

**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***

Por el Dr. EMILIO CORTÉS BECHIARELLI
Profesor Titular de Derecho Penal de la U.EX.

Resumen

La Directiva 2001/97/CE del Parlamento Europeo y del Consejo impone, fundamentalmente, tres tipos de obligaciones para determinados profesionales, entre ellos los Abogados, para el supuesto de que se tenga sospechas, en el curso de la actividad laboral, de que puede haberse cometido o cometerse un delito de blanqueo de capitales o similar. Tales obligaciones son denominadas de identificación personal, identificación real y de información, y de ellas se derivan otras como el deber de denunciar a los clientes en tales casos, o suministrar al órgano competente la documentación obtenida. Naturalmente, este planteamiento de la norma comunitaria entronca, *prima facie*, con las disposiciones normativas españolas que amparan el derecho-deber de secreto profesional de los Abogados, observándose incompatibilidades que se denuncian en este trabajo.

Abstract

Directive 2001/97/EC of the European Parliament and Council mainly enforces three types of duties among certain professions (attorneys included). Such obligations deal with the issue of suspecting a crime of money laundering during one's work time. The three types are categorised as personal, real and information identification. Others are derived from these obligations, such as the duty to report on clients in such cases, or to provide the documentation collected. The development of this european community policy is obviously connected with Spanish regulations that protect the right/duty of attorneys, while some incompatibilities are observed (reported in this paper).

SUMARIO

1. ANTECEDENTES
2. NATURALEZA DEL DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALS
3. CONTENIDO DE LAS EXIGENCIAS DE IDENTIFICACIÓN E INFORMACIÓN
 - 3.1. IDENTIFICACIÓN PERSONAL
 - 3.2. IDENTIFICACIÓN REAL
 - 3.3. INFORMACIÓN
4. NATURALEZA Y FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DEL SECRETO PROFESIONAL DEL ABOGADO EN ESPAÑA
5. REGULACIÓN LEGAL DEL SECRETO PROFESIONAL EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL: NORMAS PRINCIPALES Y DERIVADAS
6. EL SECRETO PROFESIONAL DEL ABOGADO ESPAÑOL ANTE LA DIRECTIVA 2001/97
 - 6.1. PRELIMINAR
 - 6.2. EL ABOGADO DESIGNADO
 - 6.3. EL ABOGADO ASESOR
 - 6.4. EL ABOGADO DELINCUENTE
 - 6.5. EL ABOGADO PERCEPTOR DE MINUTAS
7. RESPONSABILIDAD DE LOS ABOGADOS
8. CONCLUSIONES

1. ANTECEDENTES

Primero.—La Directiva 2001/97/C.E. del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de diciembre de 2001 modifica la Directiva 91/308/C.E.E. del Consejo relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales, para tratar de mejorar la persecución y sanción de esta modalidad incesante de delincuencia, y en la medida en que se han detectado relaciones entre esa infracción y algunas formas de terrorismo.

Segundo.—Son tres los objetivos que la nueva Directiva se propone en relación con su antecedente legislativo: la ampliación de la prohibición del blanqueo de capitales obtenidos por tráfico de drogas a los capitales procedentes de todas las formas de delincuencia organizada, o, como dice su *Considerando* séptimo de la nueva Directiva, a los *delitos subyacentes*; la cooperación entre las autoridades nacionales y la Comisión cuando se desarrollan actividades ilegales que resultan perjudiciales para los intereses financieros de las Comunidades Europeas; y, por último, la extensión de las obligaciones establecidas en la Directiva a determinadas actividades y profesiones no financieras.

Tercero.—Dichas obligaciones son, fundamentalmente, de tres clases: de identificación personal, de identificación real y de información, incluyéndose en ésta el deber de suministrar al organismo competente la documentación facilitada por los clientes.

Cuarto.—Una de las actividades a la que afecta la nueva Directiva es la de Abogado, planteándose así un conflicto entre el derecho-deber de dichos profesionales al secreto, concebido en nuestra legislación en amplios términos, y los señalados deberes de identificación e información.

Quinto.—Para tratar de advertir los puntos de encuentro y de alejamiento entre la regulación legal del secreto profesional de los Abogados en España y la Directiva 2001/97, se parte de la distinción entre sus distintos cometidos o situaciones, con el propósito de no dar una solución única a una problemática que se manifiesta de muy diferentes formas.

Sexto.—El Estado español, de acuerdo con estos presupuestos, deberá dictar la correspondiente norma de transposición de la Directiva antes del 15 de junio

* Sustancialmente, es este el texto del Dictamen que realicé a petición del Consejo General de la Abogacía Española acerca de si las disposiciones de la Directiva 2001/97 del Parlamento Europeo y del Consejo entran en contradicción con la normativa española en materia de protección del secreto profesional del Abogado. He respetado el modo de citar, sin notas a pie, que seguí en su elaboración.

de 2003, teniendo en cuenta que el art. 249 del Tratado de la Unión Europea dispone que *la Directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios.*

2. NATURALEZA DEL DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALS

Si bien la Directiva 2001/97 del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de diciembre de 2001 (en adelante, la Directiva) no contrae su articulado al delito de blanqueo de capitales, sino que pretende extenderse a lo que denomina *delitos subyacentes* (Considerandos séptimo a décimo), es indudable que su referente –la Directiva 91/308/C.E.E. del Consejo– se elaboró con la finalidad de prevenir aquella modalidad delictiva, y en consideración a la problemática que origina su investigación y su prueba, además del hecho de que, en la mayoría de las ocasiones, la infracción, por su multiterritorialidad, afecta a los ordenamientos criminales de distintos Estados (cfr. art. 301.4.º del Código penal, que trata de sortear este impedimento, en la línea de lo que prevé la Directiva en su art. 1.c) cuando concluye que *se considerará que hay blanqueo de capitales aun cuando las actividades que hayan generado los bienes que vayan a blanquearse se hayan desarrollado en el territorio de otro Estado miembro o en el de un tercer país).*

Así, en fecha reciente, y a modo de ejemplo, se han enumerado motivadamente los problemas que encuentra la actuación investigadora de la Policía en materia de blanqueo de capitales, a saber: el marco legal existente no es homogéneo, la cooperación judicial y policial internacional no se produce con la intensidad y agilidad que requieren estas investigaciones, dificultad de acceso a la información, recursos humanos claramente insuficientes, estructuras policiales encargadas de su investigación difusamente definidas, falta de especialistas cualificados, globalización del sistema económico, desaparición de fronteras físicas para la libre circulación de personas, mercancías y servicios, y la aparición de nuevas tecnologías (E. Heredero Salamanca, en *Blanqueo de dinero y corrupción en el sistema bancario*, edición a cargo de J. C. Ferré Olivé, Salamanca, 2002, pág. 369).

De suerte que bien puede decirse que el delito de blanqueo de capitales se caracteriza de manera primordial por su opacidad, buscada de propósito por sus autores a través de toda una amalgama de operaciones financieras o comerciales cuyos ilícitos fines se confunden con la apariencia de una actividad legal. Como ha escrito González-Cuéllar Serrano, *el delito de blanqueo de capitales resulta gravemente perjudicial para el orden socioeconómico, pero no provoca víctimas directas, y ello dificulta su descubrimiento por la Administración de Justicia penal, la cual normalmente detecta los delitos gracias a las denuncias de los ofendidos* («Blanqueo de capitales y secreto profesional del Abogado», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 2002). Este hecho es el que motiva que la Directiva centre primordialmente sus objetivos en el establecimiento de obligaciones de identificación e información que, basadas en una no disimulada presunción de culpabilidad, invierten de forma

manifiesta la carga de la prueba, pues son los actores de dichas operaciones –*lato sensu*– los que han de demostrar la inexistencia efectiva de un delito de blanqueo de capitales, en los términos que se detallarán más adelante.

Y es que, inicialmente, la Directiva 91/308/C.E.E., de 10 de junio de 1991, ahora corregida, parte de que *las autoridades responsables de la lucha contra este fenómeno no pueden impedir la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales si no cuentan con la cooperación de las entidades de crédito y de las instituciones financieras y de sus autoridades de supervisión, que debe levantarse el secreto bancario en esos casos, que la manera más eficaz de lograr la mencionada cooperación es a través de un sistema obligatorio de declaración de cualquier operación sospechosa, que garantice que las informaciones se hagan llegar a las autoridades antes mencionadas sin poner aviso a los clientes de que se trate*. Este espíritu es el que ilustra la reciente Directiva 2001/97, si bien extendiendo sus efectos a otras profesiones, entre ellas, a la de Abogado.

En este sentido, y a pesar de que el *Considerando* undécimo de la Directiva se refiere a *operaciones sospechosas*, es cierto que a lo largo de su cuerpo se declaran actividades de esta clase automáticamente, sin aditamentos ni circunstancias concomitantes; así, las transacciones por cuantía igual o superior a 15.000 euros (art. 3.2.º), o la venta de fichas de juego por un valor superior o igual a 1.000 euros (art. 3.5.º), o, todavía más, se dispone que *tan pronto como existan sospechas de blanqueo de capitales las entidades, instituciones y personas sujetos a lo dispuesto en la presente Directiva deberán proceder a la citada identificación, incluso cuando el importe de la transacción sea inferior a los importes antes mencionados* (art. 3.8.º). En suma: no se precisa la iniciación de unas diligencias penales tendentes a la averiguación de la comisión de un delito para la investigación de estas transacciones, sino que, en esos supuestos, operarán los mecanismos de revelación de la información a los que se refiere repetidamente la Directiva, en relación de causa-efecto con las labores anteriores de pesquisa. En principio, este planteamiento viene a suponer en la práctica una frecuencia mayor de oportunidades en las que los Abogados, como el resto de entidades, instituciones o personas que se mencionan en el art. 2 *bis* de la Directiva, habrían de poner en conocimiento del *organismo autorregulador* datos relacionados con específicas actividades de sus clientes.

O lo que es lo mismo: dada la opacidad del delito de blanqueo de capitales, la Directiva adopta el sistema consistente en declarar *ex lege* la necesidad de transparencia de algunos negocios, trasladando a las autoridades supervisoras las labores de investigación que, para el resto de los delitos, son privativas de los Juzgados de Instrucción. Frente a esta marcada vocación intervencionista de la Directiva, y, en general, contra las exigencias de identificación e información que se imponen en la misma, ha de alzarse el deber de secreto profesional de los Abogados en relación con las confidencias de todo orden que les trasladen sus clientes, como se señalará en algún epígrafe posterior de este Dictamen.

A modo de primera recomendación, se estima conveniente la necesidad de que rece expresamente en la norma de transposición que las únicas relajaciones posibles del deber de secreto profesional de los Abogados españoles originadas por las obligaciones de identificación del cliente o de sus actividades lo serán en atención a las especiales características del delito de blanqueo de capitales, debiéndose añadir a renglón seguido que en modo alguno este hecho supone la inauguración de una línea legislativa tendente al debilitamiento de dicho deber de sigilo en aras de un entendimiento poco democrático del modo de investigación de los delitos.

