

SECRETO PROFESIONAL DE LOS ABOGADOS Y BLANQUEO DE CAPITALES: LA NORMATIVA DE LA UNIÓN ANTE EL TEDH

Comentario a la Sentencia del TEDH *Michaud c. Francia*, de 6 de diciembre de 2012

MARIBEL GONZÁLEZ PASCUAL

INTRODUCCIÓN.—I. EL SECRETO PROFESIONAL DE LOS ABOGADOS EN EUROPA.—II. LA DIRECTIVA SOBRE BLANQUEO DE CAPITALES Y EL SECRETO PROFESIONAL: 1. *La posición del Tribunal de Justicia: La Sentencia Ordre de barreaux francophones et germanophone et al. v. Conseil des Ministres (C-305/05), de 26 de junio de 2007.* 2. *La posición del TEDH: Michaud contra Francia.*—III. LA DOCTRINA DE LA PROTECCIÓN EQUIVALENTE ANTE LA FUTURA ADHESIÓN DE LA UE AL CEDH.—IV. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

La normativa sobre blanqueo de capitales ya no sólo quiere evitar que las organizaciones criminales tengan fondos que les permitan cometer delitos, y que se lucren con los mismos, ante todo quiere localizar las redes internacionales de crimen organizado (1). Sin embargo, las redes de blanqueo de dinero se han ido sofisticando, y han obligando a continuos cambios normativos que han ampliado las potestades de las fuerzas de seguridad y el número de actores implicados, públicos y privados llamados a colaborar en la lucha contra el blanqueo de dinero (2).

(1) El presente trabajo se ha realizado en el marco del proyecto MICINN DER2011-29207-C02-01. Agradezco la oportunidad de presentar y discutir las primeras conclusiones de este trabajo en un seminario organizado en la Universidad Pompeu Fabra.

SAUGHNESSY, P. (2002-2003): 26.

(2) Sobre este cambio de concepción en la lucha contra el blanqueo de capitales y sus consecuencias, HERLIN-KARNELL, E. (2012) 164-174.

La relevancia creciente de la lucha contra el blanqueo de capitales se refleja en la normativa de la UE (3). Sucesivas Directivas han ampliado el alcance de las medidas de persecución del blanqueo de capital (4), aunque la decisión más relevante fue la fijación de obligaciones a los abogados en la Directiva 2001/97/EC (5), previsión que se ha mantenido (6).

Así, de acuerdo con la normativa de la Unión, en determinados supuestos (7), un abogado tiene que identificar al cliente, informarse sobre el propósito y el alcance de la actividad que va a llevar a cabo, informar si sospecha que ha realizado o pretende realizar alguna actividad relacionada con el blanqueo de dinero, remitir a la unidad de inteligencia financiera (UIF) la información que le sea requerida, y conservar diversa documentación durante un período mínimo de cinco años (8).

Ahora bien, estas previsiones pueden entrar fácilmente en conflicto con la confidencialidad que debe presidir la relación de un abogado con sus clientes. La obligación de informar implica que un abogado ha de escuchar los secretos de su cliente prestando atención a cualquier «actividad sospechosa» de la que deba informar al poder público (9). En consecuencia, existe el riesgo de que los abogados pierdan su independencia, para convertirse en agentes del orden público, papel irreconciliable con la confianza que los clientes deben tener en ellos.

(3) Sobre la influencia de la normativa internacional en las Directivas europeas sobre blanqueo de capitales, véase JASMIN KIRBY, D. (2008-2009): 268-275.

(4) Un estudio detallado de las tres Directivas en MITSILEGAS, V./GILMORE, V. (2007). La Comisión negocia en estos momentos una nueva Directiva que amplía la persecución del delito de blanqueo ya que se investigarían las transacciones a partir de 7.500€ (frente a los 15.000€ de la normativa actual), además se incluyen los proveedores de juegos de azar entre los sujetos obligados por la Directiva. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo del dinero y para la financiación del terrorismo, de 5 de febrero de 2013. COM (2013) 45 final.

(5) La Directiva es también aplicable a otras profesiones como contables, auditores, asesores fiscales, agentes de la propiedad inmobiliaria u otros proveedores de servicios o fideicomiso, artículo 2 Directiva 2005/60/CE

(6) Actualmente está en vigor la Directiva 2005/60/CE, y a ella se refiere este trabajo cuando alude a la Directiva sobre blanqueo de capitales.

(7) Artículo 2.1.3b Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo Europeo «cuando participen, ya actuando en nombre de su cliente y por cuenta del mismo en cualquier transacción financiera o inmobiliaria, ya asistiendo a la concepción o realización de transacciones por cuenta de su cliente relativas a: la compraventa de bienes inmuebles o entidades comerciales; la gestión de fondos, valores u otros activos pertenecientes al cliente; la apertura o gestión de cuentas bancarias, cuentas de ahorros o cuentas de valores; la organización de las aportaciones necesarias para la creación, el funcionamiento o la gestión de empresas; la creación el funcionamiento o la gestión de sociedades, fiducias o estructuras análogas».

(8) Artículos 8, 20, 22 y 30 de la Directiva 2005/60/CE.

(9) SAUGHNESSY, P. (2002-2003): 42.

De hecho, la inclusión de los abogados en la Directiva 2001/97/EC dificultó muchísimo su aprobación por la oposición del Parlamento Europeo, que temía que esta normativa pudiera empeorar el derecho a un juicio justo. Las negociaciones se prolongaron más de dos años, pero, tras los atentados del 11-S, el Parlamento Europeo cedió en gran medida a las pretensiones del Consejo. Aceptó la inclusión de los abogados pero impuso dos mecanismos de garantía del secreto profesional que en la actualidad se recogen en el artículo 23 de la Directiva 2005/60/CE.

De una parte, los Estados no están obligados a imponer estas obligaciones a los abogados respecto de la información que obtengan en el marco de un proceso judicial en sentido amplio, así como «al determinar la posición jurídica a favor de su cliente» (10). De otra parte, en el caso de los abogados, «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 en primera instancia», si bien dichos «organismos autorreguladores designados transmitirán de inmediato la información sin filtrar a la UIT».

Estas salvaguardas no acabaron con la polémica. De hecho las leyes de transposición fueron particularmente controvertidas tanto por las resistencias de algunos Parlamentos Nacionales como por los recursos ante los tribunales (11). En este contexto, el Tribunal Constitucional belga elevó una cuestión preliminar al Tribunal de Justicia (TJ) preguntándole sobre la compatibilidad de la Directiva con el derecho a un juicio justo sobre la base de los artículos 6 del TUE y 6 del CEDH.

Dicha cuestión fue resuelta mediante la Sentencia *Ordre de barreaux francophones et germanophone*, de 26 de junio de 2007. Sin embargo, no eliminó las dudas sobre la compatibilidad de la Directiva con los Derechos Fundamentales. La cuestión volvió a plantearse ante el Consejo de Estado francés, que consideró que la normativa francesa de transposición de la Directiva no vulneraba el CEDH. El demandante decidió entonces acudir ante el TEDH. La cuestión central era si la normativa francesa de transposición de la Directiva de blanqueo de capitales vulneraba el artículo 8 CEDH. El día 6 de diciembre de 2012 el TEDH resolvió esta cuestión mediante la Sentencia *Michaud* contra Francia. Sentencia que reviste una enorme importancia por diversas razones.

