de solventar el problema en el ámbito del Ordenamiento jurídico español. En esencia, lo que me interesa aquí es poner de relieve que, una vez se toma en consideración cuál es el auténtico ámbito funcional propio del abogado y cuáles son las razones que legitiman el deber de reserva del secreto profesional y el privilegio de la confidencialidad, en realidad, el Ordenamiento jurídico español no deja lugar a conflicto de deberes alguno.<sup>33</sup> Por otro lado, es cierto que la determinación de cuáles son las funciones propias de un abogado, y por ende, qué funciones son las que legitiman el deber de reserva del secreto profesional puede ser en ocasiones extremadamente complejo. Sin embargo, el propio TEDH nos bosqueja aquí también el camino a seguir al remarcar la relevancia de los órganos autorregulados vinculados a los Colegios profesionales, que, a modo de tamiz, deben contribuir decididamente a la hora de determinar cuándo el abogado asesor está actuando como tal y cuándo su asesoramiento se sitúa extramuros de la función propia del letrado. Sea como fuere, adviértase que no se trata aquí del ya discutido problema de la determinación de los límites del riesgo permitido en el ejercicio de la profesión del abogado

---

<sup>31</sup> Art. 199.2 CP: *El profesional que, con incumplimiento de su obligación de sigilo o reserva, divulgue los secretos de otra persona, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para dicha profesión por tiempo de dos a seis años.* Sobre la regulación del secreto en el ordenamiento jurídico español, entre otros, AZORÍN MOLINA, «Derecho de defensa y secreto profesional del Abogado. Especial referencia al conflicto en el ámbito del blanqueo de capitales», *Revista jurídica. Región de Murcia*, (39), 2007, pp. 36 y ss. Acerca de la discusión sobre el bien jurídico protegido por el art. 199. 2 CP, en detalle, CORTÉS BECHIARELLI, «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 (Universidad de Extremadura)*, (21), 2003, pp. 153 y ss., p. 163 y s.; quien acertadamente señala que no se trata, o no en puridad, de un delito que protege la intimidad del cliente, sino más bien de la necesaria confianza que debe regir la relación de aquél con su abogado. El sentir mayoritario en la doctrina es el opuesto, el bien jurídico único o principal garantizado sería la intimidad. Así, por todos, véase CÓRDOBA RODA, *Abogacía, secreto profesional y blanqueo de capitales*, 2006, pp. 31 y ss., o LOZANO MIRALLES, «Delitos contra la intimidad» en BAJO FERNÁNDEZ (dir.), *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)*, v. II, 1998, p. 232.

<sup>32</sup> Sobre la colisión de deberes y la interpretación doctrinal mayoritaria de la institución, de forma resumida, véase COCA VILA en SILVA SÁNCHEZ (dir.)/MONTANER FERNÁNDEZ (coord.), *Criminalidad de empresa y Compliance*, 2013, pp. 301 y ss.; y los recientes trabajos informativos de RÖNNAU, «Grundwissen-Strafrecht: Rechtfertigende Pflichtenkollision», *JuS*, (2), 2013, pp. 113 y ss.; y SATZGER, «Die rechtfertigende Pflichtenkollision», *Jura*, (10), 2010, pp. 753 y ss. En la literatura española, fundamental, CUERDA RIEZU, *La colisión de deberes en derecho penal*, 1984, *passim*.

<sup>33</sup> Para un estudio detallado del problema, véase COCA VILA en SILVA SÁNCHEZ (dir.)/MONTANER FERNÁNDEZ (coord.), *Criminalidad de empresa y Compliance*, 2013, pp. 287 y ss.

en relación con el delito de blanqueo de capitales,<sup>34</sup> sino, simplemente, de decidir si es posible que el abogado en el ejercicio normal de su profesión se vea obligado a delatar a su cliente en observancia de su nueva función institucional.

#### 4.1 ¿Entre Escila y Caribdis?

Como es sabido, la vigente Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, mediante la que se traspone la Directiva 2005/60/CE, incluye a los abogados como sujetos obligados (art. 2).<sup>35</sup> No obstante, a diferencia del resto de obligados, aquéllos no lo son por su condición profesional, sino en función de la concreta actividad que realizan, es decir, no se trata de una sujeción con base en un criterio formal (como podría ser la colegiación), sino material (por la concreta naturaleza de la actividad llevada a cabo).<sup>36</sup> Así, en el art. 2 ñ) de la Ley 10/2010 se establece que los abogados son sujetos obligados por la misma cuando participen en:

- a) La concepción, realización o asesoramiento de operaciones por cuenta de clientes relativas a la compraventa de bienes inmuebles o entidades comerciales.
- b) La gestión de fondos, valores u otros activos.
- c) La apertura o gestión de cuentas corrientes, cuentas de ahorros o cuentas de valores.
- d) La organización de las aportaciones necesarias para la creación, el funcionamiento o la gestión de empresas.
- e) El funcionamiento o la gestión de fideicomisos ("trusts"), sociedades o estructuras análogas.
- f) O cuando actúen por cuenta de clientes en cualquier operación financiera o inmobiliaria.

Asimismo, en la letra o) del mismo art. 2, se establece que se hallan también sujetas las personas que con carácter profesional (deben entenderse aquí también incluidos los abogados) presten los siguientes servicios a terceros:

- a) Constituir sociedades u otras personas jurídicas;
- b) Ejercer funciones de dirección o secretaría de una sociedad, socio de una asociación o funciones similares en relación con otras personas jurídicas

---

<sup>34</sup> Sobre la delimitación del riesgo permitido en relación con el blanqueo y el ejercicio de la abogacía, véase LUZÓN PEÑA, «Responsabilidad penal del asesor jurídico, en especial en relación con el blanqueo de capitales» en ABEL SOUTO (coord.), *III Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, 2013, pp. 324 y ss.; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, «Blanqueo de capitales y abogacía», *InDret 1/2008*, p. 12; PÉREZ MANZANO, «Neutralidad delictiva y blanqueo de capitales: el ejercicio de la abogacía y la tipicidad del delito de blanqueo de capitales», *La Ley Penal*, (53), 2008, pp. 13 y ss.; RAGUÉS I VALLÈS, «Blanqueo de capitales y negocios *standard*» en SILVA SÁNCHEZ (dir.), *¿Libertad económica o fraudes punibles?*, 2003, pp. 127 y ss., 129 y 142 y ss.; MÜSSIG, «Strafverteidiger als „Organ der Rechtspflege“ und die Strafbarkeit wegen Geldwäsche», *Wistra*, (6), 2005, pp. 201 y ss. Específicamente, sobre la determinación del riesgo permitido en relación con el blanqueo en el asesoramiento jurídico, véase ROBLES PLANAS, *Diario La Ley*, (7015), 2008, pp. 6 y ss.,

<sup>35</sup> Para un estudio descriptivo de los deberes de los sujetos obligados de acuerdo con la Ley 10/2010, véase PELÁEZ MARTOS, *Blanqueo de capitales. Obligaciones de empresas y profesionales en la nueva ley*, 2010, pp. 73 y ss.