3. CONTENIDO DE LAS EXIGENCIAS DE IDENTIFICACIÓN E INFORMACIÓN

Básicamente –junto a la obligación de guardar la documentación–, los deberes que se imponen a las personas físicas y jurídicas, además de entidades e instituciones citadas en el art. 2 *bis* de la Directiva, son de la siguiente naturaleza:

3.1. IDENTIFICACIÓN PERSONAL

Según el art. 3.1 de la Directiva, *los Estados miembros velarán por que las entidades, instituciones y personas sujetas a lo dispuesto en la presente Directiva exijan la identificación de sus clientes, mediante un documento acreditativo, en el momento de entablar relaciones de negocios, en particular en el caso de entidades y de instituciones, cuando abran una cuenta o una cuenta de ahorros u ofrezcan servicios de custodia de archivos.*

De igual manera, el art. 3.2 añade que *también será preceptiva la identificación para cualquier transacción con clientes distintos de los contemplados en el apartado 1, cuya cuantía sea igual o superior a 15.000 euros, ya se lleve ésta a cabo en una o en varias transacciones entre las que parezca existir algún tipo de relación. Si se desconociera el importe en el momento de la transacción, la entidad, institución o persona de que se trate procederá a la identificación en cuanto tenga conocimiento del mismo y compruebe que la transacción alcanza la cuantía indicada.*

3.2. IDENTIFICACIÓN REAL

Reza así el art. 5 de la Directiva, *los Estados miembros velarán para que las entidades, instituciones y personas sujetas a lo dispuesto en la presente Directiva examinen con especial atención cualquier transacción que consideren que, por su naturaleza, pueda estar particularmente vinculada al blanqueo de capitales.*

Consecuentemente, se asienta un doble deber de indagación, que implica también a los Abogados: el que alcanza a la identidad del cliente, y el que se refiere a la actividad en sí que éste realiza o pretende realizar, y para cuyo desarrollo precisa el auxilio de las personas o entidades del citado art. 2 *bis* de la

Directiva; norma cuyo fundamento, en estos aspectos concretos, se trata de establecer con base en los siguientes presupuestos:

1. La imposición de un auténtico y genuino deber de garante de profesionales e instituciones a la hora de controlar la legalidad de la operación de que se trate, lo que parece tener refrendo en la legislación patria cuando tipifica en el art. 301.3.º del Código penal (en adelante C.P.) la modalidad imprudente del delito de blanqueo de capitales.
2. Lo anterior, en la medida en que se instituye una presunción de sospecha de los clientes, que deberán hacer desvanecer éstos a la vista de los documentos que presentan.
3. En este sentido, es preciso señalar que el Código Deontológico de la Abogacía Española, promulgado en el año 2000, ya recogía estas obligaciones. Así, su art. 13.2.º establece que *el Abogado sólo podrá encargarse de un asunto, por mandato de su cliente, encargo de otro Abogado que represente al cliente, o por designación colegial*, añadiéndose a renglón seguido que *el Abogado deberá comprobar la identidad y facultades de quien efectúe el encargo*. Además, el art. 20 de dicha norma deontológica contiene hasta cinco apartados relacionados con el denominado *tratamiento de fondos ajenos*, que parte del presupuesto de que *cuando el Abogado esté en posesión de dinero o valores de clientes o de terceros, estará obligado a tenerlos depositados en una o varias cuentas específicas abiertas en un banco o entidad de crédito, con disposición inmediata*. *Estos depósitos no podrán ser concertados ni confundidos con ningún otro depósito del Abogado, del bufete, del cliente o de terceros*.

3.3. INFORMACIÓN

Pero no basta con investigar; además, la Directiva pone el acento en la necesidad de transmisión de la información obtenida al calor de las labores de rastreo reseñadas en párrafos anteriores, es decir, tolera y saluda con agrado la delación de los clientes. Es en este punto en el que las situaciones de tensión que pudieran generarse entre dicha norma comunitaria y el deber de secreto profesional de los Abogados españoles alcanza su máxima cota de intensidad, como comprobaremos. Pero, de momento, con carácter programático, procede reproducir la letra de su art. 6, según el cual:

1. *Los Estados miembros velarán por que las entidades, instituciones y personas sujetas a lo dispuesto en la presente Directiva y sus directivos y empleados colaboren plenamente con las autoridades responsables de la lucha contra el blanqueo de capitales:*
 - a) *Informando a dichas autoridades, por iniciativa propia, de cualquier hecho que pudiera ser indicio de blanqueo de capitales.*

- b) *Facilitando a dichas autoridades, a petición de éstas, toda la información necesaria de conformidad con los procedimientos establecidos en la legislación aplicable.*
2. *La información a que hace referencia el apartado 1 será remitida a las autoridades responsables de la lucha contra el blanqueo de capitales del Estado miembro en cuyo territorio se encuentre situada la persona, entidad o institución que facilite dicha información. En principio, se encargarán de remitir la información la persona o personas que hayan sido designadas por las entidades, instituciones y personas, de conformidad con los procedimientos contemplados en la letra a) del apartado 1 del art. 11.*
3. *En el caso de los notarios y otros profesionales independientes del Derecho contemplados en el punto 5 del art. 2 bis, los Estados miembros podrán designar al organismo autorregulador pertinente de la profesión de que se trate como la autoridad a la que se ha de informar acerca de los hechos a que se refiere la letra a) del apartado 1, y, en tal caso, establecerán las formas apropiadas de cooperación entre dicho organismo y las autoridades responsables de la lucha contra el blanqueo de capitales.*

Los Estados miembros no estarán obligados a imponer las obligaciones establecidas en el apartado 1 a los notarios, profesionales independientes del Derecho, auditores, contables externos y asesores fiscales, con respecto a la información que éstos reciban de uno de sus clientes u obtengan sobre él al determinar la posición jurídica en favor de su cliente o desempeñar su misión de defender o representar a dicho cliente en procesos judiciales o en relación con ellos, incluido el asesoramiento sobre la incoación o la forma de evitar un proceso, independientemente de si han recibido u obtenido dicha información antes, durante o después de tales procesos.

Aclaremos ahora que cuando en momentos posteriores de este trabajo tengamos que referirnos a la obligación de información a las autoridades de los Abogados, se entienden incluidas en la misma la de conservación de la documentación *ex art. 4* de la Directiva, que dispone:

Los Estados miembros velarán para que las entidades, instituciones y personas sujetas a la presente Directiva conserven, para que sirva como elemento de prueba en toda investigación en materia de blanqueo de capitales:

- en lo referente a la identificación, la copia o las referencias de los documentos exigidos, durante un período mínimo de cinco años desde que hayan finalizado las relaciones con su cliente;*
- en lo relativo a las transacciones, los justificantes y registros que consistan en documentos originales o en copias que tengan fuerza probatoria similar ante su derecho nacional, durante un período mínimo de cinco años a partir de la ejecución de las transacciones.*

Así las cosas, pues, cuando el Abogado, como se verá, se encuentre compelido a denunciar a sus clientes, no sólo habrá de cumplir con este deber, sino, por ende, suministrar pruebas de cargo contra aquéllos, conseguidas con toda facilidad bajo la cobertura meramente formal del secreto. Reflexiónese acerca del modo en el que se subvierte el esquema clásico del ejercicio de la Abogacía: los documentos que el cliente entrega para el trazado de una posible estrategia procesal o de un puntual asesoramiento son utilizados por su Letrado para que se acaben constituyendo, nada menos, que en la base de su condena futura y cierta, dado que la confianza que se presume entre ambos interlocutores invita a que el cliente se sincere verbal y documentalmente, valga la expresión, con su asesor técnico.

4. NATURALEZA Y FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DEL SECRETO PROFESIONAL DEL ABOGADO EN ESPAÑA

Haciendo abstracción de los remotos orígenes históricos de la obligación de secreto profesional de los Abogados, y centrándonos en el momento presente, dicho instituto resulta ser absolutamente esencial para el correcto entendimiento de la administración de justicia en un Estado de Derecho, máxime en el orden jurisdiccional penal, fundamentado, entre otros, en el principio de contradicción e igualdad de armas entre las partes. En este sentido, la articulación de lo que se ha venido en denominar *estrategia procesal* por los agentes de la causa exige un compromiso de total silencio por parte de los Letrados, constituidos, de esa suerte, en paradigmáticos *confidentes necesarios*, en tanto alcanzan el conocimiento de las noticias relatadas por sus clientes, única y exclusivamente, *para* defender sus derechos en el procedimiento de que se trate. Dicho de otra manera; de no ser por el ejercicio cabal de la profesión de Abogado, éste nunca hubiese conocido los secretos de sus clientes, ya que, como reconoce la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 1990, *la defensa del acusado tiene el deber de deslindar los términos del debate explicitando de forma diferenciada cuáles son las pruebas que pretende utilizar en apoyo de las tesis exculpatorias y en descargo de la acusación dirigida contra él.*

Como primera conclusión, puede sostenerse que el secreto profesional del Abogado, tras la entrada en vigor del texto de 1978, ha adquirido una dimensión preponderantemente constitucional, despojándose del cariz religioso que le acompañó durante mucho tiempo. Sin abandonar sus connotaciones deontológicas –que, como es sabido, las sigue teniendo–, o su enunciado en normas legales ordinarias, el quebrantamiento de este deber de discreción entronca de manera directa con determinados derechos fundamentales conectados, a su vez, con la situación de los justiciables en el proceso. Y no sólo se viola el derecho de defensa, como se adelantó, sino otros como el de la tutela judicial efectiva o a un proceso con todas las garantías, pues el primero produce una especie de, por así decir, *efecto dominó* en otras reconocidas, de igual manera, en el art. 24 de la

Constitución española. Esto lo reconoció, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 1998, que concluye que el deber de secreto profesional de los Abogados se funda en *la necesidad de salvaguardar la confianza del cliente en el Abogado como única forma de hacer posible que éste disponga de la información necesaria para llevar a cabo su defensa con la eficacia que la Constitución –en el ámbito del proceso– considera nota característica del derecho a la tutela judicial.*

Es por ello que el Código penal de 1995 dispensa protección al secreto profesional del Abogado español, si bien no con el rigor técnico que sería deseable en una cuestión tan esencial y delicada para la administración efectiva de la justicia. Precisamente, el hecho de que la instauración de los ilícitos penales se justifique en atención a la tutela de un concreto bien jurídico, puede acercarnos más a la auténtica *ratio essendi* y fundamento de la obligación de secreto que contraen los Abogados desde que adquieren esta condición.

En la actualidad, es el art. 199.2.º del Código penal el que disciplina esta materia, en sede de delitos contra la intimidad (Capítulo I del Título X del Libro II), donde se lee: *El profesional que, con incumplimiento de su deber de sigilo y 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.*

Un acatamiento fiel de lo que se titula en la doctrina *función sistemática del bien jurídico* supondría la aceptación inmediata de la intimidad como valor protegido por el ordenamiento criminal en esta clase de infracciones. Pero es en este momento en el que procede poner de relieve la deficiente regulación que padece la cobertura penal del secreto del Abogado, presupuesto básico para su entendimiento global. En primer lugar, merece censura el hecho de que su tratamiento no sea individualizado, y se confunda entre otras especies de incumplimientos de obligaciones de reserva, pues, de una parte, ya se han detallado los distintos derechos fundamentales que se comprometen con su relajación, y, de otra, la creación por el Código penal de 1995 de un Título –el XX– que sistematiza diferentes delitos *contra la Administración de justicia*, entre los que se encuentra, curiosa y paradójicamente, el que castiga al *Abogado o Procurador que revelare actuaciones procesales declaradas secretas por la autoridad judicial* (art. 466.1.º), justificaría su traslado a esta sede, más cercana a su verdadero objeto de protección.