(10) Artículo 23.2 Directiva 2005/60/CE: «Los Estados no estarán obligados a imponer las obligaciones [...] a los profesionales independientes del Derecho [...] con respecto a la información que éstos reciban de uno de sus clientes u obtengan sobre él al [...] desempeñar su misión de representar o defender a dicho cliente en procesos judiciales o en relación con ellos, incluido el asesoramiento sobre la incoación o la forma de evitar un proceso.»

(11) JASMIN KIRBY, D. (2008-2009): 297-305.

En primer lugar, aborda el secreto profesional de los abogados, tema altamente controvertido. La necesaria relación de confianza entre abogados y clientes se reconoce en todos los Estados miembros, y en la UE, igualmente existe una amplia actividad jurisprudencial del TEDH al respecto. Sin embargo, los perfiles del secreto profesional de los abogados no están claros.

No sólo hay diferencias en la comprensión de la figura en los distintos Estados, sino que su alcance varía en función de la actividad que esté ejerciendo el abogado complicando la delimitación del secreto profesional. Además, los Estados son reticentes a cualquier regulación europea sobre el proceso penal, pero muy en particular sobre el papel de los abogados (12). Como consecuencia, ha habido acuerdo sobre las medidas restrictivas del secreto profesional pero no sobre su contenido mínimo.

Ambas circunstancias, la complejidad del secreto profesional y la reticencia estatal, convergen en la Directiva sobre blanqueo de capitales. Los artículos relativos a las obligaciones de los abogados son intencionadamente ambiguos, y la jurisprudencia del TJ no ha resuelto las dudas. En la actualidad se está negociando una nueva Directiva sobre blanqueo de capitales que debería tomar en cuenta la Sentencia Michaud contra Francia.

En segundo lugar, se recurren preceptos de la normativa francesa que transponen preceptos de la Directiva que no dejan margen a los Estados. Como consecuencia, indirectamente, el TEDH valora la compatibilidad con el CEDH de la normativa de la UE. Este hecho, en sí mismo relevante, adquiere una mayor importancia en el marco de la negociación de la adhesión de la Unión al CEDH.

Con el objeto de estudiar ambas cuestiones, el alcance del secreto profesional y la posición del TEDH frente a la normativa de la Unión, este trabajo sistematiza en primer lugar la jurisprudencia del TEDH sobre el secreto profesional. En segundo lugar, se estudia la postura del TJ y del TEDH frente a la Directiva de blanqueo de capitales. Por último, se analiza la posición del TEDH frente a la normativa de la Unión, así como los posibles cambios que dicha posición puede sufrir tras la más que probable adhesión de la UE al CEDH.

I. EL SECRETO PROFESIONAL DE LOS ABOGADOS EN EUROPA

La confidencialidad de las informaciones que un abogado recibe de sus clientes se considera un principio básico del Estado de Derecho en todos los Es-

(12) Al respecto, HODGSON, J. (2011).

tados miembros. El secreto profesional de los abogados, de una parte, garantiza el derecho a la tutela judicial efectiva. En este sentido, permite que la persona inmersa en un proceso revele a su abogado detalles que, usados en su contra, podrían perjudicarle pero que deben ser tenidos en cuenta para que sea efectiva su defensa. De la otra, el abogado se erige en colaborador necesario de la Administración de Justicia ya que sus clientes le piden consejo sobre cuestiones que no confesarían en otras sedes, y eso le permite orientarles adecuadamente sobre cómo cumplir con el derecho (13). El secreto profesional es, en definitiva, «la base de la relación de confianza que existe entre el abogado y su cliente» así como «una garantía esencial de la libertad del individuo y del buen funcionamiento de la Justicia» (14).

Sin embargo, el mínimo compartido por los Estados miembros se reduce a reconocer «que todo justiciable debe poder dirigirse con entera libertad a su abogado, profesión a la que es propia la función de asesorar jurídicamente, con independencia, a todos aquellos que lo soliciten (15)». Más allá de esta premisa las diferencias entre ordenamientos son notables (16).

La Unión podría haber armonizado esta cuestión, pero la normativa europea ha sido intencionadamente ambigua, dejando sin concretar el alcance del secreto profesional. La falta de una normativa común (17) y las diferencias entre sistemas nacionales han potenciado el papel de la jurisprudencia del TEDH, como referente imprescindible para determinar el contenido del secreto profesional en Europa (18).

La jurisprudencia del TEDH sobre el secreto profesional se ha formulado en torno al derecho a un juicio justo, y al derecho a la vida privada. De acuerdo con el TEDH, la intrusión en el secreto profesional de un abogado puede re-

(13) Conclusiones del Abogado General Philippe Lèger, *Wouters*, de 10 de julio de 2001, C-309/99, par. 174-175.

(14) *Ibid.*, par. 184.

(15) STJ, *AM & S Europe Limited*, de 18 de mayo de 1982, C-155/79, par. 18.

(16) Un análisis de los principales modelos en Europa en MANHART, R. (2012).

(17) El secreto profesional se reconoce en algunas Constituciones, así en el artículo 24.2 CE, pero no aparece en el CEDH. No obstante, se exige su respeto en documentos aprobados por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, como la Resolución 73 (5) relativa al estándar de reglas mínimas sobre el tratamiento de prisioneros o la Recomendación (2000) 21 sobre la libertad de ejercicio de la profesión de abogado. En cuanto a la CDFUE, su artículo 41 reconoce el «derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional». Aunque este precepto regula los límites al derecho de acceso al expediente, supone un cierto reconocimiento la importancia del secreto profesional.

(18) Abogado General Poiras Maduro, *Ordre de barreaux francophones et germanophone*, de 14 de diciembre de 2006, C-305/05, par. 39-41.

percutir en la correcta administración de la justicia y, por ende, en los derechos garantizados por el artículo 6 CEDH (19). De hecho, una violación del secreto profesional puede vulnerar el derecho de acceso a un tribunal (20), o el derecho a ser asistido por un abogado libremente elegido (21).

Ahora bien, la vulneración del secreto profesional también puede significar una violación del derecho a la vida privada reconocido en el artículo 8 CEDH. De la jurisprudencia del TEDH se deduce que se conculca el artículo 6 CEDH cuando la vulneración del secreto profesional se produce existiendo el derecho a ser asistido por un abogado (22). En otros términos, el artículo 6 CEDH no protege la confidencialidad de las comunicaciones con el abogado antes del momento en que la falta de asistencia letrada compromete el derecho de defensa. La consecuencia ha sido una mayor aplicación del artículo 8 CEDH a los supuestos de vulneración del secreto profesional.