<sup>36</sup> Resulta discutible si todo abogado en el ejercicio de tales actividades queda sujeto a las obligaciones de la Ley 10/2010, o solo el abogado independiente, quedando en ese caso eximido de dichos deberes el abogado de empresa, pues el art. 2.2 de la referida Ley establece que "[...] cuando las personas físicas actúen en calidad de empleados de una persona jurídica, o le presten servicios permanentes o esporádicos, las obligaciones impuestas por esta Ley recaerán sobre dicha persona jurídica respecto de los servicios prestados." Negando el carácter de sujeto obligado al abogado interno, vid., ÁLVAREZ-SALA WALTHER, «El blanqueo de capitales y las profesiones jurídicas» en CABANILLAS SÁNCHEZ et al. (eds.), *LH-Diez Picazo*, t. IV, 2003, p. 5812, n. 34.

o disponer que otra persona ejerza dichas funciones; c) Facilitar un domicilio social o una dirección comercial, postal, administrativa y otros servicios afines a una sociedad, una asociación o cualquier otro instrumento o persona jurídicos; d) Ejercer funciones de fideicomisario en un fideicomiso («trust») expreso o instrumento jurídico similar o disponer que otra persona ejerza dichas funciones; e) O ejercer funciones de accionista por cuenta de otra persona.

De manera muy resumida, el abogado que interviene en alguna de las actividades descritas en el art. 2, queda, con carácter general, obligado por el deber de información, tanto formal como material del titular real que pretende establecer la relación de negocio o la ejecución de la operación en cuestión (arts. 3, 4 y 5), por los deberes de seguimiento continuo de la relación de negocio (art. 6), obligado a no ejecutar operaciones sospechosas (art. 19) y finalmente, obligado a colaborar con la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales a través de la comunicación por indicio (arts. 18 y 21).

Sin embargo, como es sabido, resulta que el abogado está obligado con carácter general a mantener bajo secreto aquella información a la que accede en el ejercicio de su profesión. El secreto profesional ha sido históricamente un instituto consustancial al ejercicio de la abogacía y, en general, al derecho a la defensa. Asimismo, en España, el secreto profesional goza de una dimensión constitucional (arts. 18 y 24 CE), y ha sido además desarrollado y garantizado desde todas las ramas del Ordenamiento, de una forma amplia y sin distinción alguna entre clases de abogados,<sup>37</sup> sancionándose incluso penalmente el deber que prohíbe la revelación del secreto profesional en el art. 199.2 CP.<sup>38</sup> La protección de la confidencialidad en las relaciones cliente y abogado, ínsita en el derecho de aquél a su intimidad, adquiere asimismo una rol esencial en virtud de la función que el abogado desempeña en el Estado de Derecho. Solo a partir de una absoluta confianza entre el cliente y su asesor jurídico, confianza que exige el carácter confidencial de tal relación, es posible garantizar al ciudadano un efectivo derecho a la defensa. Por esa misma razón, el secreto profesional debe ser entendido de una forma vasta, de modo que no se trata solo de no revelar la información que pueda afectar a la intimidad del cliente, sino de mantener en secreto toda aquella información transmitida al letrado en y para el ejercicio de su profesión.<sup>39</sup>

---

<sup>37</sup> Al menos hasta este momento, pues el anteproyecto de Ley de Colegios y Servicios Profesionales aprobado por el Consejo de Ministros el 2 de agosto de 2013 prevé en su disposición adicional primera relativa a las obligaciones de colegiación, en la línea defendida por la jurisprudencia comunitaria, distinguir entre abogado y asesor jurídico sujeto a vínculo de naturaleza laboral, actividad que no precisaría de la colegiación obligatoria para su ejercicio profesional. Sobre la distinción entre el abogado interno y el independiente en la jurisprudencia TJCE, véase COCA VILA en SILVA SÁNCHEZ (dir.)/MONTANER FERNÁNDEZ (coord.), *Criminalidad de empresa y Compliance*, 2013, pp. 293 y ss.

<sup>38</sup> Sobre la regulación del secreto profesional en el Ordenamiento jurídico español, por todos, véase CORTÉS BECHIARELLI, *El secreto profesional de los abogados y los procuradores*, 1998, pp. 56 y ss.

<sup>39</sup> No puedo aquí detenerme en el estudio del bien jurídico protegido por el art. 199.2 CP y la razón última que legitima la existencia de un deber penal como éste. Simplemente, quisiera señalar que no me parece que la protección de la intimidad del cliente sea la *ratio essendi* del deber penal. Si así fuera, no tendría sentido alguno ni un precepto específico (la intimidad del cliente quedaría ya protegida por los preceptos generales o por el mismo 199.1 CP), ni la alusión a la infracción por parte de un profesional de su especial deber de sigilo o reserva. Creo que solo a partir de la comprensión del secreto profesional como mecanismo para garantizar la confidencialidad de la relación abogado-cliente, en cuanto que requisito

Sentado lo anterior, pareciera que la incorporación de los letrados entre los sujetos obligados positivamente a colaborar en el castigo del blanqueo, sumado al hecho de que en nada se ha modificado hasta el momento la histórica y amplísima protección que el Ordenamiento español dispensa al secreto, estaría situando al letrado en un estado permanente e inexorable de conflicto de deberes (o de intereses). Los abogados quedarían obligados a informar de aquellas operaciones que pudieran ser constitutivas de blanqueo de capitales (arts. 18 y 21 Ley 10/2010), pero al mismo tiempo, en la medida en que a esa información acceden en el ejercicio de su profesión, estarían obligados a no revelarla (art. 199.2 CP). *Tertium non datur*, haga lo que haga el abogado, contravendrá necesariamente un deber.<sup>40</sup> Ello situaría a los letrados en una situación especialmente delicada, pasando su actividad a estar presidida por la incertidumbre de qué deber es el preferente en cada caso, pero también al ciudadano como potencial cliente, que tampoco podría saber ya a ciencia cierta qué información puede transmitir a su abogado sin temor a ser delatado por éste ante las autoridades públicas. Todo ello mermaría marcadamente la función del abogado, y por extensión, el derecho a la tutela judicial efectiva de todos los ciudadanos.

#### 4.2 Desenredando la madeja

Sentado lo anterior, avanzo ya aquí que, en mi opinión, el escenario acabado de presentar y que de forma apocalíptica es descrito reiteradamente por abogados y los Colegios que los representan no se ajusta a la realidad, pues, en verdad, una interpretación coherente y armónica del Ordenamiento jurídico español, tomando para ello como punto de referencia la jurisprudencia del TEDH en el caso *Michaud*, permite compatibilizar el privilegio de la confidencialidad de la relación abogado-cliente y los deberes de información y colaboración con los que puntualmente pueden quedar también gravados los abogados.