Pero, además, la revelación o divulgación de los datos obtenidos por el Abogado en sus conversaciones con el cliente no tiene que suponer, indefectiblemente, un atentado contra su intimidad. A modo de ejemplo, el Letrado que confirma en rueda de prensa multitudinaria los hechos probados de la sentencia, devenida firme, que condena a su cliente –personaje popular y público– cometería el delito *ex art.* 199.2.º del Código penal, sin menoscabar ni un ápice la intimidad de su patrocinado, entendida como el derecho a *garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida, vinculado con el respeto de su dignidad como per-*

sona, frente a la acción y conocimiento de los demás, sean éstos poderes públicos o simples particulares (Sentencia del Tribunal Constitucional 115/2000, de 5 de mayo). Por eso, no se entiende acertado el fundamento de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 12 de mayo de 1999, que concluía así: *el carácter de reservados o secretos de los hechos sobre los que recayeron las manifestaciones del Letrado sancionado había dejado de existir desde el momento en que el mismo día... dos diarios y un semanario de ámbito nacional divulgaban ampliamente intervenciones a dicho Letrado, por lo que, desaparecido el secreto en sentido amplio, no parece que debiera el Letrado continuar observando la obligación de guardar el secreto profesional*. Para los Abogados, en fin, lo público sigue siendo secreto.

Lo que se le exige a cualquier tipo penal es la delimitación de su objeto de protección *preponderante*, es decir, aquel que, siempre y en todo caso –y no a veces–, resulta lesionado con la infracción de la norma. Y bien es cierto que, en ocasiones, el Abogado indiscreto puede afectar la intimidad de sus clientes, pero no es ése el valor que daría verdadero sentido al delito de revelación de esta especie. Este ejercicio de delimitación, aceptado lo anterior, resulta especialmente dificultoso, ya que se ha sostenido con acierto en nuestra doctrina que *el cliente confía al Abogado asuntos que afectan a su patrimonio, su libertad o, incluso, su vida* (R. Mullerat, «Los diversos enfoques del secreto profesional del Abogado y sus excepciones en los Estados Unidos de América», en *La Ley*, 1997, pág. 1).

En el camino hacia la concreción de ese bien jurídico, es preciso detenerse en la posibilidad muy fundada de que lo sea el derecho de defensa. Sin embargo, dicho derecho fundamental tiene su propia *biología*, de acuerdo con lo que disponen los arts. 24 y 17.3 de la Constitución y 520.2.c) y, sobre todo, 118 de la Ley de Enjuiciamiento criminal; más en concreto, y en sentido estricto, nace desde el momento en que el cliente procede a la designación de su Letrado por alguno de los métodos admitidos en el foro. Mas las actuaciones de los Abogados no se contraen a aquellas posteriores a su nombramiento en el procedimiento de que se trate. No en vano, el art. 6 del Estatuto General de la Abogacía (en adelante, E.G.A.) sanciona que *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, en este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 1998 –como la de 13 de mayo de 1999, que se refiere a esas labores de asesoramiento– ya había dejado sentado que, en este caso, el derecho a la tutela judicial efectiva *se pondría en grave riesgo si el deber de secreto pudiera entenderse restringido a las informaciones obtenidas por el Abogado en actuaciones de carácter formal, encargadas con expresa indicación de su carácter profesional o específicamente retribuidas y no comprendiera aquellas que, al margen del proceso o de un encargo formal de actuación profesional, considere adecuado llevar a cabo por razones de confianza*.

El secreto profesional que se demanda de todos los profesionales de la Abogacía, pues, se extiende también a actuaciones extrañas a la defensa como derecho sometido a determinados rigores formales –específicamente, la designación

ante órgano judicial—, como lo entendió con extraordinario tino el art. 437.2.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante, L.O.P.J.), cuando estableció que *los Abogados deberán guardar secreto de todos los hechos o noticias de que conozcan por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, no pudiendo ser obligados a declarar sobre los mismos.*

Cuando se analice de manera pormenorizada la Directiva, y su posible encaje con las disposiciones que en España disciplinan el deber de secreto profesional del Abogado, merecerá especial detenimiento, desde luego, si la mentada norma comunitaria pudiera eventualmente comprometer, no sólo dicha obligación de sigilo del Abogado *designado*, sino, con idéntico rigor y cautela, la del Abogado meramente *asesor*. Porque, como también tendrá ocasión de comprobarse, la legislación patria en la materia equipara ambas situaciones a los efectos de mantener el silencio, sin necesidad de distinciones o relajaciones, que, por lo demás, no tendrían fundamento lógico o jurídico de clase alguna, pues, tanto en una situación, como en la otra, el Letrado actúa como tal, y mantiene su condición innata de *confidente necesario*.

De manera que, a pesar de que la revelación de esta especie de secreto puede afectar al derecho constitucional a la defensa, estimamos que el valor preponderante que trata de salvaguardar la obligación legal de secreto profesional, conminada incluso por el ordenamiento criminal, es la confianza que, por la concreta naturaleza de la relación que se establece entre ambos, deposita el cliente en su Abogado, pues el primero traslada todo un caudal de información de la más diversa variedad —normalmente, desconoce aquello que es útil para su éxito procesal, y lo que no—, *confiado* en la discreción del segundo. Como escribiera en su día A. Fernández Serrano, *la violación del secreto es siempre un pecado de infidencia, pues a la confianza debe corresponderse con la lealtad (El secreto profesional de los Abogados, Madrid, 1953, pág. 6)*. Más recientemente, y sin movernos del ámbito doctrinal, V. Moreno Catena añade que *la colaboración y confianza —corolario de la primera— aparecen como factores preponderantes del eficaz ejercicio de la defensa técnica: bajo ningún concepto se puede hablar de defensa si entre imputado y defensor no existe confianza y colaboración (El secreto en la prueba de testigos del proceso penal, Madrid, 1980, pág. 209)*.

De igual forma, en nuestra jurisprudencia, encontramos referentes acerca de la trascendencia máxima que alcanza la confianza entre el Abogado y su cliente como eje principal de esa vinculación. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de julio de 1995 sintetiza la esencia de esta situación de sujeción cuando afirma que *en el caso actual, se trata de una persona no especialmente conocedora de cuestiones jurídicas que se encuentra en una situación no habitual y especialmente angustiosa como la de enfrentarse a un procedimiento judicial con motivo de una crisis matrimonial, y que acude a un profesional del Derecho, en quien por la propia lógica del sistema debe depositar su confianza, que tiene como función social defender sus intereses, y que está revestido de una especial autoridad, en sentido moral y cultural, que proporciona el ejercicio de una profesión especializada*. Por su parte, la Sentencia del Tribunal

Supremo de 3 de abril de 1990 había adelantado que *ha de destacarse que la relación del cliente con su Abogado está basada en la confianza, de suerte que, desaparecida ésta, debe cesar dicha relación sin que resulte admisible que posibles dificultades económicas impidan cambiar de Letrado por la necesidad de pagar sus honorarios al anterior antes de que el nuevo Abogado asuma la defensa. No siempre el juego de plazos admite dilaciones, y no sería razonable vincular al cliente con su primitivo Letrado, de suerte que éste continuara con la defensa de quien había perdido la confianza en él.*

Por último, es menester traer la cita del art. 5.1.º del Código Deontológico de la Abogacía española, según el cual *la confianza y confidencialidad en las relaciones entre cliente y Abogado, ínsita en el derecho de aquél a su integridad y a no declarar en su contra, así como en derechos fundamentales de terceros, impone al Abogado el deber y le confiere el derecho de guardar secreto.* Como se ve, la confianza se erige –por vía doctrinal, jurisprudencial y normativa– en el fundamento más sólido de la dependencia entre los clientes y sus Letrados; esa confianza culmina el *iter* iniciado por los otros valores inicialmente propuestos, como la intimidad o el derecho de defensa, actuando como corolario y aglutinante de los mismos: se realza la condición de *confidente necesario* del asesorado, que suministra al profesional extremos que entiendo trascendentes para el trazado y ejecución, en su caso, de la adecuada estrategia procesal que escenifique los postulados del derecho fundamental a la defensa. Esa confianza, en fin, es la que hace que, con rigor, pueda hablarse de *parte* en el procedimiento, y exige el silencio –nunca cómplice– del profesional de la Abogacía para el aseguramiento, nada menos, que de la tutela judicial efectiva y del proceso con todas las garantías que la Constitución española proclama.

Si la confianza queda entronizada de la manera que se explica en el párrafo precedente, de forma automática se advierte, *prima facie*, la enorme contradicción que se instaura en la Directiva que, como ya es sabido, impone a las personas, entidades e instituciones de su art. 2 *bis*, no ya la lealtad hacia sus clientes o usuarios, sino, antes bien, hasta un preocupante deber de delatarlos. Es decir: en este aspecto, la Directiva se sitúa expresamente en la antípoda del modo en que debe desarrollarse la relación entre el Abogado –entendido éste en sentido amplio, como designado o mero asesor– y su cliente, provocando su vuelco absoluto. Frente al esfuerzo de nuestros autores, jurisprudencia y normas por alzaprimar la confianza como valor supremo de esta unión entre dos o más sujetos que forman una *parte* en el proceso, contrapuesta a otras que persiguen intereses de todo punto divergentes, la Directiva establece una presunción de desconfianza. La pregunta, no obstante, y por tratar de ser rigurosos, es: ¿arbitra la propia Directiva mecanismos correctores suficientes para vadear la palmaria incompatibilidad que se observa entre las garantías que en España se otorgan con todo fundamento al secreto profesional del Abogado y la obligación de información que aquella norma compele a observar? Más adelante se perseguirá dar solución a esta interrogante; baste ahora poner de manifiesto la discrepancia advertida.

5. REGULACIÓN LEGAL DEL SECRETO PROFESIONAL EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL: NORMAS PRINCIPALES Y DERIVADAS

Baste en este momento señalar, exclusivamente, aquellas normas que en nuestro Derecho amparan el secreto profesional del Abogado, partiendo del ya citado art. 437.2.º L.O.P.J., que sintetiza con claridad el espíritu del resto de las normas sobre el particular. Así, dice que *los Abogados deberán guardar secreto de todos los hechos o noticias de que conozcan por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, no pudiendo ser obligados a declarar sobre los mismos.*

En muy parecidos términos se expresa el art. 32 E.G.A., y el art. 42.1.º del mismo texto repite la necesidad de guardar este deber de sigilo. Por su parte, el art. 5 del Código Deontológico de la Abogacía se subdivide en ocho apartados encargados de disciplinar esta cuestión con todo detalle. En distintos pasajes de este trabajo se tendrá ocasión de transcribir alguna de estas previsiones de naturaleza deontológica.

Por último, la Ley de Enjuiciamiento criminal, en su art. 263, libera a los Abogados del deber de denunciar a sus clientes, como sucede en el art. 1247.5.º del Código civil, que considera inhábiles como testigos *a los que están obligados a guardar secreto por su estado o profesión, en los asuntos relativos a su profesión o estado*, prerrogativa que se encuentra también en el art. 416.2.º de la ley adjetiva criminal, que dispensa de la obligación de declarar como testigo al *Abogado del procesado respecto a los hechos que éste le hubiese confiado en su calidad de defensor.*

6. EL SECRETO PROFESIONAL DEL ABOGADO ESPAÑOL ANTE LA DIRECTIVA 2001/97

6.1. PRELIMINAR

Partiendo de que los deberes que, de forma genérica, se imponen en la Directiva para las personas, entidades e instituciones fueron catalogados como de identificación personal, identificación real e información, procede ahora analizar hasta qué punto podrían entrar en contradicción con las disposiciones relativas a la protección del secreto de los Abogados españoles. Se ha entendido que resulta preciso desgarnar las distintas facetas de su actividad, huyendo así de facilitar una solución única y global, en atención a la diversidad de labores que estos profesionales pueden realizar en el ejercicio del derecho de defensa, o sin necesidad de llegar a ser designados para tal fin; todo ello sin desterrar la posibilidad de que el propio Letrado intervenga de alguna manera en la trama tendente al blanqueo de los capitales. A estos aspectos se dedican los epígrafes que siguen.