Esta jurisprudencia ha sido criticada porque, en principio, el artículo 6 CEDH otorgaría una mayor protección al permitir menos restricciones a los derechos que el artículo 8 CEDH (23). Por tanto, podría ser más conveniente derivar el secreto profesional del derecho a no declarar contra uno mismo (24). No en vano, si el cliente no puede confiar absolutamente en su abogado no confesará detalles que podrían ayudarle en su defensa pero que, de hacerse públicos, le incriminarían. Se vería, por tanto, obligado a escoger entre incriminarse o tener una asistencia letrada efectiva.

El TEDH omitió dicha posibilidad hasta que, a propósito del caso *Andre y otros c. Francia*, afirmó que «la protección del secreto profesional es el corolario del derecho a que el abogado no contribuya a la incriminación del cliente». Paradójicamente, sin embargo, decidió sobre la base del artículo 8 CEDH (25). Esta opción puso claramente de relieve la resistencia del TEDH a recurrir al artículo 6 CEDH para proteger el secreto profesional (26).

(19) STEDH, *Niemietz c. Alemania*, de 16 de diciembre de 1992, par. 37.

(20) STEDH, *Golder c. Reino Unido*, de 21 de febrero de 1975, par. 40.

(21) STEDH, *S. c. Suiza*, de 28 de noviembre de 1991, par. 48.

(22) GIPPINI-FOURNIER, E. (2004-2005): 1000.

(23) GIPPINI-FOURNIER, E. (2004-2005): 1000; SPROKEN, T./FERMON, J. (2008-2009): 449.

(24) GIPPINI-FOURNIER, E. T. (2004-2005): 1001; SPROKEN, T./FERMON, J. (2008-2009):

447.

(25) STEDH, *Andre y otros c. Francia*, de 24 de julio de 2008, par. 41.

(26) Resistencia que ya se infería de los casos en que el TEDH había simplemente afirmado que la violación del artículo 8 CEDH hacía innecesario pronunciarse sobre una posible vulneración del artículo 6 CEDH. STEDH, de 27 de septiembre de 2005, *Petri Sallinen y otros c. Finlandia*, par. 102.

Sin embargo, el TEDH ha compensado el desplazamiento del artículo 6 mediante la exigencia de un test más riguroso a la hora de aceptar medidas que interfieran en el secreto profesional de los abogados. En concreto el TEDH otorga un papel fundamental a los Colegios de Abogados (27). Así, debe permitirse a los representantes de los Colegios de Abogados la supervisión efectiva de las medidas que afecten al secreto profesional como los registros domiciliarios (28) o la confiscación de material (29).

Por tanto, la jurisprudencia del TEDH ha fijado los mínimos del secreto profesional de los abogados en Europa. Dicho secreto profesional estaría garantizado por el artículo 6 CEDH y, preferentemente, por el artículo 8 CEDH. En todo caso, el TEDH ha exigido garantías adicionales al secreto profesional de los abogados, garantías que fundamentalmente se remiten a un papel activo de los Colegios de Abogados.

II. LA DIRECTIVA SOBRE BLANQUEO DE CAPITALS Y EL SECRETO PROFESIONAL

1. *La posición del Tribunal de Justicia: La Sentencia *Ordre de barreaux francophones et germanophone et al. v. Conseil des Ministres (C-305/05)*, de 26 de junio de 2007*

A la luz de la jurisprudencia del TEDH cabe preguntarse si la Directiva sobre el blanqueo de capitales respeta el secreto profesional de los abogados. La exigencia de que los abogados indaguen si sus clientes están llevando a cabo actividades relacionadas con el blanqueo de dinero e informen al respecto, puede suponer una violación del derecho a un juicio justo. La Directiva exige a los Estados de imponer esta obligación a los abogados cuando reciban la información

(27) La supervisión judicial también debe ser reforzada para garantizar el secreto profesional. Dicha supervisión debe realizarse por un juez independiente, desvinculado de la investigación y que tenga la obligación de guardar confidencialidad de la información derivada de la relación entre el abogado y su cliente. STEDH, *Erdem c. Alemania*, de 5 de julio de 2010, par. 67.

(28) Sentencias TEDH, *Andre y otros c. Francia*, de 24 de julio de 2008, par. 43; y *Xavier da Silveira c. Francia*, de 21 de enero de 2010, par. 41.

(29) El caso *Wieser and Bicos* es revelador al respecto. Se supervisaron y decomisaron documentos en un despacho de abogados en presencia de un representante del Colegio de Abogados. Sin embargo, mientras dicho representante supervisaba el decomiso, la policía extrajo archivos electrónicos de un ordenador. El TEDH concluyó que se había vulnerado el artículo 8 CEDH ya que el representante de los abogados no podía supervisar de manera efectiva ambas actuaciones a la vez. STEDH, *Wieser and Bicos c. Austria*, de 16 de octubre de 2007, par. 63.

en el marco de un proceso judicial, pero no deja claro qué significa «determinar la posición jurídica de un cliente». Aún es más cuestionable que la Directiva no vulnere el derecho a la vida privada (30), porque las garantías que recogen son superfluas. De hecho, la intervención del Colegio de Abogados solamente pospone la entrega de la información (31).

Varios Colegios de Abogados solicitaron al Tribunal Constitucional belga que anulara la ley de transposición de la Directiva por vulneración del secreto profesional y de la independencia de los abogados. El Tribunal Constitucional decidió elevar una prejudicial en la que preguntaba si la inclusión de los abogados en el ámbito de la Directiva vulneraba el derecho a un proceso justo.

El TJ reconoció que la Directiva era ambigua y se prestaba a diversas interpretaciones, ya que permitía a los Estados eximir de la obligación de informar a los abogados, cuando recibieran la información de un cliente en el marco de un proceso judicial, y también «al determinar la posición jurídica a favor de su cliente» (32). Ésta era la cuestión que realmente preocupaba a la doctrina y a los prácticos del derecho; si se excluía la información recibida en el marco del asesoramiento jurídico (33). Lamentablemente el TJ no resolvió la duda.

De la sentencia se desprende que el TJ posiblemente considera que se incluyen las labores de asesoramiento en la obligación de informar, porque sólo acepta que se excluyan si buscan evitar un proceso (34). Sin embargo, la finalidad del asesoramiento de los abogados es, con frecuencia, evitar un proceso judicial. Además, una información obtenida a raíz de una consulta de un cliente puede ser después relevante para un proceso, igualmente es criticable que se limite el secreto profesional al proceso estrictamente judicial (35).

De manera que la sentencia no sólo dejó las dudas principales sin resolver, porque la respuesta del Tribunal no fue clara, sino que el alcance que le otorgó

(30) MANHART, R. (2012): 374 y sigs.

(31) SAUGHNESSY, P. (2002-2003): 38.

(32) STJ *Ordre de barreaux francophones et germanophone*, de 26 de junio de 2007, C-305/05, par. 27.

(33) De hecho los ordenamientos nacionales lo habían interpretado de manera diferente. Conclusiones del Abogado General Poiras Maduro, *Ordre de barreaux francophones et germanophone*, de 14 de diciembre de 2006, C-305/05, nota 48.

(34) El TJ afirma que la Directiva no vulnera el derecho a un proceso justo porque «dispensa a los abogados de las obligaciones de información y cooperación [...] cuando sus actividades tengan [...] relación con algún procedimiento judicial», STJ *Ordre de barreaux francophones et germanophone*, de 26 de junio de 2007, C-305/05, par. 27.