##### a) El abogado en su genuino cometido

Se han enumerado ya las actividades en virtud de las cuales un abogado puede quedar obligado a colaborar con el *Sepblac* o a informar de las sospechas de blanqueo. Sin embargo, creo posible afirmar que, en verdad, con una excepción, las actividades descritas en el art. 2 de la Ley 10/2010, y cuya realización obligan positivamente al abogado, en puridad, no se

---

indispensable para una correcta tutela judicial efectiva, puede explicarse satisfactoriamente el art. 199.2 CP. En un sentido parecido, véase, CORTÉS BECHIARELLI, *El secreto profesional de los abogados y los procuradores*, 1998, p. 141; EL MISMO, *Anuario de la Facultad de Derecho (Universidad de Extremadura)*, (21), 2003, pp. 153 y ss., pp. 163 y s

<sup>40</sup> Adviértase que, aparentemente, la colisión que con mayor frecuencia debería darse surgiría entre un deber de naturaleza administrativa (arts. 18 y 21 Ley 10/2010) y un deber de naturaleza penal (art. 199.2 CP). Sin embargo, para quien sostenga que la infracción de tales deberes administrativos puede ser idónea para la integración de los tipos penales que castigan el blanqueo (arts. 301 y ss. CP), y especialmente, el tipo del blanqueo imprudente (art. 303 CP), cabrá plantearse entonces una colisión entre dos deberes jurídico-penales. Sobre la responsabilidad del abogado por la infracción de los deberes que se le imponen conforme a la Ley 10/2010, véase LUZÓN PEÑA en ABEL SOUTO (coord.), *III Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, 2013, pp. 330 y ss.; ROBLES PLANAS, *Diario La Ley*, (7015), 2008, pp. 12 y ss.; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *InDret 1/2008*, p. 12; PÉREZ MANZANO, *La Ley Penal*, (53), 2008, pp. 13 y ss.; COCA VILA en SILVA SÁNCHEZ (dir.)/MONTANER FERNÁNDEZ (coord.), *Criminalidad de empresa y Compliance*, 2013, pp. 298 y ss.

corresponden con la actividad propia del ejercicio de la abogacía. Tomando como punto de partida el sentido último del deber de reserva, esto es, garantizar la confianza que constituye el eje fundamental de la relación abogado-cliente como condición necesaria para garantizar una auténtica tutela judicial efectiva, basada, entre otros, en el imprescindible equilibrio entre las partes enfrentadas en el conflicto jurídico,<sup>41</sup> debe concluirse que no toda aquella información que recibe un abogado merece idéntica protección jurídico-penal. En mi opinión, el deber de reserva penal se explica únicamente cuando el acceso a la información por parte del abogado se lleva a cabo en el marco del ejercicio de las funciones propias de un letrado y que precisamente justifican y legitiman el privilegio de la confidencialidad.<sup>42</sup> Me refiero a aquellas funciones tendentes a garantizar el Derecho a la defensa y a una tutela judicial efectiva en un sentido amplio, esto es, la defensa y representación técnica, así como el asesoramiento jurídico.<sup>43</sup> Estas tres son las únicas actuaciones susceptibles de situar al abogado en aquella situación de “confidente necesario” que legitima el derecho-deber. Es cierto que en la actualidad, junto con la representación y defensa del cliente en procesos judiciales, presentes o futuros, y el asesoramiento jurídico, los abogados llevan a cabo un amplio abanico de actividades en interés de sus clientes que podríamos catalogar como de “gestión jurídico-financiera”.<sup>44</sup> De hecho, muchas de éstas aparecen recogidas en el art. 2 de la Ley 10/2010. En la práctica, dichas actividades de gestión se entremezclan con las funciones propias del abogado, especialmente con el asesoramiento jurídico, pues pueden, por ejemplo, desarrollarse como parte accesoria de un asesoramiento entendido en un sentido amplio. Sin embargo, ello no impide afirmar que ambas funciones son conceptualmente distintas y distinguibles. Solo en la medida en que el abogado actúa en el marco de la defensa, representación y asesoramiento jurídico, que es el originario y genuino de la abogacía, cabrá legítimamente imponerle el deber de reserva y otorgar a su cliente el derecho a que no se publicite aquello que el abogado necesariamente conoce. Esto significa que el deber de reserva se configura de la forma más amplia posible, siempre y cuando el abogado esté ejerciendo realmente alguna de las funciones que le son propias. *A contrario sensu*, no hay razón alguna para legitimar ese privilegio y ese deber de reserva cuando un sujeto recurre a un abogado para que éste se dedique, por ejemplo, a ejercer de accionista en su nombre o lleve a cabo la

---

<sup>41</sup> En un sentido parecido, CORTÉS BECHIARELLI, *El secreto profesional de los abogados y los procuradores*, 1998, pp. 87 y ss., para quien el bien jurídico protegido se corresponde con el principio fundamental de la contradicción en el proceso, en aras de garantizar que todas las partes del proceso puedan valerse de toda clase de medios probatorios eficaces para hacer valer sus pretensiones.

<sup>42</sup> Así, ÁLVAREZ-SALA WALTHER en CABANILLAS SÁNCHEZ et al. (eds.), *LH-Díez-Picazo*, t. IV, 2003, pp. 5822 y ss.; y en un sentido parecido, SÁNCHEZ STEWART, «Las funciones del abogado en relación a las obligaciones que impone la normativa de prevención», *La Ley Penal*, (53), 2008, p. 10.

<sup>43</sup> Esta descripción funcional del abogado coincide en esencia con la contenida en el art. 542.1 LOPJ: “Corresponde en exclusiva la denominación y función de abogado al licenciado en Derecho que ejerza profesionalmente la dirección y defensa de las partes en toda clase de procesos, o el asesoramiento y consejo jurídico”; y con la que la RAE hace del término: “abogado, da. 1. m. y f. Licenciado o doctor en derecho que ejerce profesionalmente la dirección y defensa de las partes en toda clase de procesos o el asesoramiento y consejo jurídico”.

<sup>44</sup> En este sentido, advirtiendo del riesgo de que el abogado, incluso sin saberlo, sea utilizado para blanquear dinero cuando actúa por cuenta de su cliente como intermediario financiero, ÁLVAREZ-SALA WALTHER en CABANILLAS SÁNCHEZ et al. (eds.), *LH-Díez-Picazo*, t. IV, 2003, p. 5810.

gestión de un fideicomiso.<sup>45</sup> Es decir, no todo sujeto que está colegiado como abogado merece en su actividad profesional el privilegio de la confidencialidad de la relación con su cliente, ni por ende, tiene que quedar grabado con el deber de reserva del secreto profesional. El nacimiento de este deber lo determina la actividad concreta objeto de la relación, no el mero dato formal de la colegiación.

Así pues, resulta fundamental en este sentido distinguir entre dos grupos de actividades: uno relativo a la defensa, representación técnica y asesoramiento jurídico, y un segundo grupo referido a tareas de intermediación o gestión de intereses ajenos. En materia de blanqueo de capitales, el legislador español, en consonancia con el comunitario, entiende que el primer grupo, y solo aquél, constituye la esencia de su ejercicio profesional, sujetando solo a la Ley de prevención las funciones del segundo grupo y dejando así indemne el secreto profesional cuando se dan las circunstancias que lo legitiman. A excepción de la participación en el asesoramiento de operaciones por cuenta de clientes relativas a la compraventa de bienes inmuebles o entidades comerciales (art. 2 Ley 10/2010), el resto de actividades en las que el abogado debe participar para ser considerado obligado no se corresponden en realidad con las propias de la profesión de abogado. Por tanto, el deber de reserva no existe, pues no hay derecho fundamental alguno que tutelar ni el abogado desempeña entonces función institucional alguna en el sistema judicial.<sup>46</sup> Su cliente, igualmente, no tiene derecho a que esa información quede garantizada bajo amenaza penal, pues su revelación no afecta a su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. El abogado que actúa como mandatario de su cliente o que, por ejemplo, ejerce funciones de accionista por cuenta de su cliente, puede estar perfectamente obligado a colaborar con el *Seplac*, sin que ello suponga la infracción de ningún deber de reserva penal, que simplemente no existe.