6.2. EL ABOGADO DESIGNADO

El Abogado designado por cualquiera de los medios hábiles, en primer lugar, tiene obligación deontológica en España de identificar a su cliente (art. 13.2.^o), si bien, en la práctica, y porque el acto procesal de la designación exige imperativamente su acreditación, la cuestión no merece más comentarios. La Directiva, en consonancia con lo previsto en el Código Deontológico, no exonera al Letrado de esta imposición, puesto que sus *Considerandos* décimosexto a vigésimo, aunque han dispuesto una serie de dispensas para *miembros independientes de profesiones legalmente reconocidas y controladas que prestan asesoramiento jurídico* –como los Abogados–, sólo exime de la *obligación de notificar sospechas de blanqueo de capitales*. Así, el conjunto de reglas relacionadas con la identificación del cliente –o de determinadas actividades que realice–, en principio, afectarían de igual manera a todos esos *miembros independientes*.

En cuanto a la identificación real *ex art. 5* de la Directiva, debiera distinguirse entre los actos pasados del cliente y los futuros, como explicaremos a continuación. Recuértese que el mentado precepto disponía que *los Estados miembros velarán para que las entidades, instituciones y personas sujetas a lo dispuesto en la presente Directiva examinen con especial atención cualquier transacción que consideren que, por su naturaleza, pueda estar particularmente vinculada al blanqueo de capitales*.

i) Respecto a hechos ya acaecidos, por los que el cliente se encuentre, cuanto menos, acusado, y que motivan el comienzo de la relación entre aquél y su Abogado para que le defienda, el *examen* que este profesional efectúe lo será para ejercer el derecho constitucional a la defensa, pero nunca, desde luego, para colaborar con la jurisdicción competente. Dicho de otro modo: el interés que el Letrado pueda demostrar en la averiguación más o menos precisa del discurrir de los acontecimientos, a la vista del testimonio del cliente y –no se olvide– de los documentos de todo orden que le suministre, deberá ir encaminado, en régimen de total y absoluta exclusividad, al diseño de una estrategia procesal lo más fructífera posible, pero no para que acaben formando parte del contenido material de una delación.

Bien es sabido que la Directiva, en sus términos literales, no contempla la posibilidad de dispensa del deber de identificación real de los Abogados (art. 5), y entendemos que hubiese sido recomendable introducir en su texto una cláusula que aclarase terminantemente este aspecto concreto de la problemática, o que se enumerarían con carácter excepcional aquellas actividades que merecen un control exhaustivo, como hace el art. 20 de nuestro Código Deontológico. Porque, curiosamente, al Abogado le es exigible estatutaria y deontológicamente que, en efecto, *examine con especial atención cualquier transacción que considere que, por su naturaleza, pueda estar particularmente vinculada al blanqueo de capitales*, pero para defender a sus clientes, y no para denunciarlos. La cuestión –por vía interpretativa– quedaría así eventualmente resuelta (se desnaturalizaría la Abogacía si el estudio de los documentos aportados por el cliente

tuviese una motivación distinta a la mejora de su situación en el proceso), e, igualmente, podría argüirse que la imposibilidad de que los Letrados trasladen información alguna relativa a sus patrocinados vendría a suponer un canon exegético suficiente para liberar de cualquier suerte de responsabilidad al Abogado español en su dimensión de escrutador de documentación referente a un proceso.

En cualquier caso, si se comparte que en materia de secreto profesional del Abogado no debieran existir fisuras, se sugiere al Consejo General de la Abogacía que tenga en cuenta este particular: la Directiva no ofrece protección expresa e indubitable al Letrado español en lo atinente a las exigencias de identificación real, ni siquiera al designado. Únicamente por razones genéricas y programáticas conectadas con la razón de ser de la Abogacía y con la trascendencia del deber de secreto profesional en su ejercicio, de una parte, y, de otra, el hecho de que los Letrados sí quedan expresamente exonerados del deber de comunicación a las autoridades –en posible aplicación del aforismo jurídico *quien puede lo más puede lo menos*– pudiera acabar declarándose que, de hecho, el Abogado español administrará la información conseguida en el marco del respeto al derecho a la defensa del que es acreedor su cliente.

ii) Para el supuesto de que el Abogado ya designado por su cliente en un procedimiento tenga que realizar en el seno del mismo determinadas transacciones de aquellas a las que se refiere el art. 5 de la Directiva, aquél sólo podrá invocar su deber de secreto profesional cuando alcance cabal conocimiento de que la actividad de que se trate no se encuentra vinculada al blanqueo de capitales, pues, en caso contrario, podría constituirse en autor, coautor, inductor, cooperador necesario, cómplice o encubridor de un delito de esa especie, por cuanto su actuación ya no queda amparada, en modo alguno, por el ejercicio *legítimo* del derecho constitucional a la defensa. Así lo ha entendido el *Considerando* decimoséptimo *in fine* de la propia Directiva, cuando advierte que *el asesoramiento jurídico sigue estando sujeto a la obligación de secreto profesional, salvo en caso de que el asesor letrado esté implicado en actividades de blanqueo de capitales, de que la finalidad del asesoramiento jurídico sea el blanqueo de capitales, o de que el Abogado sepa que el cliente busca el asesoramiento jurídico para el blanqueo de capitales*. Nuevamente, se observa armonía entre la Directiva y el art. 20 del Código Deontológico español, que disciplina, como es sabido, el tratamiento de fondos ajenos, y que supone, *de facto*, una forma de identificación real prevista por nuestro ordenamiento, a fin de que el Abogado no sea utilizado por su cliente, en régimen de autoría mediata, para la comisión de delitos de blanqueo de capitales. Bien puede decirse que la citada norma deontológica se adelantó a la Directiva en este concreto aspecto.

Lo que sí deja manifiestamente claro la Directiva es que el Abogado designado para la defensa de un cliente acusado de un delito de blanqueo de capitales, si el Estado así lo decide, carece del deber de información al que se refie-

re la norma comunitaria (como ocurre en el art. 3 de la Ley 19/1993), si bien en los términos que a renglón seguido se exponen. Pero, antes, conviene precisar que nos encontramos ante uno de los momentos en los que el deber de secreto profesional ha de afirmarse de manera categórica, en evitación de la posible proliferación de la figura del *Abogado delator*, que traiciona los intereses que le han sido encomendados, con desprecio absoluto hacia los derechos de contenido constitucional que el justiciable ostenta.

Téngase en cuenta, en tal sentido, que el principio general del que parte la Directiva es la obligación de transmisión de la información obtenida en las labores previas de investigación, que se articularía de dos maneras, según distingue el art. 6.1.º, apartados *a*) y *b*): *informando a dichas autoridades, por iniciativa propia, de cualquier hecho que pudiera ser indicio de blanqueo de capitales; y facilitando a dichas autoridades, a petición de éstas, toda la información necesaria de conformidad con los procedimientos establecidos en la legislación aplicable.*

Es elemental que el Abogado –como otros profesionales del Derecho– no debiera observar estas exigencias, porque, insistimos, su acatamiento supondría el fin de la Abogacía y su pérdida absoluta de esencia, a la vez que la apertura de una línea de relajación de los deberes de sigilo que pudiera extenderse en el futuro a otras modalidades delictivas, siempre, se dirá por los mentores de la indiscreción, en aras de una más eficaz prevención de los delitos. Y aunque, en efecto, se nos advierte con criterio que el secreto profesional del Abogado es un instituto en crisis (Mullerat, «Las Directivas europeas contra el blanqueo de capitales. Impacto sobre el secreto profesional del Abogado», en *La Ley*, 2002), dicha crisis nunca podrá significar que el Abogado se convierta, como se dijo, ni en delator de sus patrocinados, ni en testigo de referencia cualificado, porque, en fin, se decapitaría el principio de contradicción que ilustra el ordenamiento criminal de un Estado que se titula de Derecho.

La Directiva, en cualquier caso, es sensible, las más de las veces, a la significación del deber de discreción de los Abogados. Con carácter general, establece (*Considerando* decimosexto) que *los notarios y los profesionales independientes del ámbito jurídico, tal y como han sido definidos por los Estados miembros, deben estar sujetos a lo dispuesto en la Directiva cuando participen en operaciones financieras o empresariales, incluido el asesoramiento fiscal, en las que exista el mayor riesgo de que los servicios de dichos profesionales del ámbito jurídico se empleen indebidamente a fin de blanquear el producto de actividades delictivas.*

Pero, por fortuna, el *Considerando* decimoséptimo (cuyo tenor se acaba trasladando al art. 6.3 de la Directiva) corrige algo el carácter taxativo del que le precede, y matiza: *no obstante, cuando miembros independientes de profesiones legalmente reconocidas y controladas que prestan asesoramiento jurídico –como los Abogados– estén determinando la situación jurídica de sus clientes o ejerciendo la representación legal de los mismos en acciones judiciales, sería impropio imponer a dichos profesionales respecto de estas actividades, en virtud de lo dispuesto en la Directiva, la obligación de noti-*

ficar sospechas de blanqueo de capitales. Es preciso que existan dispensas a la obligación de notificación de la información obtenida antes, durante o después del proceso judicial, o en el momento de la determinación de la situación jurídica de un cliente.

El caso que nos ocupa en este epígrafe –el del Abogado designado por su cliente para la defensa de la acusación de un delito de blanqueo de capitales, o de la naturaleza que fuere–, sin duda alguna, es de los que se incluye en el giro *ejerciendo la representación legal de los mismos en acciones judiciales* utilizado por la Directiva por lo que, como se adelantó, se desvanece y difumina la inicialmente preocupante obligación de colaboración informativa que se les imponía a los Abogados españoles a la vista de lo dispuesto en el *Considerando* decimosexto de la Directiva comunitaria. Queda, de ese modo, salvaguardada la cláusula *no pudiendo ser obligado a declarar sobre los mismos* de los arts. 437.2.º L.O.P.J. y 32.1.º E.G.A., dándose cumplimiento, además, al conocido art. 5.1.º del Código Deontológico, que preconiza *la confianza y confidencialidad en las relaciones entre cliente y Abogado, ínsita en el derecho de aquél a su integridad y a no declarar en su contra*. Más aún: adquieren especial protagonismo las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento criminal ya transcritas en el epígrafe anterior, que dispensaban a los Abogados de la necesidad de denunciar a sus clientes *cuando tuvieren noticia de la comisión de un delito público* (art. 263), o de declarar como testigos *respecto a los hechos que éste le hubiese confiado en su calidad de defensor* (art. 416.2.º).

Las palabras que en su día redactara Aguilera de Paz en interpretación de estas prerrogativas de los Abogados –singularmente, del derecho a no denunciar– tienen todavía hoy manifiesta actualidad: *resulta suficientemente justificada la exención por una razón de decoro y moralidad profesional, porque, de lo contrario, se faltaría a la confianza impuesta en los que desempeñan tales cargos; pero, además, hace indispensable su consignación en la Ley el respeto que se debe al derecho de protección y defensa que el delincuente merece y que ha de encontrar eficazmente sancionado y garantido; cuyo derecho sería ilusorio si los Abogados y Procuradores no tuvieran libertad para ejercerlo, facultándoseles para reservar las noticias que confidencialmente y con relación a su defensa, o como elementos para ella, les comunicaran sus defendidos y representados* (*Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento criminal*, vol. III, Madrid, 1912, pág. 70).