(35) LUCHTMAN, M./HOEVEN, R. (2009): 312-313.

al secreto profesional fue particularmente reducido (36). Las restricciones al secreto profesional se justificaron con una lacónica mención a la necesaria efectividad de la lucha contra el blanqueo de capitales (37).

Ciertamente la cuestión prejudicial no hacía referencia alguna al respeto a la vida privada, como el propio TJ puso de relieve (38), pero las Conclusiones del Abogado General demostraron que el limitado alcance de la pregunta no era un óbice insalvable para abordar si la Directiva respetaba el secreto profesional de los abogados en sentido amplio.

El Abogado General salvó las constricciones derivadas de la cuestión planteada estableciendo un vínculo entre la vertiente procesal del secreto profesional (derecho a un juicio justo) y la sustancial (derecho a la vida privada). Este vínculo es el derecho a la asistencia letrada y el derecho a no autoinculparse. Esta premisa le permitió abordar extensamente el alcance del secreto profesional y contestar a la pregunta de si el asesoramiento jurídico debía considerarse o no excluido de la obligación de informar (39).

Lamentablemente, éste no fue el camino seguido por el TJ. El limitadísimo alcance de su respuesta permitió que la cuestión volviera a plantearse (40). Efectivamente, la Directiva volvió a ser cuestionada, pero esta vez el caso llegó ante el TEDH adquiriendo una nueva dimensión.

(36) En el ámbito del derecho de la competencia el Tribunal de Primera Instancia ha reconocido un mayor alcance al secreto profesional de los abogados al incluir el asesoramiento en la fase administrativa. STPI, *Akzo Nobel and Acro*, de 17 de septiembre de 2007, T-120/03 & T-253/03, par. 120-123.

(37) KOMAREK, J. (2008): 4.

(38) STJ, *Ordre de barreaux francophones et germanophone*, de 26 de junio de 2007, C-305/05, par. 35.

(39) El Abogado General hace una distinción funcional y considera que el asesoramiento legal debe incluirse cuando se enmarque en una operación comercial o financiera que busque «la solución económicamente más ventajosa». Ahora bien, si la finalidad del asesoramiento es ayudar al cliente a «ajustar sus objetivos a las normas jurídicas», la información recibida estará excluida de las obligaciones impuestas por la Directiva. La vaguedad de esta distinción exigía, a su juicio, que la regla general fuese la exclusión del asesoramiento del ámbito de la Directiva, debiendo someterse a estricto control judicial los casos en los que se quisiera incluir Abogado General. Poiares Maduro, *Ordre de barreaux francophones et germanophone*, de 14 de diciembre de 2006, c -305/05, par. 70-72.

(40) De hecho el Tribunal Constitucional belga anuló parcialmente la ley basándose en los artículos 6 y 8 CEDH. Aunque fundamentó su decisión en la sentencia del TJ, expulsó del ordenamiento preceptos que eran una clara transposición de la Directiva. Cabe imaginar que el Tribunal Constitucional quiso otorgar una mayor protección a los derechos que la conferida por el Tribunal de Justicia. POPPELIER, P. (2010): 91.

2. *La posición del TEDH: Michaud contra Francia*

El 12 de julio de 2007 el Consejo General de la Abogacía francés aprobó una serie de sanciones para los abogados que incumplieran los preceptos del Código Monetario y Financiero que transponen la Directiva sobre blanqueo de capitales. Dicho código regula las obligaciones de los abogados en los casos de blanqueo de capitales, si bien no incluye el asesoramiento jurídico en principio (41), y confiere a los Decanos de los Colegios de Abogados la facultad de filtrar la información que debe ser enviada a la UIF.

El Sr. Michaud, miembro del Colegio de Abogados de París, interpuso recurso ante el Consejo de Estado solicitando que se anulara la normativa aprobada por el Consejo General de la Abogacía, ya que, a su juicio, vulneraba el artículo 8 CEDH. Paralelamente solicitaba que se elevara una cuestión prejudicial acerca de la compatibilidad de la Directiva con el artículo 6 TUE y el artículo 8 CEDH.

El Consejo de Estado no consideró necesario elevar una prejudicial, ya que, a su juicio, el TJ había puesto de manifiesto que la Directiva no vulneraba el derecho a un juicio justo y que el asesoramiento jurídico de los abogados estaba excluido de su ámbito (42). En consecuencia, afirmó el Consejo de Estado, la Directiva no podía vulnerar el artículo 8 CEDH.

Ante la respuesta del Consejo de Estado el Sr. Michaud decidió acudir al TEDH. Su alegato principal era que la ambigüedad de la normativa impedía prever su ámbito de aplicación, por tanto, la restricción no estaba prevista en una ley vulnerando el artículo 8 CEDH. En este sentido, la norma exigía a los abogados informar sobre actividades sospechosas sin concretar qué cabía enten-

(41) La normativa francesa incluye el asesoramiento jurídico cuando tenga por objetivo el blanqueo de dinero o la financiación de terrorismo o si el abogado sabe que ése es el propósito del cliente que solicita consejo, artículo 561-3-II Código monetario y financiero. Se hace así eco del considerando 20 de la Directiva que dispensa de la obligación de informar el asesoramiento salvo que el letrado «esté implicado en actividades de blanqueo de capitales [...] que la finalidad del asesoramiento sea el blanqueo de capitales o [...] que el abogado sepa que el cliente solicita asesoramiento jurídico para fines de blanqueo de capitales». No obstante, incluso en estos supuestos, cabe preguntarse qué implica que el letrado «sabe» que la finalidad del asesoramiento es el blanqueo del dinero. De hecho, el Tribunal Constitucional Federal Alemán ha interpretado restrictivamente la ley de transposición de la Directiva exigiendo que el abogado tenga conocimiento inequívoco del delito o ser partícipe del mismo para que las sanciones previstas le sean aplicables. BVerfGE 110, 226 (239).

(42) Sin embargo, como ya se ha comentado, esta lectura de la sentencia del TJ es poco plausible.

der por «sospechosa», y hacía una división artificial entre las actividades de los abogados que quedaban exentas de la obligación de informar y las que no.

El TEDH reitera la importancia del secreto profesional de los abogados, ya que su vulneración puede lesionar el derecho a un juicio justo y el derecho a no autoincriminarse. De hecho, insiste, la importancia de la confidencialidad justifica la protección adicional del artículo 8 CEDH (43). Asimismo, considera que la exigencia de que los abogados informen a las autoridades de las actividades sospechosas de estar vinculadas con el blanqueo que le sean confiadas por sus clientes constituye una injerencia continua en los derechos reconocidos en el artículo 8 CEDH (44). Ahora bien, esta injerencia no vulnera la esencia del derecho, tiene un fin legítimo, está prevista en una ley y es proporcionada en este caso.

La normativa francesa no viola la esencia del derecho porque la obligación de informar se limita a supuestos en que las tareas llevadas a cabo por los abogados son similares a las que desempeñan otras profesiones, y no están relacionadas con su tarea de defensa jurídica. Además, el código monetario y financiero francés excluye de la obligación de informar tanto las tareas relacionadas directamente con procedimientos judiciales como las relativas al asesoramiento jurídico (45).