Volviendo a la Sentencia del TEDH en el caso *Michaud*, resulta que es precisamente esta distinción material y el reconocimiento de un núcleo funcional propio de la profesión de la abogacía uno de los dos argumentos capitales sobre los que el TEDH trata de fundamentar la legitimidad de la intromisión que la imposición de deberes positivos a los abogados

---

<sup>45</sup> Es esta misma idea la que inspira la doctrina de la Sala segunda en relación con las medidas judiciales limitadoras del secreto profesional del abogado. En este sentido, claramente, la STS de 28.11.2001, ponente Martín Pallín: "El secreto profesional que protege a las relaciones de los abogados con sus clientes, puede, en circunstancias excepcionales, ser interferido por decisiones judiciales [...] Es evidente que la medida reviste una incuestionable gravedad y tiene que ser ponderada cuidadosamente por el órgano judicial que la acuerda, debiendo limitarse a aquellos supuestos en los que existe una constancia, suficientemente contrastada, de que el abogado ha podido desbordar sus obligaciones y responsabilidades profesionales integrándose en la actividad delictiva, como uno de sus elementos componentes."

<sup>46</sup> En este mismo sentido, ÁLVAREZ-SALA WALTHER en CABANILLAS SÁNCHEZ et al. (eds.), *LH-Díez-Picazo*, t. IV, 2003, pp. 5821 y s., quien señala que cuando el secreto solo protege derechos puramente privados (intimidad personal o patrimonial del cliente), el secreto profesional no sería oponible frente a las exigencias de la legislación antiblanqueo. No lo entiende así SÁNCHEZ STEWART, quien afirma que el hecho de que solo esté obligado el abogado que lleva a cabo una actuación directa o al menos de participación en el asesoramiento, gestión o funcionamiento de determinadas operaciones mercantiles, inmobiliarias o financieras, es decir, el hecho de que la Ley no obligue al abogado asesor, sino al abogado gestor, no significa que desaparezca sin más el deber de guardar secreto. Vid. SÁNCHEZ STEWART en ABEL SOUTO/SÁNCHEZ STEWART (coords.), *II Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, 2011, pp. 18 y s.

supone en el derecho a la intimidad consagrado en el art. 8 CEDH. En este sentido, afirma el TEDH que de acuerdo con la legislación francesa, que en esencia coincide con la española, los abogados quedan obligados a informar de las operaciones sospechosas en el marco de actividades profesionales que no son estrictamente las genuinas del abogado, o cuanto menos, en el marco de actividades que “son similares a las llevadas a cabo por otras profesiones sujetas a la misma obligación”,<sup>47</sup> pero no en el desempeño del rol esencial del abogado, esto es, en la defensa de sus clientes. Asimismo, señala el Tribunal que el CMF puntualiza que los abogados no quedan obligados cuando conocen de las operaciones sospechosas en el marco de procedimientos judiciales, con independencia de que hayan recibido esa información antes, durante o después de tales procedimientos, restando igualmente excluida de denuncia la información obtenida en el asesoramiento legal general, o en el prestado para evitar o iniciar un proceso judicial. Por todo ello, concluye el TEDH que “La obligación de reportar sospechas no alcanza por ende la verdadera esencia del rol del abogado defensor, que, como se dijo anteriormente, constituye la base fundamental del secreto profesional.”<sup>48</sup> Es decir, el TEDH advierte con gran claridad que aquellas funciones que realiza un abogado pero que en realidad pueden ser llevadas a cabo por un sujeto que no ostente tal condición no justifican o no en idéntica intensidad el privilegio de la confidencialidad de la relación abogado-cliente, pues se tratará de actividades disímiles a las nucleares de la profesión del abogado, únicas que pueden explicar el porqué se protege de forma tan enérgica la confidencialidad de la relación.

No cabe negar que los abogados lleven a cabo de forma usual las operaciones descritas en el art. 2 Ley 10/2010, al contrario. Ahora bien, éstos actúan entonces fuera del marco natural del derecho de defensa (núcleo esencial de la profesión), pues, en realidad, se dedican entonces -valiéndose o no de sus conocimientos jurídicos- a la gestión de negocios, al manejo de fondos, la realización de operaciones mercantiles por cuenta de su cliente, etc.<sup>49</sup> Si las operaciones del art. 2, letra ñ) ya son impropias de la función natural de los abogados, ni que decir tiene que las de la letra o) todavía le son más ajenas. Prueba de ello es que no se circunscribe su desempeño a la figura del abogado, sino a la de la persona que con carácter profesional y con arreglo a la normativa específica las preste. No es que se niegue que haya abogados que constituyan sociedades o que ejerzan funciones de dirección o secretaría de una sociedad (art. 2.o)<sup>50</sup>, sino simplemente, que aquéllas no son propias en sentido estricto de la figura del abogado. Tanto en las operaciones de la letra ñ) como en las de la letra o), y con la excepción mencionada, los abogados que en ellas participan, no actúan en cuanto que abogados, sino más bien, como mandatarios o agentes de su principal, al que llamamos de forma impropia cliente.

#### **b) El asesoramiento de operaciones por cuenta de clientes relativas a la compraventa de bienes inmuebles o entidades comerciales**

---

<sup>47</sup> Nm. 127 y s.

<sup>48</sup> Nm. 128.

<sup>49</sup> En un sentido parecido, SÁNCHEZ STEWART, *La Ley Penal*, (53), 2008, p. 3. Así, por ejemplo, piénsese en despachos de abogados que se dedican a la intermediación financiera mediante la instantánea puesta a disposición de sociedades pantalla domiciliadas en paraísos fiscales o en jurisdicciones de conveniencia.

<sup>50</sup> El resto de actividades que obligan conforme al art. 2 o) Ley 10/2010, fueron ya enumeradas en la p. 13.

De conformidad con lo dicho hasta ahora, en virtud del art. 2 de la Ley 10/2010, el abogado sobre el que puede recaer el deber penal de reserva del art. 199.2 CP únicamente está obligado por la Ley 10/2010 cuando participe en el asesoramiento de operaciones por cuenta de clientes relativas a la compraventa de bienes inmuebles o entidades comerciales. Solo aquí, en principio, pareciera posible afirmar la existencia de una colisión de deberes penalmente relevante. Sin embargo, la propia Ley 10/2010, en su art. 22, establece que aun cuando el abogado por razón de su actividad se halle obligado en virtud del art. 2, éste no estará sujeto a las obligaciones establecidas en los arts. 7.3, 18 y 21, esto es, no quedará obligado ni a comunicar el indicio o certeza de la operación vinculada al blanqueo de capitales (art. 18), ni a colaborar con la Comisión de Prevención de Blanqueo de Capitales (CPBC) facilitando documentación o información (art. 21), *“con respecto a la información que 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 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. Sin perjuicio de lo establecido en la presente Ley, los abogados guardarán el deber de secreto profesional de conformidad con la legislación vigente.”* Es decir, la propia Ley, en el art. 22, excluye los dos deberes que efectivamente pueden entrar en conflicto directo con el deber de reserva del secreto profesional, esto es, el deber de comunicar operaciones sospechosas y el deber de colaborar con la CPBC, siempre y cuando el abogado adquiriera ese conocimiento al determinar la posición jurídica en favor de su cliente o desempeñar la misión de defensa en procesos judiciales o en relación con ellos. Habiendo excluido como hemos hecho el deber de reserva del secreto profesional conforme al 199.2 CP cuando el abogado se dedica a la intermediación o gestión de intereses de su cliente, resulta que, incluso cuando participe en el asesoramiento de operaciones por cuenta de clientes relativas a la compraventa de bienes inmuebles o entidades comerciales, puede quedar, conforme al art. 22 Ley 10/2010 eximido tanto del deber de notificar al *Sepblac* la sospecha o evidencia de blanqueo de capitales, como del de colaborar con la CPBC. Así las cosas, resulta ineludible aclarar qué significa “defender en procesos judiciales o en relación con ellos”, pero sobre todo, a qué se refiere el legislador con la expresión “determinar la posición jurídica en favor de su cliente”. Solo entonces estaremos en disposición de decidir si el abogado que participa en el asesoramiento de operaciones por cuenta de clientes relativas a la compraventa de bienes inmuebles o entidades comerciales puede realmente verse inmerso en una situación de colisión de deberes.