Sentado lo anterior, y desde una perspectiva más constitucional, nuestra jurisprudencia, en su sentencia de 24 de junio de 1991, reconoce que la búsqueda de la verdad material en los procedimientos de naturaleza penal significa *involucrar situaciones que la ley misma quiere que se mantengan reservadas porque el secreto coadyuva más a la realización de la justicia que su descubrimiento, si es que potencialmente algo de lo que se pudiera exteriorizar contribuía al conocimiento de la verdad real, no es procesalmente correcto cuando se ha podido orientar su intervención en otras direcciones que, buscando esa verdad, no atentara a derechos cuya trasgresión está incondicionalmente repudiada en nuestro ordenamiento jurídico*. Igualmente, la sentencia de 5 de octubre de 1994 declara que *sólo se puede llegar a la verdad real por el camino legítimo fijado por la ley fundamental y las leyes procesales; en definitiva, no se puede*

obtener la verdad real a cualquier precio. No todo es lícito en el descubrimiento de la verdad (Auto del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1992).

Así debiera ser, porque el art. 11.1 L.O.P.J. advierte que *no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales*. Y, descendiendo ahora a nuestro supuesto, la revelación del secreto profesional del Abogado del acusado por delito de blanqueo de capitales –o, insi-timos, el que sea– constituiría una prueba testifical o documental, en su caso, agresora del derecho fundamental a la defensa del justiciable, además de otros ya señalados en este Dictamen, como el de la tutela judicial efectiva o a un proceso con todas las garantías.

En conclusión: todas estas previsiones legales, doctrinales y jurisprudenciales, absolutamente indispensables para un correcto entendimiento del ejercicio del derecho a la defensa que proclama nuestra Constitución, son respetadas por la Directiva de referencia, por vía del establecimiento de una excepción al principio general de deber de notificación a la autoridad competente radicado en su art. 6.1.º, y que, como es sabido, alcanza a los notarios, profesionales independientes del Derecho, auditores, contables externos y asesores fiscales.

6.3. EL ABOGADO ASESOR

El E.G.A. establece que el deber de secreto profesional de los Abogados españoles comprende *todos los hechos o noticias que conozcan por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional*, en la línea de lo dispuesto por el art. 437.2.º L.O.P.J., o del art. 5 del Código Deontológico, que, específicamente, se refiere a *las confidencias y propuestas del cliente*.

De este modo, es frecuente que la actividad del Letrado se traduzca en labores de asesoramiento a sus clientes, ya de forma verbal, o a través de la elaboración de Dictámenes técnicos. Como ha señalado la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 1990, y por muy elemental que parezca, *Abogado es aquella persona que se incorpora a un Colegio de Abogados y en despacho, propio o compartido, efectúa los actos propios de esa profesión, tales como consultas, consejos y asesoramiento, arbitrajes de equidad o Derecho, conciliaciones, acuerdos y transacciones, elaboración de Dictámenes, redacción de contratos y otros actos jurídicos en documentos privados, práctica de partición de bienes, ejercicio de acciones de toda índole antes las diferentes ramas jurisdiccionales, y, en general, defensa de intereses ajenos, judicial o extrajudicialmente* (cfr., además, art. 436 L.O.P.J. y art. 9.1.º E.G.A.).

Se trata, en suma, de la faceta asesora de los Letrados, que, aunque no se encuentre sometida a las formalidades que sí reclama la designación ante el órgano judicial, merece idéntica consideración que las actividades propias del ejercicio de derecho de defensa en el foro.

De acuerdo con el tenor de la Directiva, y en virtud de su ya conocido art. 6.3.º, 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 quedan expresamente excluidas del deber de información a la autoridad que declara de manera programática el art. 6.1.º de la citada norma comunitaria. *Prima facie*, se nota, pues, una total concordia entre la legislación española en la materia y las previsiones de la Directiva, sin desajustes trascendentes.

Sin embargo, otra vez procede distinguir entre el asesoramiento al cliente acerca de acontecimientos pasados, y sucesos futuros. Además, porque la propia Directiva, también de modo expreso, parece referirse en régimen de exclusividad a los primeros, que serían los beneficiados por la cláusula de exoneración del art. 6.3.º, de manera que si el cliente lo que demanda es consejo técnico para la realización de algún delito de blanqueo de capitales, o el modo de ocultar bienes obtenidos como consecuencia de alguna infracción penal, la obligación de denuncia queda, de esa manera, y por así decir, reactivada.

Conviene detenerse en este aspecto concreto, problemático por demás. Sobre todo, porque el art. 7 *in fine* de la Directiva dispone que *cuando se sospeche que la transacción considerada va a implicar blanqueo de capitales y abstenerse de ejecutarla resulte imposible o pueda comprometer el procesamiento de los beneficiarios de la presunta operación de blanqueo, las entidades, instituciones y personas afectadas informarán a las autoridades inmediatamente después*, lo que hace generar una doble interrogante:

1.º ¿Tiene el Abogado obligación de notificar a la autoridad competente que se le ha solicitado asesoramiento acerca del modo de blanquear capitales?

A la vista de la Directiva, parece que sí, por cuanto, estrictamente, su labor no es de *asesoramiento sobre la incoación o la forma de evitar un proceso*. Y no sólo por la letra de esa Directiva; la Comisión Europea, en su *memorándum* explicativo, reconoce, en este sentido, que *el objetivo básico de la propuesta en este campo consiste en hacer más difícil a los reales o potenciales blanqueadores de dinero intentar o utilizar de forma indebida los servicios del Abogado, posiblemente facilitando información inexacta o incompleta, en la certeza de que si se descubre el intento, no será denunciado a ninguna autoridad superior*. Existe, a lo que parece, una absoluta identidad entre lo que el legislador comunitario quería decir, y lo que finalmente ha dicho.

La normativa de transposición de la Directiva debería abordar con extrema-
da cautela esta contingencia, porque entendemos que el Abogado, por la significación social de su profesión, y en la medida en que queda investido como *administrador* de derechos fundamentales ajenos, por regla general, nunca habría de delatar a ciudadano alguno. Y no únicamente por elementales razones de sentido común y jurídico, sino porque *de lege lata*, es conocido que el art. 263 de la Ley de Enjuiciamiento criminal dispone que, entre otros, los Abogados no tienen la obligación de denunciar, bajo ningún concepto, *respecto de las instrucciones o explicaciones que recibieron de sus clientes*. Se advierte en este particular un desaconsejable cisma entre la Directiva comunitaria y la decimonónica ley adje-

tiva, inclinándonos, desde luego, por el espíritu de la segunda norma. Máxime si se tiene en cuenta, por ende, que el delito de blanqueo de capitales, para cuya prevención y represión se articulan, preferentemente, todas estas previsiones, precisa la comisión anterior de otra infracción criminal (art. 301.1.º del Código penal: *el que adquiriera, convierta o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en un delito grave o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito...*), de modo que creemos que, finalmente, y en la medida en que el delito de blanqueo no se ha producido, la delación más bien servirá para la investigación del delito inicial o de referencia (como dice la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de julio de 2001, *la problemática en estos delitos suele radicar en la acreditación de la procedencia y la conexión del sujeto activo con el delito antecedente de donde proceden las ganancias o ilícitos beneficios*). En definitiva; demasiadas relajaciones de las garantías de los justiciables como para acoger sin reservas de ninguna especie, y con dócil placidez, la propuesta de la Directiva en lo atinente a este concreto aspecto.

Lo que debe el Abogado español es negarse a la realización de la tarea asesora encargada, pero sin que esto implique la generación de un deber de denunciar, por lo que patrocinamos la ruptura de la permanente relación causa-efecto que la Directiva establece entre la comprobación de la operación y la transmisión de sus resultados. En el epígrafe correspondiente a la figura del *Abogado delincuente* ampliaremos estas reflexiones.

2. ¿Tiene el Abogado obligación, de acuerdo con el art. 7 *in fine* de la Directiva, de provocar la comisión del delito, difiriendo así la transmisión de la información?

En realidad, se abren multitud de hipótesis fácticas, cuyo enunciado teórico omitimos, en tanto en cuanto todas ellas obtendrían la misma consideración jurídica. Siguiendo a González-Cuéllar Serrano, sería *delirante* que el Abogado ejerciese funciones propias de un *agente encubierto* (*op. cit.*, pág. 5). La Directiva no libera, no obstante, al Abogado de esta servidumbre legal, y, otra vez, pero quizá con especial énfasis, la norma transportadora debiera observar toda suerte de cautelas, porque, de producirse lo que la Directiva patrocina, se desvanecería de manera automática la solemnidad con la que nuestro derecho interno disciplina el secreto profesional del Abogado, erigido éste, además, en una especie de inductor del delito, pero no en los términos del art. 28 del Código penal, pues quedaría exento de pena so pretexto de su actitud colaboradora con la administración de justicia.

A mayor abundamiento, y en la medida en que el Abogado, investido ante el cliente de toda autoridad científica, acabe, a la luz de lo previsto en dicho art. 7 de la Directiva, provocando el delito, vendría en aplicación la doctrina jurisprudencial española relativa al denominado delito provocado, configurado ampliamente como aquél que *se realiza en virtud de una incitación engañosa por parte de un agente provocador, generalmente miembro de las fuerzas policiales que, intentan-*

do la detención de personas sospechosas de delincuencia, les impulsa eficientemente a perpetrar un hecho delictivo, haciendo nacer una voluntad comisoria antes inexistente de un delito concreto, el cual no se hubiera cometido sin la causa que fue la incitación del agente provocador. Esta forma de actuar lesiona los puntales democráticos que se recogen en los principios de legalidad y de interdicción de arbitrariedad de los poderes públicos. El efecto penal de tales conductas en las que no hay un dolo independiente y autónomo en la persona provocada, ni existe pues culpabilidad, es la consecuencia de la impunidad de tal conducta. Sólo cabe admitir la existencia de delito provocado cuando el agente provocador interviene antes de que los que luego aparezcan como autores hayan comenzado a preparar y realizar el hecho punible (sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 1998).

Con base en tales consideraciones, la adaptación española de la Directiva tiene que poner de relieve indubitadamente que esta previsión es de imposible aplicación a los Abogados patrios, pues ha de tenerse en cuenta, además, que adquiere protagonismo en este momento la letra del art. 4 de la Directiva, que, como se dijo, establece que los Abogados observarán deber de custodia de los documentos que sus clientes le facilitan para la articulación de la defensa con la auténtica finalidad de que *tengan fuerza probatoria similar ante su derecho nacional*, y no se puede obligar al Abogado a mantener artificialmente una situación impropia de la Abogacía: diseñar o admitir documentos para articular la defensa del cliente, cuando el objetivo oculto es otro. Los Abogados no tienen por qué padecer esto, ni menos ser actores en su profesión, conminados por la comisión de un delito grave, y, desde luego, entendemos que se precisa una declaración terminante en este punto que aleje a los Abogados de las situaciones de tensión (deber de secreto *vs.* deber de denuncia) que la Directiva crea. Represión del delito, sí, pero no a costa de pervertir una profesión como la Abogacía.

Por último, hemos de referirnos a la relación que existe entre las labores de asesoramiento del Abogado y los deberes de identificación personal y real de los clientes.