La norma tiene un objetivo legítimo porque está destinada a combatir el crimen y, además, da cumplimiento de una norma de la Unión. Asimismo, está prevista en una ley, que es accesible y no es ambigua. A juicio del TEDH el parámetro para concretar la claridad de la norma es la capacidad de sus destinatarios de conocer las consecuencias que se derivan de la misma. En este sentido, dado que los destinatarios de la norma son abogados, el término «actividades sospechosas» no es ambiguo porque su significado es una cuestión de «sentido común» y los abogados son un grupo de personas «informadas» (46). Por lo que respecta a las actividades incluidas, considera que las indicaciones dadas por la normativa francesa son bastante precisas.

Por último, la norma establece garantías adicionales que velan por el secreto profesional. Al respecto, destaca la previsión de que los abogados informen acerca de toda actividad sospechosa a los Decanos. El Colegio de Abogados vela por el secreto profesional de una manera efectiva, ya que la normativa francesa permite al Decano del Colegio filtrar la información. De hecho, si el

(43) STEDH, *Michaud c. Francia*, 6 de diciembre de 2012, par. 118-119.

(44) *Ibid.*, par. 92.

(45) *Ibid.*, par. 127.

(46) *Ibid.*, par. 97.

Decano considera que la información no es sospechosa de estar relacionada con el blanqueo de capitales o que se trata de información recibida en el ejercicio de actividades respecto de las que no existe la obligación de informar (47), no la transmitirá. En otros términos, el Decano del Colegio de Abogados decide en último lugar la información que recibe la UIT.

En términos generales cabe compartir las conclusiones del TEDH. Siguiendo su jurisprudencia tradicional ampara el secreto profesional sobre la base del 8 CEDH, haciendo una explícita referencia al derecho a no autoincriminarse. Asimismo, la normativa francesa establece elevadas garantías, al dar capacidad de filtro de la información a los Decanos de los Colegios de Abogados y no aplicarse en general al asesoramiento jurídico.

No resulta sorprendente que el TEDH declare compatible con el CEDH una normativa nacional basada en una Directiva que, a su vez, cumple con la Convención del Consejo de Europea, de 15 de mayo de 2005, sobre blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito y la financiación del terrorismo. Además, los abogados han acaparado tareas cercanas a las de un intermediario en transacciones comerciales y financieras, y cabría cuestionarse si deben disfrutar de las mismas salvaguardas que un abogado defensor (48).

A pesar de ello, la línea que separa las tareas tradicionales del abogado de las estrictamente comerciales es difícil de trazar. No en vano, la ambigüedad de las normas fue buscada por los Estados como única vía para alcanzar el acuerdo. De hecho, esta incapacidad de transigir por parte de los Estados en temas de orden público perjudica a los derechos (49), ya que se alcanzan acuerdos sobre la injerencia en los derechos pero no sobre las garantías (50).

Por este motivo, es difícil compartir que la ley francesa es clara porque los abogados son «un grupo informado». Precisamente, una de las mayores críticas que la normativa sobre blanqueo de capitales ha generado entre los expertos es la vaguedad de sus términos (51). La argumentación del TEDH es poco convincente y, llevada a sus últimos extremos, implicaría medir la precisión de la ley sobre la base de los conocimientos que se presumen de sus destinatarios.

(47) *Ibid.*, par. 129.

(48) SAUGHNESSY, P. (2002-2003): 43.

(49) MITSILEGAS, V./GILMORE, V. (2007): 124.

(50) SIEBER, U. (2009): 28.

(51) La doctrina se ha preguntado qué cabe entender exactamente por «procedimiento judicial», por «actividades sospechosas», si el asesoramiento legal debe considerarse o no excluido de las actividades de las que debe informarse, SAUGHNESSY, P. (2002-2003): 44; JASMIN KIRBY, D. (2008-2009): 287; MITSILEGAS, V./GILMORE, V. (2007): 124; MANHART, R. (2012): 378-379.

Tratándose de una injerencia continua en el secreto profesional de los abogados, cabía esperar una mayor exigencia al legislador.

Además, esta decisión supone un cambio en la jurisprudencia ya que el TEDH ha sido muy exigente con la redacción de las normas que restringen el secreto profesional de los abogados. Al respecto basta recordar el caso *Petri Sallinen y otros contra Finlandia*. El origen del conflicto era el código de procedimiento judicial, conforme al cual un abogado no podía testificar respecto de aquello que le hubiera confiado su cliente con el objeto de defender una causa. A juicio del TEDH no quedaba claro cuál era el ámbito protegido del secreto profesional, porque no se concretaba si «defender una causa» era una referencia general a la relación entre un abogado y su cliente (52) o se constreñía a un caso en concreto. Es difícil compartir que los términos «actividades sospechosas» son menos ambiguos para un abogado que la expresión «defender una causa». Además, aunque el TEDH se ha apoyado con anterioridad en los conocimientos de los destinatarios de una norma para determinar el grado de claridad que debe exigirse a dicha norma, se ha tratado de un criterio adicional, no del único (53). Habrá que esperar a futuras decisiones para saber si el destinatario de la norma puede ser el único criterio para determinar la calidad de la ley.

Ahora bien, mas allá de esta crítica la sentencia hace afirmaciones relevantes para la Directiva. El TEDH considera que el código francés monetario y financiero no vulnera el secreto profesional, de una parte, porque excluye de su ámbito de aplicación las labores de asesoramiento jurídico en términos generales y, de la otra, por el papel que otorga a los organismos autorreguladores.

Sin embargo, el TJ mantuvo una concepción del asesoramiento legal más restrictiva que la ley francesa. De hecho, la lectura más plausible de la sentencia del TJ arriba comentada, es que sólo se excluye del ámbito de aplicación de la Directiva el asesoramiento directamente relacionado con procedimientos judiciales. La Directiva dejó la cuestión abierta pero el TJ no llevó a cabo una comprensión tan amplia del secreto profesional como la que el TEDH parece estar exigiendo. De manera que la posición críptica del TJ ha permitido a los Estados definir de maneras muy distintas el asesoramiento jurídico pero el TEDH ha acotado su significado. El TEDH ha recortado, así, el margen de actuación que la Directiva y el TJ otorgaron a los Estados.

(52) STEDH, *Petri Sallinen y otros c. Finlandia*, de 27 de septiembre de 2005, par. 87.

(53) En decisiones anteriores el TEDH había considerado que debía prestarse también atención al contenido del texto objeto de la controversia y a su ámbito de aplicación. (*Groppera Radio AG y otros c. Suiza*, 28 de marzo de 1990, par. 68, y *Cantoni c. France*, de 11 de noviembre de 1996, par. 35).