#### **b.1) El desempeño de la misión de defensa en procesos judiciales o en relación con ellos**

A tenor de esta cláusula de no sujeción, podemos afirmar que el deber de reserva profesional no se ve en modo alguno alterado y no puede en ningún caso entrar en colisión con los deberes de colaboración y comunicación en materia de prevención del blanqueo de capitales cuando el abogado desempeña labores de representación y defensa de su cliente en procesos judiciales, así como cuando lleva a cabo funciones de asesoramiento jurídico sobre la incoación o la forma de evitar un proceso. Adviértase además que el vínculo con el proceso se concibe legalmente de forma laxa. En la medida en que el abogado adquiriera ese conocimiento al defender o asesorar a su cliente, en un proceso o en relación con uno de

ellos, con independencia del momento temporal, queda eximido de informar del indicio o la certeza de blanqueo y colaborar con el *Sepblac*.

## b.2) La determinación de la posición jurídica en favor del cliente

No hay duda de lo desafortunado de esta previsión. Con ella el legislador español incorpora a nuestro Derecho mediante una traducción literal la expresión contenida en las Directivas comunitarias (*"ascertaining the legal position for the client"*), si bien el verdadero alcance de dicha cláusula debe todavía ser concretado. ¿Qué significa realmente determinar la posición jurídica de un cliente? El Consejo General de la Abogacía, a través de su Comisión especial para la prevención del blanqueo de capitales, ha publicado en su página oficial un documento en el que se contienen medidas y recomendaciones para los abogados en materia de prevención del blanqueo y financiación del terrorismo. Allí se establece que, de acuerdo con el art. 22 de la Ley 10/2010, "determinar la posición jurídica es asesorar al cliente sobre la posición en que se encuentra dentro del universo jurídico".<sup>51</sup> Asimismo, en un listado publicado con las preguntas más frecuentes al respecto, concreta el Consejo General dicha definición al señalar en la respuesta a la pregunta 3) que, "determinar la posición jurídica es asesorar para establecer el conjunto de derechos y obligaciones y las consecuencias que de ellos deriven para un sujeto – el cliente en caso del Abogado- cuando concurren unas circunstancias y hechos específicos. Lo que los latinos formulaban como *"da mihi factum dabo tibi ius"*. Cualquier asunto para el que se solicita asesoramiento jurídico es susceptible de devenir en un conflicto judicial. El asesoramiento tiene por objeto evitarlo pero siempre es eventualmente precontencioso"<sup>52</sup>. Así las cosas, parece que determinar la posición jurídica de un cliente guarda relación precisamente con la tercera de las grandes funciones propias de la profesión de abogado, esto es, el asesoramiento, que, junto con la defensa y la representación, conforma el haz de quehaceres nuclear de la profesión de abogado.<sup>53</sup> En esencia, esta interpretación coincide con la formulada por el Abogado General Sr. Poiares Maduro en sus conclusiones generales en un cuestión prejudicial planteada por la *Cour d'Arbitrage* belga ante el TJCE (asunto 305/2005).<sup>54</sup> En su opinión, la determinación de la posición jurídica en favor de su cliente guarda relación con el asesoramiento jurídico que llevan a cabo los abogados. El deber de secreto profesional cubre también el asesoramiento jurídico, pues solo así se garantiza realmente el acceso a la justicia, y solo así se salvaguarda "la posibilidad de que cualquier ciudadano pueda disponer de un asesoramiento independiente, de modo que pueda tener conocimiento de la regulación de su situación particular."<sup>55</sup> Dada la imposibilidad práctica de delimitar la representación del asesoramiento jurídico, negarle a esta última actividad el privilegio del

<sup>51</sup> Documento disponible en la página web del Consejo General de la Abogacía española. Véase: <http://www.abogacia.es/2012/06/14/prevencion-del-blanqueo-de-capitales-2/>

<sup>52</sup> Documento disponible en la página web del Consejo General de la Abogacía española. Véase: <http://www.abogacia.es/2012/06/14/prevencion-del-blanqueo-de-capitales-2/>

<sup>53</sup> Igualmente, ÁLVAREZ-SALA WALTHER, en CABANILLAS SÁNCHEZ et al. (eds.), *LH-Díez-Picazo*, t. IV, 2003, pp. 5823 y s.

<sup>54</sup> Conclusiones del Abogado General Sr. Poiares Maduro de 14 de diciembre de 2006 (asunto 305/2005). Documento disponible online, última visita: 19 de junio de 2013. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62005CC0305:ES:PDF>

<sup>55</sup> Conclusiones, Nm. 60.

secreto profesional supondría dañar muy severamente la necesaria relación de confianza entre el profesional y su cliente. Prosigue el Abogado General señalando que el secreto profesional del abogado “debe extenderse a las funciones de representación, de defensa, de asistencia y de asesoramiento jurídico. Por consiguiente, propongo que se declare que no se puede imponer al abogado en el marco del ejercicio de estas funciones ninguna obligación de informar vinculada a la lucha contra el blanqueo de capitales”<sup>56</sup>. Con todo, se reconoce también que en la práctica “puede ser difícil realizar una distinción entre las actividades de naturaleza jurídica y las actividades «extrajurídicas» de los abogados”<sup>57</sup>. Sin embargo, no imposible, pues cabría distinguir entre el abogado que actúa en «calidad de abogado», de modo que gozaría de la protección del secreto profesional en toda su extensión, del profesional del Derecho, incluso del abogado colegiado, que no actúa como tal. Solo así se lograría “salvaguardar el equilibrio entre la exigencia de protección de la confianza existente entre el abogado y su cliente y la exigencia de protección de los intereses generales de la sociedad, respetando los derechos protegidos por el ordenamiento jurídico”.<sup>58</sup> Y ahondando en la distinción, señala que “una cosa es exponer el marco y las implicaciones jurídicas de la operación considerada, y otra es realizar una evaluación con el fin de adoptar la mejor estrategia para llevar a cabo una actuación o una operación económica o comercial en interés del cliente”.<sup>59</sup> En consecuencia, cuando la determinación de la posición jurídica implicara simplemente ayudar al cliente a organizar sus actividades ajustándose a la legalidad y ajustando al mismo tiempo sus objetivos con las normas jurídicas, debe considerarse que el abogado está asesorando en Derecho y por ende dispensársele de cualquier obligación de información, independientemente del contexto en el que la prestación se haya desarrollado.<sup>60</sup> Por el contrario, si la determinación de esa posición jurídica tiene como objetivo esencial realizar o preparar una operación comercial o financiera y está sujeta a las instrucciones del cliente a fin de encontrar la solución económicamente más favorable, el abogado no actuaría de modo distinto a un “agente de negocios” que pone todas sus competencias al servicio de una actividad no jurídica. En este último caso, el cliente carecería del privilegio de la confidencialidad a los efectos de la confidencialidad, y el abogado quedaría liberado de todo deber de reserva del secreto profesional. En todo caso, reconoce que la distinción va a ser siempre difícil y por ello aboga por un análisis casuístico que determine en qué calidad actúa un abogado.