Respecto a los primeros, opinamos que no es posible el asesoramiento de un cliente que no desea identificarse, pues el tan repetido art. 13.2.º del Código Deontológico de la Abogacía Española reclama como requisito para el Abogado que vaya a encargarse de un asunto, *lato sensu*, la previa comprobación de *la identidad y facultades de quien efectúe el encargo*; esto es, parece justificado que la respuesta jurídica del Letrado a la propuesta de su interlocutor se supedite a la acreditación de sus datos de filiación o residencia, a fin de evitar una posible utilización artera de la labor del Abogado. Recuérdense que el art. 8 de la Directiva impone una obligación que se puede verificar en la práctica totalidad de los casos que se analizan en este párrafo: *tan pronto como existan sospechas de blanqueo de capitales, las entidades, instituciones y personas sujetas a lo dispuesto en la presente Directiva deberán proceder a la citada identificación, incluso cuando el importe de la transacción sea inferior a los importes antes mencionados.*

La obligación, además, es recíproca, por cuanto el art. 42.3.º E.G.A. establece que *el Abogado deberá identificarse ante la persona a la que asesora o defiende, incluso cuando lo haga por cuenta de un tercero, a fin de asumir las responsabilidades civiles, penales y deontológicas que, en su caso, correspondan* (cfr. art. 13.2.º del Código Deontológico de la Abogacía Española).

Acerca del requerimiento comunitario que hemos venido en titular *identificación real* sí deben observarse algunas cautelas. El Abogado, siguiendo la terminología propuesta por el remozado art. 5 de la Directiva, puede examinar con especial atención determinadas transacciones realizadas por sus clientes que, por su naturaleza, aparenten estar vinculadas al blanqueo de capitales, pero sin que, como parece ser el espíritu de esa norma, tal análisis se efectúe como método preparatorio o de documentación de la futura denuncia. El Letrado español creemos que está habilitando para estudiar minuciosamente cualquier operación que se le presente, a fin de obtener el contenido del asesoramiento técnico respecto a ella, sin que esto tenga que derivar en una colaboración venidera con la administración de justicia.

Es de subrayar, pues, en este momento, que el ánimo con el que un Letrado aborda el análisis de una concreta información no debe ser el mismo que el de otros profesionales que se encuentren al margen de obligaciones derivadas de la significación –nunca se olvide– constitucional del deber de secreto profesional. El cabal cumplimiento de su función social le inclina al examen de la cuestión planteada con observancia de lo dispuesto, entre otros, en el art. 3.1.º del Código Deontológico, que subraya que *el Abogado tiene el derecho y el deber de defender y asesorar libremente a sus clientes*, para que, con esos presupuestos, se verifique la necesidad de una *conducta profesional íntegra, que sea honrada, leal, veraz y diligente* (art. 4.1.º del mismo texto), pero nunca a modo de acto preparatorio de una premeditada delación.

Y, en esta materia, la Directiva estimamos que no incardina como sería deseable con lo previsto en nuestra normativa. Ya se dijo que la disfunción puede ser corregida utilizando como parámetros la posibilidad de no denunciar de los Letrados, así como con referencias programáticas al contenido constitucional del deber de secreto profesional; pero quizá no convenga improvisar demasiado, pues es indudable que la expansiva e invasora legislación comunitaria relativa a la prevención de blanqueo de capitales empieza a observar con cierto recelo que esta obligación de sigilo sea inquebrantable, como, en efecto, debiera ser, a nuestro juicio, sin resquicios inmotivados, o con base en un entendimiento poco democrático del modo de investigación de los delitos.

6.4. EL ABOGADO DELINCUENTE

Se comprenderían bajo esta rúbrica aquellos Abogados que, en el ejercicio de su profesión, actúan como autores, coautores, cooperadores necesarios, cómplices o encubridores de un delito de blanqueo de capitales (si bien las con-

clusiones que se alcancen entendemos que son extensibles al resto de las figuras delictivas). Pero también aquellos supuestos en los que el Letrado, sin necesidad de un dolo específico, y movidos por el ánimo de preservar el secreto profesional, comete el delito de blanqueo de capitales en régimen de comisión por omisión por tener conocimiento de la existencia de actividades presentes de blanqueo de capitales que se someten a su criterio, y no poner en conocimiento de la autoridad competente dichos extremos.

i) Primer grupo de casos. Sin necesidad de que se dictase la Directiva de referencia, nuestra legislación y jurisprudencia ya enseñaban que no cabía invocar el derecho al secreto profesional de los Abogados como eventual causa de exclusión de la antijuridicidad de los delitos que los Letrados cometiesen, sobre todo cuando existe un acuerdo entre el Letrado y sus clientes. Así lo entendió, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1998, cuando disponía que *si bien los Abogados deberán guardar secreto de todos los hechos o noticias de que conozcan por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, no pudiendo ser obligados a declarar sobre los mismos, ello no es óbice para que sus actividades delictivas puedan ser descubiertas y acreditadas por otros medios de prueba distintos de su propia confesión, pues al socaire del derecho-deber de guardar el secreto profesional no puede pretenderse –obviamente– la impunidad de estos profesionales del Derecho*. Dicha resolución confirma la de instancia, que condenaba a un Abogado por delito de estafa, en régimen de coautoría con sus clientes, con quienes había urdido una trama para la reclamación de una indemnización.

De todas maneras, este enunciado general merece ser matizado en algún aspecto relacionado con la Directiva comunitaria, poniendo límites a su hipotética aplicación desmesurada, a espaldas de las singularidades de la profesión de Abogado.

Así, es de señalar nuevamente que la ausencia de cobertura que el mentado texto comunitario ofrece a los requerimientos de identificación real, que hemos entendido que afectan también a los Abogados, no debiera significar indicio alguno de culpabilidad del Letrado asesor. Sería preciso poner de relieve en la norma de transposición que el Abogado puede tomar contacto con un cliente o con la documentación que éste le aporte, a fin de *examinarla* con voluntad de aconsejar técnicamente, sin que eso se traduzca poco menos que en el inicio de los actos que habrían de desembocar en un delito de blanqueo de capitales recomendado o inducido por el Abogado.

Otra vez ha de ser puesta de manifiesto la inseguridad que provoca la laguna observada en la Directiva a la hora de exonerar a los Abogados –al menos a ellos– de los tan repetidos deberes de identificación, máxime si se llega a la conclusión de que la Directiva parte de un principio, cual es la presunción de sospecha de todos cuantos, de una manera u otra, realizan determinadas transacciones. Además, y a pesar de su carácter excepcional (arts. 17.3.º y 18.2.º C.P.), el art. 304 del vigente texto punitivo castiga la provocación, la conspiración y la

proposición para el blanqueo de capitales, lo que supone, pues, un adelanto de la barrera punitiva que podría comprometer todavía más la figura del Abogado asesor durante la fase de estudio y examen técnico del asunto ofrecido.

ii) En relación con la concreta regulación del delito de blanqueo de capitales, conviene resaltar que reclama como exigencias típicas que el autor actúe *sabiendo que éstos [los bienes] tienen su origen en un delito grave* (art. 301.1.º), o *a sabiendas de que proceden de alguno de los delitos expresados en el apartado anterior*.

Nótese, por añadidura, que el mismo art. 301.1.º C.P. eleva a la categoría de acción típica el hecho de *ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones para eludir las consecuencias legales de sus actos*, en consonancia simétrica con lo previsto en la Directiva; y este auxilio tiene que ver con la actividad que de un Abogado puede reclamarse por parte de un candidato a la comisión del delito de lavado de capitales. Ahora bien, ¿qué grado de conocimiento precisa alcanzar el Abogado de la previa comisión de un delito? Con carácter programático, adelantemos que el art. 1.c) de la Directiva establece que *el conocimiento, la intención o el propósito que han de darse en las actividades antes mencionadas [las que constituyen blanqueo de capitales] podrán establecerse basándose en elementos objetivos*.

En sede de delito de receptación, nuestra jurisprudencia tiene declarado que *exige como requisito necesario el conocimiento previo de la procedencia de los bienes, no bastando para que concurra dicho elemento subjetivo la mera presunción o conjetura. No es necesario que el agente tenga un perfecto conocimiento de todas las circunstancias del delito antecedente, pero sí lo es que tenga un estado anímico de certeza o de presunción fundada de la ilícita procedencia de los bienes* (sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 1992, por todas), doctrina que es aplicable a nuestro caso, a pesar de las diferencias existentes entre la receptación y el blanqueo de capitales. En la doctrina mayoritaria, aunque con alguna excepción, se admite incluso la eficacia del dolo eventual, por cuanto *el tipo sólo exige conocimiento, no un cierto tipo de conocimiento* (Pérez Manzano, «El tipo subjetivo en los delitos de receptación y blanqueo de dinero», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1994, pág. 234. Sobre las discrepancias doctrinales en la materia, cfr. Aránguez Sánchez, *El delito de blanqueo de capitales*, Madrid, 2000, pág. 275). Por nuestra parte, entendemos que la instauración de una modalidad imprudente en el art. 301.3.º C.P. invita a apoyar la tesis de Pérez Manzano.

¿Cómo afectan estas premisas al Abogado, una vez que nos hemos aproximado al concepto de *conocimiento*? Desde luego, con la lectura de la Directiva sin más aditamentos, la conclusión es obvia: como le concierne sin reservas el deber de identificación de la operación *ex* art. 5 de la Directiva, y antes de facilitar al cliente la solución a la cuestión planteada, habrá de examinar detenidamente la documentación y efectos adelantados por éste, y sólo cuando se desvanezcan sus sospechas de que la propuesta o interrogante puede encubrir una actividad de blanqueo, *ayudar* a su interlocutor con su consejo técnico.

Habr  de tenerse en cuenta, para aquilatar en abstracto el nivel que ha de alcanzar ese deber de garante, que el Abogado tiene muy limitados medios de acceso a la informaci3n; más concretamente, es su cliente, en principio –además de los registros públicos a los que por su cuenta pueda acudir–, la exclusiva fuente informativa de estos profesionales, lo que contrasta con el caudal de documentos que conllevan otros trabajos más apegados al mundo financiero o econ3mico.

Volviendo a la cuesti3n esencial, siempre *de lege lata*, el Abogado es uno más a los efectos del elemento subjetivo de esta modalidad delictiva, que supedita su labor de consejo y sugerencia a la previa certeza de que la actividad inducida o aconsejada es aparentemente lícita, con protagonismo de lo previsto en el art. 13.3.  del C3digo Deontol3gico de la Abogacía, según el cual *el Abogado tendrá plena libertad para aceptar o rechazar el asunto en que se solicite su intervenci3n, sin necesidad de justificar su decisi3n*. Por su parte, una Declaraci3n coetánea a la aprobaci3n del C3digo Deontol3gico del Consejo de Colegios de Abogados de la Uni3n Europea admitía que *cuando participan en una operaci3n jurídica, los Abogados están obligados a retirarse del asunto desde el momento que sospechen seriamente que dicha operaci3n puede tener como resultado el blanqueo del dinero y que el cliente no tiene intenci3n de abstenerse de realizar dicha operaci3n*.

Y es preciso insistir en que las labores permitidas al Abogado en su faceta de asesor est n tasadas en el art. 6.3.  de la Directiva: *sobre la incoaci3n o la forma de evitar un proceso*. Todas las demás, en consecuencia, activan la obligaci3n de denuncia del Letrado a la autoridad competente, y es en este punto en el que la adquisici3n de un grado de conocimiento cierto de la existencia de una operaci3n activa de blanqueo de capitales provoca la tensi3n entre la obligaci3n de guardar silencio y el deber de colaborar con la justicia, de acuerdo con el sentir comunitario.