Además, la Directiva es muy clara respecto del papel de los organismos autorreguladores. Reciben la información y, sin filtrar, la envían a la unidad financiera. Sin embargo, el TEDH exige, sin matices, una efectiva supervisión del secreto profesional por parte del Colegio de Abogados. Esta garantía se concreta en la comprobación por parte del Decano, primero, de que dicha información realmente entra en el ámbito de la norma y, segundo, de que puede estar relacionado con el blanqueo de dinero. Una vez comprobados ambos extremos decidirá si es pertinente remitir la información. Esta potestad de los Colegios de Abogados es una garantía necesaria del secreto profesional *ex* artículo 8 CEDH. Por tanto, el TEDH ha puesto de relieve implícitamente que la previsión del artículo 23 de la Directiva, que tan sólo permite que la entrega de la información se demore, es insuficiente.

En otros términos, la ley francesa respeta los requisitos del CEDH porque no cumple escrupulosamente con los del Derecho de la Unión. No sólo lleva a cabo una interpretación del asesoramiento jurídico posiblemente más generosa que el TJ, sino que otorga un papel a los Colegios de Abogados que contradice a la Directiva. En sentido contrario, una norma nacional que transponga literalmente la Directiva supone probablemente una violación del artículo 8 CEDH (54).

No cabe duda de que el TEDH, indirectamente, cuestiona la compatibilidad de la Directiva con el CEDH dando conscientemente un paso adelante en cuanto a su capacidad de control del Derecho de la Unión (55). Es difícil creer que el TEDH era ajeno al proceso de adhesión de la UE al CEDH. De hecho en *Michaud contra Francia* el TEDH posiblemente no olvida los conocidos recelos del TJ ante la adhesión, y enfatiza la necesidad de elevar cuestión prejudicial, pero también anuncia cuál será su capacidad de actuación una vez se produzca dicha adhesión.

(54) Así, la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo, transpone literalmente el 23.2 de la Directiva 2005/60/CE pero no otorga papel alguno a los Colegios de Abogados. Dicha previsión es perfectamente compatible con la normativa de la UE pero, a la luz de la jurisprudencia del TEDH en el caso *Michaud c. Francia*, cabría afirmar que vulnera el artículo 8 CEDH.

(55) No es la primera vez que llega al TEDH un caso derivado de una Directiva de la Unión, pero sí el primero en el que interpreta los preceptos de la misma, siquiera sea indirectamente, y además establece los requisitos que debe cumplir. Basta comparar la Sentencia *Michaud contra Francia* con la STEDH *Cantoni c. Francia*.

III. LA DOCTRINA DE LA PROTECCIÓN EQUIVALENTE ANTE LA FUTURA ADHESIÓN DE LA UE AL CEDH

La obligación de los Estados miembros de cumplir tanto con la normativa de la UE como con el CEDH ha sido una potencial fuente de conflictos. Sin embargo, en la praxis los conflictos han sido escasos, particularmente por la labor del TJ y del TEDH. De una parte, el TJ ha incorporado a su jurisprudencia los parámetros del TEDH, práctica que ha sido facilitada por la normativa de la Unión. De la otra, la jurisprudencia del TEDH ha sido deferente hacia la normativa aprobada por la UE (56).

El TEDH ha diferenciado el tipo de norma europea que origina el conflicto a la hora de determinar la responsabilidad de los Estados por la lesión de un derecho. Así, cuando la vulneración trae causa de los tratados constitutivos, la responsabilidad recae sobre los Estados. Si la lesión deriva de una norma o decisión europea que deja margen de actuación a los Estados, les es imputable la violación del derecho. En los casos en que la aplicación de una norma o decisión europea no dejen margen de actuación a los Estados, el TEDH exige una protección equivalente (57).

Siguiendo este esquema la solución en el caso *Michaud c. Francia* parecería evidente. Dado que trae causa de una Directiva, la responsabilidad recae en el Estado. Ciertamente el TEDH afirma que el Estado francés tenía margen de actuación, pero no se queda en esa constatación sino que analiza si la teoría de la protección equivalente podría ser aplicable pese a tratarse de una Directiva. Cabría pensar que el TEDH es consciente de que las Directivas no siempre dejan margen de actuación y la compensación de sus carencias en materia de derechos por los legisladores nacionales es altamente compleja, cuando no imposible (58).

Sin embargo, en realidad, el TEDH aprovecha la ocasión para concretar un poco más su construcción sobre la protección equivalente, elaborada en la

(56) Entre otros, SAIZ ARNAIZ, A. (2005): 564; VAN DEN BERGHE, F. (2010): 116; GORDILLO, L. (2011).

(57) BUSTOS GISBERT, R. (2009).

(58) Sirvan de ejemplo los denodados esfuerzos del Tribunal Constitucional Federal alemán por distinguir el espacio de decisión del legislador alemán de las obligaciones impuestas por la Unión. En teoría es factible exigir del legislador nacional una transposición «favorable a los derechos» que mantenga los estándares nacionales, aunque la norma europea requiera elevadas injerencias en los derechos. Sin embargo, esta teoría no ha funcionado en la praxis como demuestran las sentencias sobre la Orden de Detención Europea o sobre la Directiva de Retención de Datos. Sobre esta jurisprudencia, GONZÁLEZ PASCUAL, M. (2010).

conocida Sentencia *Bosphorus Airways contra Irlanda*, de 20 de junio de 2005. Como es sabido, el origen del conflicto fue el apresamiento de una aeronave que la compañía turca Bosphorus había alquilado a una compañía yugoslava. Las autoridades irlandesas ordenaron su apresamiento en aplicación del Reglamento 990/93, que recogía el régimen de sanciones decidido por la ONU contra la República Federal de Yugoslavia.

El caso llegó ante el TJ gracias a una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo irlandés. El TJ consideró que no se infringía el derecho de propiedad y que el Reglamento debía ser ejecutado por Irlanda (59). El Tribunal Supremo irlandés mantuvo, por tanto, el apresamiento.

Bosphorus acudió entonces ante el TEDH en defensa del derecho de propiedad. A pesar de que el apresamiento derivaba de un Reglamento cuya obligatoriedad había sido confirmada por el TJ, el TEDH se declaró competente para controlar la compatibilidad de la medida con el CEDH. El TEDH tomó así una decisión de indudable importancia, pero su decisión fue condicionada por el origen comunitario del apresamiento.

El TEDH estableció que los Estados son responsables por las injerencias en los derechos que deriven de su pertenencia a una organización supranacional. Ahora bien, en la medida en que dicha organización garantice una protección de los derechos *equivalente* a la del CEDH, se presumirá que el Estado no vulnera el CEDH, siempre y cuando la injerencia derive de obligaciones impuestas por dicha organización supranacional. Esta presunción no es de aplicación cuando la protección conferida al derecho sea *manifestamente deficiente*.

Tras un breve análisis de la garantía de los derechos en la Unión, el TEDH concluyó que la UE confiere una protección de los derechos equivalente a la garantizada por el CEDH. Además, Irlanda no había tenido margen de discreción en la aplicación del Reglamento. En conclusión, no había vulnerado el derecho de propiedad.