En mi opinión, esta interpretación de la cláusula de la determinación de la posición jurídica del cliente goza de absoluta plausibilidad. Determinar la posición jurídica del cliente es asesorarlo jurídicamente, entendiendo tal actividad de la forma más amplia posible. La distinción clave, como ya se ha dicho, reside en delimitar cuándo el abogado actúa como tal, cuándo asesora jurídicamente y cuándo, por el contrario, está interviniendo en una

---

<sup>56</sup> Conclusiones, Nm. 62.

<sup>57</sup> Conclusiones, Nm. 65.

<sup>58</sup> Conclusiones, Nm. 65.

<sup>59</sup> Conclusiones, Nm. 65.

<sup>60</sup> En este mismo sentido, ÁLVAREZ-SALA WALTHER en CABANILLAS SÁNCHEZ et al. (eds.), *LH-Díez-Picazo*, t. IV, 2003, p. 5823, advirtiendo que si el asesoramiento preventivo no estuviera bajo la misma salvaguarda que el derecho de defensa en el marco de un proceso, quedaría sin garantía el derecho a la no-autoinculpación, la inadmisión de la prueba ilícita y la indispensable independencia del abogado frente a los poderes públicos.

operación económica o comercial en interés del cliente, tratando de configurar la mejor estrategia económica en el marco de una operación susceptible de ser constitutiva de blanqueo de capitales. Pero en todo caso, no hay duda de que el abogado que asesora en relación con operaciones por cuenta de clientes relativas a la compraventa de bienes inmuebles o entidades comerciales exponiendo el marco legal y las implicaciones jurídicas de la operación considerada está siempre asesorando en Derecho, por lo que resulta obligado a guardar el secreto profesional, y exento, conforme al art. 22 Ley 10/2010 de comunicar eventuales sospechas o colaborar con la CPBC, pues está “determinando la posición jurídica de su cliente”. Como ya se ha apuntado, un problema distinto, aunque igualmente trascendental, es entonces determinar cuándo un abogado está asesorando jurídicamente sobre dicha operación inmobiliaria (conducta neutral), y cuándo, por el contrario, está ya configurando delictivamente –como diseñador “intelectual”– una operación de blanqueo de capitales (intervención delictiva).<sup>61</sup> Sin embargo, el abogado “delincuente” no deviene obligado a comunicar la operación en la que toma parte como interviniente, sino, sencillamente, a cumplir con su deber negativo general de no blanquear dinero (art. 301 CP).<sup>62</sup>

Como acertadamente advierte el Abogado General en sus conclusiones en el asunto 305/2005, y el Consejo General de la Abogacía en el caso Michaud, la distinción entre el haz de actividades propias del abogado y aquéllas que no lo son no será en absoluto sencilla. Sin embargo, en contra de lo sostenido por el Consejo General, no creo que tal distinción material sea imposible. De igual modo, a diferencia de lo mantenido por el Abogado general en el Asunto 305/2005, no me parece que sea la mejor solución prescindir de criterios preestablecidos y confiar la decisión a una valoración casuística individualizada. Tampoco creo que las distinciones entre clases de asesoramiento en función del instante temporal en el que se prestan conduzcan a resultados satisfactorios.<sup>63</sup>

---

<sup>61</sup> Al respecto, recientemente, LUZÓN PEÑA en ABEL SOUTO (coord.), *III Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, 2013, pp. 324 y ss.

<sup>62</sup> Distinguiendo entre dos clases de asesoramiento, el suministro de información jurídica y el consejo o asesoramiento en sentido estricto, y determinando la neutralidad de la actividad de asesoramiento en función del grado de individualización y adhesión al proyecto delictivo del cliente, véase ROBLES PLANAS, *Diario La Ley*, (7015), 2008, pp. 6 y ss. Así, “cuanto más estereotipado, estándar o adecuado a los usos profesionales sea el concreto asesoramiento que se ofrece, menor capacidad tendrá para representar una auténtica ayuda, favorecimiento o cooperación para los fines delictivos del asesorado. Esto es, un asesoramiento efectuado según los estándares de la *lex artis* correspondiente no posee, en términos generales, el sentido delictivo que se exige en la doctrina para apreciar complicidad en el delito.” Sin embargo, el asesoramiento del abogado también puede ser típico, “Normalmente, ello tendrá lugar mediante el avenimiento a peticiones específicas del cliente que están definidas delictivamente. Aquí el asesor tendrá un conocimiento directo de que su aportación se enmarca en un proyecto delictivo, pero no es el dato del conocimiento directo a través de la petición lo que modifica decisivamente la solución del caso, sino el dato de la configuración específica del proyecto de acción que lleva a cabo el asesor.”

<sup>63</sup> No así el Consejo General de la Abogacía Española que en el documento informativo sobre medidas y recomendaciones al que se ha aludido anteriormente (*supra* p. 19), parece tratar de distinguir entre el asesoramiento cubierto por el secreto profesional y el no cubierto a partir de un criterio temporal. En la p. 11 de dicho documento se afirma lo siguiente: “Existe una zona difusa en relación al asesoramiento –una de las funciones propias del Abogado– que puede resolverse atendiendo al tiempo en que se presta. Si el asesoramiento es posterior a la ejecución de cualquiera de las actividades que lo constituyen en sujeto obligado para determinar sus consecuencias jurídicas, todo lo que conozca está sujeto al secreto profesional. Si, por el contrario, su actuación es previa y al asesoramiento se une la gestión, no puede alegarse”. En la doctrina, de un sentir parecido, véase

El asesoramiento previo puede ser tan jurídico y merecedor del privilegio de la confidencialidad como el que se presta iniciado ya un proceso judicial. Se trata, por ende, de decidir qué asesoramiento lo es en Derecho, y cuándo por el contrario estamos ante la configuración –no necesariamente delictiva– de operaciones financieras, societarias o inmobiliarias que no merecen el privilegio de la confidencialidad. En mi opinión, y conecto aquí con el segundo de los argumentos esenciales del TEDH para salvar la compatibilidad de la regulación francesa con el art. 8 CEDH, la solución a este problema pasa, al menos en parte, por la configuración de órganos autorregulados en el ámbito de los Colegios de abogados que procedan a modo de filtro en la determinación de qué operaciones deben ser informadas al *Sepblac*, pues no representan un asesoramiento en el marco del ejercicio de la profesión jurídica, y cuáles, por el contrario, no deben ser comunicadas, en tanto que son advertidas por el abogado en el marco del asesoramiento jurídico cubierto por el secreto profesional.