 Comprometen estos presupuestos el deber de secreto profesional del Abogado? Entendemos que sí, desde el momento que determinada solicitud de asesoramiento sitúa al Abogado en la necesidad de revelaci3n de los datos. En esta ocasi3n, el Letrado tiene deber de abstenerse, a fin de no verificar los elementos t picos del delito de blanqueo de capitales, una de cuyas modalidades –la consistente en ayudar a eludir las consecuencias legales del delito previo– parece estar pensada *ex profeso* para la figura del Abogado, por referirse a una forma de favorecimiento personal que precisa una cierta preparaci3n técnico-jurídica; pero la cuesti3n no queda ahí, y, después de despedir a su cliente, se dirigirá al 3rgano designado para la delaci3n, pues, de no hacerlo, y de acuerdo con lo dispuesto en la Directiva, pudiera estar cometiendo el delito de blanqueo de capitales en su modalidad de comisi3n por omisi3n *ex art. 11 C.P.*

Téngase en cuenta, por último, que, como se adelant3, el art. 301.3.  castiga la forma culposa de las variantes del delito de blanqueo de capitales, cuando la

imprudencia sea grave, lo que compromete todavía más la situación del Abogado consultado.

A pesar de que la doctrina más especializada ha advertido que *los únicos supuestos susceptibles de ser castigados por imprudencia son los contenidos en el número 2, ya que respecto a los contenidos en el número uno, sólo cabe la comisión dolosa* (F. Muñoz Conde, *Derecho penal. Parte especial*, 14.^a ed., Valencia, 2002, pág. 528), lo cierto es que el art. 301.3.º C.P. se complace mal con esta atinada postura científica, ya que no distingue entre unos supuestos y otros, limitándose a establecer que *si los hechos se realizasen por imprudencia grave, la pena será de prisión de seis meses a dos años y multa del tanto al triplo*. En definitiva: parece prudente y respetuoso con el principio de legalidad que la conducta referida de ayuda a eludir las consecuencias legales pueda ser cometida en su modalidad imprudente.

Con esto, nuestro Código se sitúa más allá incluso del tenor de la propia Directiva, que reclama que las actividades definidas como de blanqueo de capitales se realicen *intencionadamente* (encabezado del art. 1.c), introduciendo después la cláusula *a sabiendas* en cada una de las conductas de esa especie que desgrana. En cualquier caso, queda así expresamente impuesto al Abogado un específico deber de garante respecto a la labor de asesoramiento que se le presenta a debate, con pocas posibilidades, además, de que una eventual invocación de error prosperara en la práctica.

Y, con independencia de las críticas que desde la doctrina penal sustantiva pueda generar esta incriminación imprudente (no deja de ser una sospecha de dolo, sin más), lo cierto es que, en la dimensión que nos ocupa, nada tenemos que objetar a una posible lesión del deber de secreto profesional del Abogado, en consideración a la argumentación del párrafo anterior cuando del tipo doloso se trataba. Pudiera plantearse la necesidad en la norma transportadora de ampliar las garantías de los Abogados durante el espacio que les ocupe el estudio de los antecedentes aportados por su cliente, de manera que —expresa e indubitadamente— dicho análisis no signifique acto preparatorio de clase alguna, ni comienzo de connivencia delictiva; en suma, se recomienda una adaptación convenientemente circunstanciada de la cláusula *basándose en hechos objetivos* a la que hace mención, como es sabido, el art. 1.c) de la Directiva.

Por todo ello, la norma de transposición habría de subrayar que el rechazo del Abogado a participar en una operación de blanqueo de capitales todavía no consumada no exige, acumulativamente, un deber de denunciar, aunque eso signifique que la actividad ilícita se va a acabar produciendo. Entendemos que la labor de la Abogacía en un Estado de Derecho, así como la consideración social de sus profesionales, impide que los despachos de esta especie se conviertan en prolongaciones de las Comisarías de Policía. Y conviene, además, precisar este tipo de cuestiones, para evitar que el futuro delincuente, cuando ostente la cualidad de *arrepentido*, señale con el dedo a su Abogado, imputándole el diseño de

la trama de blanqueo, o su connivencia con la misma. De esta forma se ha venido entendiendo en nuestra legislación, pues, como se ha repetido que dicta el art. 437.2.º L.O.P.J., el deber de secreto profesional de los Abogados comprende *todos los hechos o noticias de que conozcan por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional*. Creemos que debilitar lo más mínimo este enunciado supondría un grave retroceso en el sistema de garantías dispuestas para todos los que demandan los servicios de los Letrados.

6.5. EL ABOGADO PERCEPTOR DE MINUTAS

En relación con el enunciado anterior, se plantea si el abono de la provisión de fondos o de la correspondiente minuta pudiera constituir una modalidad de blanqueo de capitales imputable al Abogado.

A pesar de que parte de nuestra doctrina ha reparado en que los límites entre lo adecuado social y profesionalmente, de una parte, y lo delictivo son bastante difusos en esta concreta materia (cfr. J. del Carpio Delgado, *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código penal*, Valencia, 1997, pág. 269), lo cierto es que el cobro de honorarios por parte del Abogado, cuando tenga *conocimiento* de que tales efectos provienen de un delito precedente, puede constituir una infracción de las previstas en el art. 301 C.P.; pero, además, cuando se verifiquen el resto de elementos típicos de la figura de que se trate. Esto es, no debiera concluirse que, imperativamente, cualquier operación remuneradora de esta naturaleza es, *per se*, un delito de blanqueo de capitales. Es menester la prueba de un dolo específico –o de la imprudencia grave– del Abogado en orden a la observancia de todos y cada uno de los requisitos de la figura imputada, o, más sencillo, que la transacción de lavado consiste, concretamente, en ese pago.

La cuestión puede presentar, de todas maneras, numerosos problemas en la práctica, que tienen que ver, incluso, con un posible comiso de los honorarios percibidos por el Abogado, o con el hecho de que el dinero es fungible, y, por tanto, no será fácil saber en ocasiones la procedencia del peculio utilizado para tal fin. En la doctrina, además, encontramos un arco de posturas sobre el particular, incluso la de quien considera que el Abogado no merece tratamiento especial alguno con relación a otras profesiones, refiriéndose a la antijuridicidad de lo que viene en denominar *defensa Rolls-Royce*, con evidente carga intencional, o la de quien, como E. Fabián Caparrós, estima que este caso, como todos los que sean de consumo, nada tienen que ver con el blanqueo (*El delito de blanqueo de capitales*, Madrid, 1998, pág. 207).

Parte de esta doctrina, además, advierte la necesidad de que nuestro ordenamiento discipline normativamente la materia, de manera amplia, incluyendo la posibilidad, o no, de comiso de esas minutas, lo que, en la actualidad, en efecto, no está nada claro y queda al albur de la buena o mala fe con la que haya podido actuar el Letrado. Ahora, las prevenciones que tienen que obser-

var los Abogados en relación con las cantidades que reciben –dinero o valores de clientes, o de terceros– vinculan únicamente al denominado en el Código Deontológico de la Abogacía Española *tratamiento de fondos ajenos* (art. 20), pero no hemos encontrado, en este aspecto, ninguna referencia al pago de honorarios.

Si volvemos al texto de la Directiva, vendría en aplicación, ante el silencio que también guarda sobre este concreto particular, su art. 3.8.º (cuando existan sospechas de blanqueo deberá procederse a la identificación real), para con ello dar trámite a una especie de depuración de los honorarios que cobra.

Cabría, en fin, plantearse, primero, si la norma de transposición debe abordar este problema. Creemos que sí. Y, segundo, cómo regularlo. Con las dificultades de todo orden que la cuestión entraña, patrocinamos que sea la sentencia firme la que marque la línea divisoria entre cobros lícitos o ilícitos. Esto es:

i) Antes de la firmeza de la sentencia, el Abogado que percibe honorarios de su cliente debiera ser considerado, por definición, *tercero de buena fe no responsable del delito que los haya adquirido legalmente* (art. 127 C.P.), por cuanto la presunción de inocencia del cliente se mantiene incólume en ese momento procesal, y el Abogado no tiene la obligación de conseguir la confesión del cliente.

Por el contrario, si llegara a demostrarse que el pago de esos honorarios supone una de las maneras de blanquear dinero a las que alude el art. 301 C.P., con cumplimiento de todos sus elementos típicos y con demostrada connivencia entre Abogado y cliente, procede la sanción del Letrado, aunque la sentencia no sea firme. Naturalmente, los rigores probatorios de estos presupuestos son enormes, máxime si se tiene en cuenta que las entradas y registros en los bufetes o la intervención de las comunicaciones de los Abogados debieran constituir una excepción al régimen general previsto en esa materia por la Ley de Enjuiciamiento criminal.

ii) Una vez que la sentencia sea firme, y si el cliente es declarado culpable, no se podría abonar la minuta con los fondos que conforman el objeto material del delito cuya pena se impone, salvo en aquella cantidad suficiente para asegurar el mínimo previsto en las Normas Orientadoras de Honorarios del correspondiente Colegio.

Pero estas propuestas, insistimos, u otras que se consideren más ajustadas a Derecho, no tendrían que cristalizar por vía de usos; antes bien, e incluso al socaire de la Directiva de referencia, procede una regulación legal de esta problemática, cuyo germen bien pudiera ser la norma de transposición venidera que ha de abordarla en evitación de futuros sobresaltos que los Abogados tuvieran que padecer en relación con su por demás legítimo derecho al cobro de los correspondientes honorarios.

7. RESPONSABILIDAD DE LOS ABOGADOS

Antes de redactarse la norma de transposición, el Abogado español, a la vista de lo que recomienda la Directiva, puede verse en el dilema de tener que decidir en algunos momentos la salvaguarda de una norma, en el entendido que dicha preservación significa la deflagración de otra. El innumerable número de situaciones que en la práctica se producen en el ejercicio de la Abogacía invitan a pensar así, si bien la Directiva, en su art. 6.3.º, dispone que en el caso de los Abogados, entre otros, *los Estados miembros podrán designar al organismo autorregulador pertinente de la profesión de que se trate como la autoridad a la que se ha de informar*, labor que, de no evitarlo la norma de traslado, recaerá en los distintos Colegios de Abogados, y, más singularmente, en la persona de sus Decanos, al modo en el que en la actualidad se disciplinan las entradas y registros en los bufetes (art. 32.2.º E.G.A.). En este punto concreto coincidimos con González-Cuéllar Serrano cuando escribe que *sería deseable que el papel de los Colegios no fuera el de meros transmisores de la información*, pues, no en vano, continúa, *el órgano autorregulador no será una Unidad de Información financiera*.

La Directiva, para ofrecer auxilio a los Abogados en su contradicción, establece que *la revelación de buena fe de la información contemplada en los arts. 6 y 7 a las autoridades responsables de la lucha contra el blanqueo de capitales no constituirá violación de las restricciones sobre divulgación de información impuestas por vía contractual o por cualquier disposición legal, reglamentaria o administrativa y no implicará ningún tipo de responsabilidad para la persona, entidad o institución, sus directivos y empleados* (art. 9).

La previsión puede actuar, en efecto, como especie de bálsamo para los Abogados, pero los clientes, y sus derechos fundamentales, a la vez que la insistida significación social de la profesión de Abogado, no deben quedar al albur de algo tan manifiestamente etéreo como la *buena fe* del Letrado en cuestión. Aquí es donde la Directiva muestra de manera más palmaria su falta de fijeza, y su tendencia a patrocinar la improvisación, para lo cual, además, recoge la posibilidad de que un organismo autorregulador distinto al propio Abogado, dicho sencillamente, le ayude a pasar el cáliz de la delación.