Esta sentencia, claramente deferente, evitó el surgimiento de conflictos entre el TEDH y el TJ. De hecho, no es de extrañar que el Gobierno francés intentara que la construcción diseñada en el caso Bosphorus se aplicara al caso del Sr. Michaud. Sin embargo, el TEDH rechaza dicha posibilidad porque el Consejo de Estado no elevó prejudicial acerca de la compatibilidad de la Directiva con el artículo 8 CEDH. Ciertamente el TJ se había pronunciado sobre la Directiva en el asunto *Ordre de barreaux francophones et germanophone*, pero sólo examinó su compatibilidad con el derecho a un juicio justo. Al no haberse elevado prejudicial sobre el artículo 8 CEDH, la protección de los derechos no podía ser

(59) STJ *Bosphorus*, de 30 de julio de 1996 (C-84-95), par. 27.

equiparable a la del CEDH ya que los mecanismos de defensa de los derechos de la Unión no se pusieron en marcha. Y la no activación de estos mecanismos fue responsabilidad del Estado francés.

En consecuencia, la *doctrina Bosphorus* no es aplicable si los Estados tienen margen de actuación y dentro del mismo se incluye la posibilidad de elevar cuestión prejudicial (60). De este modo el TEDH entiende en sentido amplio el margen de actuación de los Estados a la hora de imputarles la lesión de un derecho y, además, promueve indirectamente el planteamiento de prejudiciales (61).

Esta interpretación amplia del margen de actuación de los Estados quedó clara en la STEDH *M. S. S. contra Bélgica y Grecia*, de 21 de enero de 2011. Aunque formalmente el llamado sistema Dublín II permite a los Estados analizar las peticiones de asilo, la activación con carácter general de esta posibilidad, la llamada cláusula de soberanía, supone un vuelco en el sistema de asilo europeo. En definitiva, el sistema Dublín II se fundamenta en la confianza entre Estados miembros y pretende determinar de manera rápida el Estado competente para conocer de la solicitud de asilo. Sin embargo, el TEDH condenó a Bélgica por aplicar la normativa europea sin analizar la situación de los solicitantes de asilo en Grecia. En otros términos, el TEDH cuestionó en realidad el fundamento mismo del sistema Dublín II (62).

Por lo que respecta a la necesidad de elevar cuestión prejudicial para que la protección equivalente sea aplicada ya había sido tímidamente anunciada por el TEDH en la decisión *Kokkelvisserij contra Países Bajos*, de 20 de enero de 2009. En *Michaud contra Francia* el TEDH expone claramente que, si no se eleva una cuestión prejudicial, el Estado podrá ser responsable de la vulneración del derecho, aunque traiga causa de una norma europea.

En sentido contrario, el Estado podría ser eximido de responsabilidad por haberse elevado cuestión prejudicial. Éste parece precisamente el camino seguido por el TEDH en su reciente decisión *Sofia Povse y Doris Povse contra Austria*, de 18 de junio de 2013.

La Sra. Povse huyó de Italia a Austria con su hija, cuya custodia compartía con su pareja y padre de la menor. La Sra. Povse reclamó la custodia de la niña ante los tribunales austríacos, mientras que su ex pareja la denunció ante los

(60) BESSELINK, L. (2008): 32.

(61) El TEDH podría instigar el planteamiento de prejudiciales si, como algunos Tribunales Constitucionales, considerase que la negativa del juez nacional a elevar cuestión prejudicial vulnera el derecho a un juicio justo. Sin embargo, hasta la fecha, los criterios empleados por el TEDH al respecto han sido muy laxos. Sobre esta jurisprudencia, VALUTYÉ, R. (2012).

(62) DÍAZ CREGO, M. (2011): 543.

tribunales italianos por secuestro de menor y solicitó también la custodia. Los tribunales austríacos, tomando en cuenta la conducta agresiva del padre, la estrecha relación de la niña con la madre, y los informes de los expertos, conceden la custodia a la madre, y rechazan el retorno de la niña a Italia al entender que le causaría un grave daño psicológico. Por su parte, los tribunales italianos ordenan su retorno a Italia bien con su madre, garantizándose un régimen de visitas al padre o, incluso, sola si su madre no acompaña.

El Tribunal Supremo austríaco elevó una cuestión prejudicial sobre el conflicto de jurisdicción, pero el TJ llevó a cabo una interpretación estricta del Reglamento de Bruselas II bis. La competencia sobre la custodia corresponde a los tribunales de Italia, lugar de residencia de la menor antes del secuestro (63). Considerando que la cuestión prejudicial no dejaba margen de actuación, los tribunales austríacos ordenaron el retorno de la menor.

La Sra. Povse y su hija acuden entonces ante el TEDH. A juicio de las demandantes, existe entre ambas un fuerte vínculo, han formado una nueva familia, ya que la Sra. Povse se ha vuelto a casar y tiene otro hijo. Además, la madre no podría acompañar a la menor porque en Italia la acusan de secuestro de menores, la niña no habla italiano y lleva tres años sin ver a su padre, que no habla alemán. Por tanto, concluyen, obligar a la menor a volver a Italia supondría una violación del artículo 8 CEDH.

El caso reviste una enorme importancia porque las jurisprudencias del TEDH y del TJ sobre secuestro de menores han sido divergentes. El TJ ha llevado a cabo una interpretación literal del Reglamento Bruselas II bis, reafirmando la jurisdicción de los tribunales de la residencia del menor antes del secuestro sobre la base del reconocimiento mutuo de decisiones judiciales (64). El interés superior del menor ha sido, a lo sumo, un criterio adicional (65). De hecho, en el caso Povse, la única referencia que hizo el TJ al interés del menor fue para subrayar que no modificaba el reparto de competencias entre jurisdicciones (66). Sin embargo, para el TEDH el interés superior del menor es decisivo (67).

(63) STJ, *A Doris Povse y Mauro Alpago*, de 1 de julio de 2010, C-211/10 PPU, par. 41.

(64) Sentencias del TJ, *Aguirre Zagarra*, de 22 de diciembre de 2010, C-49/10 PPU, par. 39, y *Detizek*, de 23 de diciembre de 2009, C-403/09 PPU, par. 45.

(65) De hecho la Abogada General reconoce que la aplicación estricta del Reglamento Bruselas II bis puede conllevar un doble y hasta un triple traslado, en contra del interés del menor, pero, a su juicio, «debe primar el interés más amplio de desalentar cualquier tentativa de frustración». Conclusiones Abogada General Eleanor Sharpston, *Povse*, de 16 de junio de 2010, C-211/10 PPU par. 76.

(66) STJ, de 1 de julio de 2010, *A Doris Povse y Mauro Alpago*, PPU C-211/10, par. 81.

(67) Entre otras, las sentencias del TEDH *Raba c. Rumania*, de 26 de octubre de 2010 (par. 28); *Sneerson y Kampanella c. Italia*, de 12 de julio de 2011 (par. 85); *X. c. Letonia*, de 13

La jurisprudencia del TEDH sobre el derecho a la vida familiar y secuestro de menores está recogida en la Sentencia de *Gran Sala Neulinger y Shuruk c. Suiza*, de 6 de julio de 2010. En dicha Sentencia el TEDH se declaró competente para garantizar el artículo 8 CEDH en los casos de aplicación del Convenio de La Haya de 1980. Corresponde a los Estados establecer el equilibrio de los intereses en juego, pero el del menor ha de ser prioritario, pudiendo desplazar los intereses de sus padres. Y el interés del menor conlleva que, de una parte, se garantice la conservación de sus lazos familiares, siempre que la familia no sea manifiestamente inapropiada, y de la otra, que se desarrolle en un ambiente adecuado.