#### 4.3 El órgano de prevención del blanqueo de capitales en el marco de los colegios de abogados

Como ya se señaló al estudiar el fallo en el caso *Michaud c. Francia*, para el TEDH la previsión del Derecho francés de un órgano autorregulador propio de la profesión jurídica, que actúa a modo de filtro entre los letrados y la UIF, resulta decisiva para admitir la legitimidad de la intromisión en el derecho a la privacidad que el deber de comunicar las operaciones sospechas puede suponer. Tales órganos colegiados son los que primeramente reciben las comunicaciones de los abogados por operaciones sospechosas y quienes, después de una valoración de la procedencia de la comunicación, envían efectivamente la información a la UIF francesa (*Tracfin*). Con ello, el legislador francés se acoge a la posibilidad que brinda el art. 23 de la Tercera Directiva de “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”. Con ello, como expresamente señala el TEDH, el legislador francés ha dispuesto un “filtro que protege el privilegio profesional”,<sup>64</sup> pues tales órganos autorregulados, en la medida en que permiten un segundo juicio de valoración a cargo de abogados expertos en la materia, suponen una importante “garantía en aras de proteger el privilegio de la profesión jurídica”.<sup>65</sup>

Sin embargo, resulta que en España, a día de hoy, y a diferencia de lo que acontece con los notarios, sujetos obligados igualmente por la Ley 10/2010 y que desde el año 2005 disponen de su propio “Órgano Centralizado de Prevención en el Consejo General del Notariado”,<sup>66</sup> sigue sin existir un órgano vinculado al Consejo General de la Abogacía o a

---

ALIAGA MÉNDEZ, *Normativa comentada de prevención del blanqueo de capitales. Adaptada a la Ley 10/2010*, 2010, pp. 198 y s., y pp. 468 y ss.

<sup>64</sup> Caso *Michaud c. Francia* (12323/11), Nm. 129.

<sup>65</sup> Nm. 130.

<sup>66</sup> Constituido mediante la Orden EHA/2963/2005, de 20 de septiembre, reguladora del Órgano Centralizado de Prevención en materia de blanqueo de capitales en el Consejo General del Notariado. Sobre la noción de autorregulación regulada y el rol a desempeñar por las asociaciones profesionales en la prevención del blanqueo de capitales, con detalle, véase BERMEJO, *Prevención y Castigo del Blanqueo de*

los distintos Colegios territoriales que se encargue de llevar a cabo esa función de intermediación entre los abogados y el *Sepblac*. El art. 27 de la Ley 10/2010, explícitamente prevé tal posibilidad, señalando que la constitución de tales órganos deberá formalizarse mediante Orden del Ministro de Economía y Hacienda y “*tendrán por función la intensificación y canalización de la colaboración de las profesiones colegiadas con las autoridades judiciales, policiales y administrativas responsables de la prevención y represión del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, sin perjuicio de la responsabilidad directa de los profesionales incorporados como sujetos obligados*”. Asimismo, el art. 27.2 de dicha ley establece que “*de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21, los profesionales incorporados facilitarán toda la documentación e información que la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias o sus órganos de apoyo les requieran, directamente o por intermedio del órgano centralizado de prevención, para el ejercicio de sus competencias*”.

Así pues, en mi opinión, tal y como se desprende del fallo del TEDH en el Caso Michaud, y a tenor de la interpretación que aquí se hace de la regulación española en esta materia, resulta muy recomendable que se proceda, a imagen y semejanza del exitoso modelo adoptado por el Consejo General del Notariado, a la configuración de un Órgano Centralizado de Prevención en el seno del Consejo General de la Abogacía Española. Dicho órgano, que sería el encargado primariamente de recibir las comunicaciones de los letrados sobre operaciones sospechosas de blanqueo, debería valorar la conveniencia de la notificación conforme a la legislación vigente, para, en su caso, proceder a su envío al *Sepblac*.<sup>67</sup> La posibilidad de recurrir a una segunda instancia en la apreciación de la conveniencia de la notificación se muestra de capital relevancia en los supuestos límite en los que el abogado asesor duda acerca de la naturaleza de su actividad de asesoramiento. En tales casos, este órgano autorregulador debería proceder a valorar si el letrado está efectivamente llevando a cabo una actividad de asesoramiento jurídico cubierta por el secreto profesional, o por el contrario, su actividad trasciende el mero asesoramiento jurídico al constituir verdaderamente una intervención en operaciones inmobiliarias, financieras o societarias de riesgo cuya naturaleza obligaría a comunicar el posible indicio al *Sepblac*. Asimismo, tal órgano debería proceder a la estandarización lo más concreta posible de los parámetros rectores para decidir sobre dichos límites, atendiendo específicamente a las concretas actividades que en la práctica pueden llevar a cabo los abogados, tratando de configurar así una “jurisprudencia corporativa” lo más rica posible.<sup>68</sup>

---

*Capitales. Una Aproximación desde el Análisis Económico del Derecho*, Tesis doctoral inédita, 2009, pp. 337 y ss. Disponible online: <http://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/7318/tmb.pdf.pdf?sequence=1>

<sup>67</sup> En todo caso, lo cierto es que tanto el CGAE y algunos Colegios territoriales están tratando de suplir informalmente a dicho Órgano, por ejemplo, a través de la publicación de recomendaciones y manuales para la prevención del blanqueo de capitales, formularios oficiales para el cumplimiento de los deberes de comunicación, o la habilitación de un correo electrónico para eventuales consultas por parte de los abogados. Documentos publicados por el CGAE: <http://www.abogacia.es/2012/06/14/prevencion-del-blanqueo-de-capitales-2/>

<sup>68</sup> Sobre la noción de la autorregulación regulada y los problemas de legitimación de un Derecho (¿incluso penal?) no estatal, véase COCA VILA, «¿Programas de Cumplimiento como forma de autorregulación regulada?», en SILVA SÁNCHEZ (dir.)/MONTANER FERNÁNDEZ (coord.), *Criminalidad de empresa y Compliance*, 2013, pp. 43 y ss. En todo caso, adviértase que lo que aquí se propone es que los abogados se doten de un

Para concluir, adviértase que la puesta en relación del abogado con la legislación anti-blanqueo de capitales arroja dos problemas dogmáticos distintos. Por un lado, y al mismo se ha referido este comentario de sentencia, resulta necesario determinar con claridad cuándo un abogado queda obligado a la reserva del secreto profesional, y cuándo, por el contrario, no lo está, de modo que, conforme a la Ley 10/2010 podrá en su caso quedar obligado positivamente a comunicar el indicio de operaciones sospechosas. Aquí lo pretendido no es determinar la licitud o ilicitud de la intervención del abogado, sino analizar la naturaleza de su actuación, y decidir acto seguido si queda o no obligado de forma positiva. Un problema distinto, pero igualmente relevante, es el de cómo determinar los límites de la neutralidad en la actuación del abogado que contribuye causalmente a la realización del un delito de blanqueo de capitales, esto es, cuándo el abogado que no actúa como tal rebasa con su contribución causal al delito los límites del riesgo permitido, infringiendo con ello un deber negativo.<sup>69</sup> No se trata entonces de decidir si el abogado está obligado o no a colaborar con la administración, sino de valorar el carácter neutral o delictivo de contribuciones causales al delito que protagoniza aquél que recurre a sus servicios profesionales, si se quiere, de determinar el alcance de la posición de garantía del abogado en relación con las actividades de blanqueo de capitales llevadas a cabo por su cliente. Sea como fuere, tanto en la decisión acerca de la procedencia o no de la comunicación al *Sepblac*, como en la determinación de los límites al riesgo permitido en el ejercicio de la profesión, un órgano autorregulador como el que aquí se propone contribuiría de forma decisiva, a modo de una segunda instancia tras la valoración individual del letrado, con capacidad para unificar parámetros decisorios, ganar así en previsibilidad, y aminorar en todo lo posible la incertidumbre en la que en ocasiones puede verse sumido el abogado en el ejercicio de su actividad profesional.