Porque, por este camino de la buena fe, se está derogando, *de facto*, la letra de la Ley Orgánica del Poder Judicial, del Estatuto General de la Abogacía, del Código penal y hasta de la Constitución. El Abogado necesita cánones objetivos fijos a la hora de decidir, de manera que, además, su eventual visita al órgano autorregulador no sea demasiado frecuente. Pero, claro está, si el Letrado sabe que si denuncia, comete un delito, y si no denuncia, también será sancionado, se termina exigiendo poco menos que el funambulismo a estos profesionales.

La norma transportadora habría de detenerse en, de una parte, perfilar con toda la exactitud posible en qué casos tiene deber de identificación e información el Abogado, y, a su vez, apuntalar el papel del secreto profesional del Abogado para que las delaciones inspiradas en la buena fe no sean estimadas tan

inocualemente como las contempla la Directiva, a la que, sin temor a error, ya se le puede imputar, a la vista de su art. 9, que parte de que el fin justifica los medios. De esa manera, el Abogado sabría a qué atenerse, se limitará la actividad del órgano regulador y los propios clientes conocerían con el tiempo los riesgos que corren visitando un bufete profesional, algo que entendemos novedoso en la historia de la Abogacía en España.

En resumen: la norma de transposición, invirtiendo –pero no contradiciendo– la disposición comunitaria, subrayará las eventuales responsabilidades en que pueden incurrir los Abogados delatores, diluyendo así la letra de la Directiva en este punto.

8. CONCLUSIONES

Primera.—La Directiva 2001/97 supone una nueva manera de entendimiento del secreto profesional del Abogado, que deja de ser una cuestión formal basada en su absoluta intangibilidad para pasar a admitir determinadas excepciones, presentándose situaciones de muy dudosa solución que pueden afectar a la independencia del Abogado. Desde este punto de vista, entendemos que la Directiva será muy saludable para la prevención de algunos delitos graves, pero a este concreto deber de sigilo le perjudica notable y preocupantemente.

Segunda.—La norma de transposición española deberá significar expresamente que las eventuales relajaciones del tratamiento del secreto profesional en el ordenamiento español traen causa de un fenómeno delictivo de carácter internacional, al que se contraen en exclusiva esas posibles excepciones, es decir, sin que supongan un nuevo régimen general extrapolable al resto de los supuestos.

Tercera.—La Directiva, a través de sus exigencias de identificación personal y real, impone un deber de diligencia al Abogado en orden a la comprobación de dichos datos al comienzo o durante la actuación profesional, en línea con lo previsto en los arts. 13.2.º y 20 del Código Deontológico español. Si bien la identificación personal es imperativa de todo punto, en materia de identificación real se habrá de operar con los presupuestos previstos en la *Conclusión Octava* de este Dictamen.

Cuarta.—La Directiva se muestra respetuosa con la imposibilidad de que el Abogado designado en un procedimiento por su cliente suministre información al órgano autorregulador, protegiendo así el derecho de defensa en sentido estricto y el principio de contradicción.

Quinta.—Dichos asesoramientos no habrán de ser notificados al órgano competente por los Abogados, aunque se refieran a supuestos de blanqueo de capitales, cuando, y sólo cuando, versen acerca de la incoación o la forma de evitar un proceso. Encontramos aquí un evidente distanciamiento entre la Directiva y, entre otras normas, la Ley Orgánica del Poder Judicial cuando dispone que el sigilo alcanza a *todos los hechos o noticias de que conozcan por razón de cualquiera de*

las modalidades de su actuación profesional, no pudiendo ser obligados a declarar sobre los mismos. Adquieren en este punto realce las opiniones doctrinales que se refieren a estos casos como propios de un Abogado delator.

Sexta.—La norma de transposición habría de ofrecer un concepto más amplio de *asesoramiento* que el que propone la Directiva, capaz de acoger en su enunciado situaciones no previstas por la Directiva.

Séptima.—El art. 7 de la Directiva no debiera ser de aplicación a los Abogados españoles. Significa la absoluta desnaturalización de la Abogacía, pues dicho precepto dispone que cuando se *pueda comprometer el procesamiento de los beneficiarios de la presunta operación de blanqueo, las entidades, instituciones y personas afectadas informarán a las autoridades inmediatamente después*. En aquellos casos en los que el cliente solicite asesoramiento sobre futuras actividades delictivas, el Abogado se abstendrá de facilitarlo, sin más actuaciones posteriores.

Octava.—El Abogado español examinará la documentación que el cliente le presente para obtener el asesoramiento sin necesidad de que la advertencia de sospechas de blanqueo de capitales suponga necesidad de denuncia del cliente, sino mero rechazo del encargo profesional. La norma de transposición tendría que dilatar el margen de actuación de los Abogados en orden al examen del asunto propuesto, a fin de proteger ese trámite de eventuales acusaciones de connivencia con el cliente.

Novena.—El Abogado será autor, coautor o participará en el delito que le propone cometer su cliente si se implica en la infracción, la finalidad del asesoramiento es delictiva, o cuando advierta que se busca el asesoramiento jurídico para un fin ilícito, ya sea blanqueo de capitales o sus delitos subyacentes.

Décima.—El Abogado queda constreñido, de acuerdo con la Directiva, por un deber de garante respecto al asesoramiento que se le demanda que también habría de ser atemperado por la norma transportadora, en atención a que los medios de investigación de los que goza son, habitualmente, escasos y el cliente suministra la documentación que desea. La situación, en este punto, se agrava si se tiene en cuenta que el art. 301.3.º del Código penal sanciona el delito de blanqueo de capitales cometido por imprudencia grave, y que una de sus modalidades consiste en *ayudar a la persona que haya participado en la infracción a eludir las consecuencias legales de sus actos*.

Undécima.—El Abogado puede, de acuerdo con el art. 3.8.º de la Directiva y la regulación del blanqueo de capitales en nuestro Código penal, ser castigado por un delito de esta naturaleza en régimen de comisión por omisión en el caso de que no denuncie al cliente que le solicite algún asesoramiento distinto a los mencionados en el art. 6.3.º de la Directiva, y la infracción se acabe cometiendo, por lo que nos remitimos ahora el tenor de la *Conclusión Sexta* de este trabajo.

Duodécima.—La norma de transposición de la Directiva debiera referirse al pago de honorarios del Abogado con fondos provenientes de un delito de blanqueo

de capitales presunto o ya juzgado, con sentencia condenatoria firme, para evitar comisos sorpresivos y asegurar, en cualquier caso, el derecho de los Letrados a percibir sus emolumentos mínimos.

Decimotercera.—Igualmente, se interesa que la norma de adaptación analice con detenimiento el art. 9 de la Directiva, que declara la legalidad de las revelaciones de buena fe de las informaciones transmitidas por los clientes; de una parte, poniendo de relieve qué ocurre en nuestro ordenamiento con las delaciones efectuadas con mala fe, con imposición, a la vez, de una prueba cierta de la citada buena fe, que se entenderá residual y nunca apreciable si no se ha elevado la pertinente consulta al órgano autorregulador.

Decimocuarta.—Dicho órgano autorregulador previsto por la Directiva en su art. 6.3.º entendemos que, en el caso que nos ocupa, debe ser el Colegio de Abogados, o un órgano creado al efecto y dependiente del mismo, con labores de control de las denuncias recibidas, sin que su actuación se reduzca a hacer transitar la información entre el Colegiado y el Juzgado de Instrucción o la Fiscalía.

Decimoquinta.—Compartimos el pensamiento del Consejo General de la Abogacía en el sentido de que la Directiva no tenga eficacia *erga omnes* para los Abogados, sino únicamente para aquellos que diseñen o efectúen operaciones financieras o comerciales a las que se refería la Directiva 91/308, de manera que la del año 2001 suponga un incremento de los posibles actores de esas transacciones, pero no el aumento ilimitado de actividades objeto de obligaciones de identificación e información consecuente, en consonancia con lo previsto en el art. 3 y concordantes del Proyecto de Ley española de Régimen Jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior y sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales.

o al Real Decreto 1945/1983, como se contiene en otros estatutos jurídicos autonómicos de protección del consumidor, según se ha visto más arriba.

Ello supone que el régimen de las infracciones y sanciones en materia de protección al consumidor aplicable en Extremadura se contiene exclusivamente en el E.C.E., de acuerdo con la citada doctrina establecida por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 15/1989, de 26 de enero, máxime, tras la nivelación competencial en materia de protección de los consumidores producida después de la transferencia a las Comunidades Autónomas de las competencias de desarrollo legislativo y ejecución en la materia de «defensa del consumidor y usuario», producida a través de la Ley Orgánica 9/1992, de 23 de diciembre, de transferencia de competencias a las Comunidades Autónomas que accedieron a la autonomía por la vía del art. 143 de la Constitución, tras la reforma del Estatuto de Autonomía de Extremadura, inicialmente mediante la Ley Orgánica 8/1994, de 24 de marzo, pero sobre todo, tras la reciente reforma de la norma extremeña fundamental mediante la Ley Orgánica 12/1999, de 6 de mayo, en concreto con la nueva redacción de su art. 8.7.

La equiparación competencia en materia de protección al consumidor ha propiciado que, en Extremadura, el régimen de infracciones y sanciones contenido en el capítulo IX de la L.C.U., y en el Real Decreto 1945/1983, de 22 de junio, haya quedado desplazado y sin aplicación¹¹³, ello debido al inevitable proceso de vaciamiento de la L.C.U., según ha sido denominado por la doctrina¹¹⁴, que progresivamente va desinflándose a causa de las nuevas competencias que van asumiendo las Comunidades Autónomas en materia de protección al consumidor.

Hay que apuntar, respecto del derecho a la protección de la salud de los consumidores, que la nueva legislación extremeña de protección al consumidor no regula de manera específica las infracciones que atenten contra la salud de los consumidores, ni tan siquiera se nombra el sustantivo «salud» en ninguno de los apartados de los arts. 29 a 32 E.C.E. que tipifican las conductas que se califican como infracciones. Tan sólo el apartado 6 del art. 31 se refiere al incumplimiento de las disposiciones sobre seguridad de los productos puestos en el mercado cuando afecten al consumidor o «pueda suponer un riesgo» para el mismo.

Revista Española de Derecho Administrativo, n.º 119, 1989, págs. 199 y ss. y también a Rebollo Puig, M., «Derecho Administrativo Sancionador de las Comunidades Autónomas», *Revista Andaluza de la Administración Pública*, n.º 2, 1990, págs. 39 y ss.

¹¹³ Realmente, en la actualidad, la mitad de la L.C.U. (arts. 1.1, 6, 7, 8.3, 13.2, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20.1 y 2, 22 n.os 1, 2, 3, 4 y 6, arts. 23, 24, 32, 33, 34, 35, 36, 40 y 41) ya no se aplica en las Comunidades Autónomas que han legislado de manera específica sobre defensa y protección del consumidor.

¹¹⁴ Cfr. Guillén Caramés, J., *El Estatuto jurídico del consumidor*, cit., pág. 304. El término vaciamiento competencial se ha venido utilizando cuando una determinada competencia puede quedar reducida a la mínima expresión. Sobre el particular cfr. Jiménez Asensio, R., *Las competencias autonómicas de ejecución de la legislación del Estado*, Instituto Vasco de Administración Pública, 1993, págs. 172 y ss.