---

órgano propio que les sirva para concretar y establecer un Derecho que les viene dado, no se trata de que ese órgano decida cuándo comunicar y cuándo no, o cuándo un abogado actúa neutralmente y cuándo está interviniendo delictivamente. Lo pretendido es otorgar a los abogados incentivos para que auto-expliciten y formulen con luz y taquígrafos cómo se organiza en el cumplimiento de sus deberes positivos, con la expectativa de que una reflexión serena e intensa al respecto contribuya a una mejor organización y delimitación de sus deberes positivos frente al deber de reserva del secreto profesional.

<sup>69</sup> Al respecto, en detalle, LUZÓN PEÑA en ABEL SOUTO (coord.), *III Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, 2013, pp. 324 y ss.; ROBLES PLANAS, *Diario La Ley*, (7015), 2008, pp. 6 y ss.; PÉREZ MANZANO, *La Ley Penal*, (53), 2008, pp. 13 y ss.; RAGUÉS I VALLÈS en SILVA SÁNCHEZ (dir.), *¿Libertad económica o fraudes punibles?*, 2003, pp. 127 y ss., 129 y 142 y ss.; y SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, «Blanqueo de capitales y abogacía», *InDret*, (1), 2008, *passim*; MÜSSIG, *Wistra*, (6), 2005, pp. 204 y ss.

## 5. Tabla de jurisprudencia citada

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Ar.</i>	<i>Partes</i>
STEDH, (Sección 5ª) 6.12.2012	(12323/1)	Caso Michaud contra Francia
STJCE, (Gran Sala) 26.6.2007	(asunto C-305/05)	Ordre des barreaux francophones et germanophone y otros contra Conseil des ministres

## 6. Bibliografía

Juan Antonio ALIAGA MÉNDEZ (2010), *Normativa comentada de prevención del blanqueo de capitales. Adaptada a la Ley 10/2010*, La Ley, Las Rozas, pp. 198 y s., y pp. 468 y ss.

Juan ÁLVAREZ-SALA WALTHER (2003), «El blanqueo de capitales y las profesiones jurídicas» en CABANILLAS SÁNCHEZ et al. (eds.), *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, t. IV, Civitas, Madrid, pp. 5805 y ss.

José Antonio AZORÍN MOLINA (2007), «Derecho de defensa y secreto profesional del Abogado. Especial referencia al conflicto en el ámbito del blanqueo de capitales», *Revista jurídica. Región de Murcia*, (39), pp. 36 y ss.

Mateo G. BERMEJO (2009), *Prevención y Castigo del Blanqueo de Capitales. Una Aproximación desde el Análisis Económico del Derecho*, Tesis doctoral inédita. Disponible online: <http://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/7318/tmb.pdf.pdf?sequence=1>

Ivó COCA VILA (2013), «¿Programas de Cumplimiento como forma de autorregulación regulada?», en SILVA SÁNCHEZ (dir.)/MONTANER FERNÁNDEZ (coord.), *Criminalidad de empresa y Compliance*, Atelier, Barcelona, pp. 43 y ss.

- EL MISMO (2013), «La posición jurídica del abogado: Entre la confidencialidad y los deberes positivos», en SILVA SÁNCHEZ (dir.)/MONTANER FERNÁNDEZ (coord.), *Criminalidad de empresa y Compliance*, Atelier, Barcelona, pp. 287 y ss.

Emilio CORTÉS BECHIARELLI (2003), «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 (Universidad de Extremadura)*, (21), pp. 192 y ss.

- EL MISMO (1998), *El secreto profesional de los abogados y los procuradores*, Marcial Pons, Madrid.

Juan CÓRDOBA RODA (2006), *Abogacía, secreto profesional y blanqueo de capitales*, Marcial Pons, Barcelona, Madrid.

Antonio CUERDA RIEZU (1984), *La colisión de deberes en derecho penal*, Tecnos, Madrid.

Renato JAEGER (2004), «Rechtsanwälte als Organ der Rechtsplege – Notwendig oder überflüssig? Brüder oder Schutz?», *NJW*, pp. 6 y ss.

José LOZANO MIRALLES (1998), «Delitos contra la intimidad» en BAJO FERNÁNDEZ (dir.), *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)*, v. II, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, p. 232.

Diego-Manuel LUZÓN PEÑA (2013), «Responsabilidad penal del asesor jurídico, en especial en relación con el blanqueo de capitales» en ABEL SOUTO (coord.), *III Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 301 y ss.

Eckhart MÜLLER (2005), «Berufsfreiheit und Freiheit des Berufs- Der Strafverteidiger als Organ der Rechtspflege», en WIDMAIER et al. (eds.), *Festschrift für Hans Dabs*, Schmidt, Köln, p. 3 y ss., 10 y ss.

Bernd MÜSSIG (2005), «Strafverteidiger als „Organ der Rechtspflege“ und die Strafbarkeit wegen Geldwäsche», *Wistra*, (6), pp. 201 y ss.

Nuria PASTOR MUÑOZ (2010), «Europäisierung des Strafrechts und mitgliedstaatliche nationale Besonderheiten in der Europäischen Union», *GA*, pp. 84 y ss.

José María PELÁEZ MARTOS (2010), *Blanqueo de capitales. Obligaciones de empresas y profesionales en la nueva ley*, CISS, Valencia, pp. 73 y ss.

Mercedes PÉREZ MANZANO (2008), «Neutralidad delictiva y blanqueo de capitales: el ejercicio de la abogacía y la tipicidad del delito de blanqueo de capitales», *La Ley Penal*, (53), pp. 13 y ss.

Ramón RAGUÉS I VALLÈS (2003), «Blanqueo de capitales y negocios *standard*. Con especial mención a los abogados como potenciales autores de un delito de blanqueo» en SILVA SÁNCHEZ (dir.), *¿Libertad económica o fraudes punibles?*, Marcial Pons, Madrid, pp. 127 y ss., 129 y 142 y ss.

Ricardo ROBLES PLANAS (2008), «Riesgos penales del asesoramiento jurídico», *Diario La Ley*, (7015), pp. 6 y ss.

- EL MISMO (2003), *La participación en el delito: fundamentos y límites*, Marcial Pons, Madrid, pp. 52 y ss.

- EL MISMO (2003), «Las conductas neutrales en el ámbito de los delitos fraudulentos», en SILVA SÁNCHEZ (dir.), *¿Libertad económica o fraudes punibles?*, Marcial Pons, Madrid, pp. 31 y ss.

Thomas RÖNNAU (2013), «Grundwissen- Strafrecht: Rechtfertigende Pflichtenkollision», *JuS*, (2), pp. 113 y ss.

Javier SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES (2008), «Blanqueo de capitales y abogacía», *InDret* 1/2008, p. 12.

Nielson SÁNCHEZ STEWART (2008), «Las funciones del abogado en relación a las obligaciones que impone la normativa de prevención», *La Ley Penal*, (53), p. 3.

- EL MISMO (2011), «Abogados y blanqueo de capitales», en ABEL SOUTO/SÁNCHEZ STEWART (coords.), *II Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 18 y s.

Helmut SATZGER (2010), «Die rechtfertigende Pflichtenkollision», *Jura*, (10), pp. 753 y ss.

Jesús María SILVA SÁNCHEZ (2009), «Blanqueo de capitales y asesoramiento jurídico: la perspectiva del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», *Revista Togas*, 26 de julio de 2007, *passim*.

- EL MISMO (2011), «Expansión del Derecho penal y blanqueo de capitales» en ABEL SOUTO/SÁNCHEZ STEWART (coords.), *II Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 131 y ss.