En consecuencia, un menor no puede ser devuelto de manera mecánica porque el Convenio de La Haya sea aplicable. El desarrollo del menor depende de diversas circunstancias que deben ser ponderadas en cada caso por los jueces nacionales, y el TEDH se asegurará de que han estudiado las circunstancias del caso y ponderado los valores en juego tomando en consideración el interés del menor. Curiosamente, el TEDH expresamente citaba el artículo 24 CDFUE para reafirmar esta línea jurisprudencial (68).

En el caso *Neulinger y Shuruk c. Suiza*, el TEDH estimó que al haberse establecido el menor en Suiza, carecer de lazos en Israel más allá de su padre, cuya conducta no era ejemplar y con quien no tenía contacto, y al no poder su madre acompañarle sin arriesgarse a ser condenada por secuestro de menor, el niño no debía ser devuelto so pena de vulnerar el artículo 8 CEDH. El paralelismo con el caso *Povse* es evidente.

Sin embargo, el TEDH no analiza las circunstancias del caso *Povse*, sino que inadmite a trámite la demanda porque los tribunales austríacos habían elevado una cuestión prejudicial. Ahora bien, dicha prejudicial no se refirió a los derechos fundamentales en juego sino al conflicto de jurisdicciones. No obstante, a juicio del TEDH, Austria no vulnera el artículo 8 al devolver el menor a Italia porque, conforme al Derecho de la Unión, no tiene margen de actuación. El TEDH afirma simplemente que la UE ofrece una protección equivalente, así como que, una vez que la menor haya regresado a Italia, se puede instar un procedimiento ante los tribunales italianos e, incluso, se podría acudir en su caso al TEDH. Esta decisión tiene varios problemas.

En primer lugar, se comprende mal que el TEDH haya insistido que el Convenio de La Haya no es un instrumento de derechos humanos sino un instru-

de diciembre de 2011 (par. 66); de 15 de mayo de 2012, *M. R y L.R c. Estonia*, de 15 de mayo de 2012 (par. 43).

(68) STEDH *Neulinger y Shuruk c. Suiza*, de 6 de julio de 2010, par. 132-138.

mento de naturaleza netamente procesal (69), que no puede excluir la aplicación del artículo 8 CEDH y no otorgue un trato similar al Reglamento Bruselas II bis. De este modo, crea un doble estándar de derechos, entre los Estados que forman parte de la UE y los que no (70), por lo que respecta a la aplicación del interés superior del menor. Así, primarán las reglas procesales cuando se aplique el Reglamento Bruselas II bis, y en los demás casos el artículo 8 CEDH.

En segundo lugar, no es fácil entender que una cuestión prejudicial limitada al conflicto de jurisdicciones sirva para considerar que se ha ofrecido una protección equivalente a la que provee el CEDH. La cuestión prejudicial no tiene por objetivo principal la protección de los derechos, sino la aplicación uniforme del Derecho de la Unión. No es un mecanismo *per se* de garantía de los derechos fundamentales. Es precisa la voluntad de los jueces nacionales y del TJ para que la cuestión prejudicial consiga garantizar los derechos. Además, resulta contradictorio que la sentencia *Michaud contra Francia* considere que no se aplica la protección equivalente porque la prejudicial elevada por el Tribunal Constitucional belga no preguntaba por el derecho a la vida privada, pero se acepte una prejudicial ajena al conflicto de derechos subyacente.

En tercer lugar, en contra de su jurisprudencia sobre secuestro de menores, no examina las circunstancias del caso. La construcción de la protección equivalente excluye de manera automática la intervención del TEDH. Precisamente esta fue otra de las críticas que suscitó la Sentencia *Bosphorus*, ya que hizo un análisis de las garantías que ofrece la UE con independencia de la protección que en el caso concreto se había conferido. La protección equivalente se aplicaría, por tanto, de manera automática cuando el Estado no tiene margen de actuación, sin prestar atención en principio al derecho vulnerado (71).

En cuarto lugar, en el fondo del caso *Povse* yace la problemática de la protección de los derechos fundamentales y el reconocimiento de decisiones judiciales. La Unión ha apostado por el reconocimiento automático de decisiones judiciales, sobre la base de la confianza mutua entre los Estados miembros. De hecho, de acuerdo con la jurisprudencia del TJ, no se puede rechazar la petición de un juez de otro Estado miembro cuando se base en instrumentos como el Reglamento Bruselas II bis o la Decisión Marco sobre la orden de detención

(69) STEDH *Neulinger y Shuruk c. Suiza*, de 6 de julio de 2010, par. 145.

(70) Precisamente la creación de un doble estándar fue una de las críticas que recibió la sentencia sobre *Bosphorus* tanto por el voto particular de seis magistrados como por la doctrina. ECKES, C. (2007): 65.

(71) Ésta fue otra de las grandes críticas a la sentencia *Bosphorus* por parte del voto particular de seis magistrados y de la doctrina, la ambigüedad de la expresión protección equivalente y su constatación al margen del caso. ECKES, C. (2007): 57; GORDILLO, L. (2011): 188.

europaea, salvo en los supuestos expresamente previstos en los instrumentos normativos europeos (72).

Aunque este problema excede los límites de este trabajo (73), cabe apuntar que en algunos supuestos la violación del derecho puede subsanarse en el otro Estado, pero en otros casos la ejecución de la petición en sí puede suponer una vulneración del derecho que no se podrá reparar (74). El derecho a la vida privada y familiar de un menor es quizá el mejor ejemplo.

Esta decisión del TEDH sólo puede explicarse como una muestra de extrema deferencia hacia el TJ en el marco del proceso de adhesión de la UE al CEDH. No en vano, uno de los aspectos más polémicos ha sido la posición que debe corresponder al TJ tras dicha adhesión. Los temores a que la adhesión al CEDH fuera contraria a la autonomía del Derecho de la Unión (75) han llevado a conferirle una posición privilegiada al TJ y a la introducción de la figura del codemandado (76). El compromiso final, que espera el dictamen del TJ, implica que si dicho tribunal no ha tenido la ocasión de pronunciarse sobre la compatibilidad de una medida de la Unión con los Derechos, deberá dársele la oportunidad de hacerlo con la debida antelación en los procesos en que la Unión participe como codemandada (77).

Es posible que el TEDH haya buscado favorecer esta adhesión aceptando la interpretación del TJ sobre el principio de reconocimiento mutuo, apoyándose en una aplicación muy cuestionable de la protección equivalente. Ahora bien, en el momento en que la UE se adhiera al CEDH la *doctrina Bosphorus* debe desaparecer porque pierde su propia razón de ser (78). Los Estados miembros ya no tendrán que escoger entre cumplir con las obligaciones derivadas de la

(72) Entre otras, STJ (Gran Sala), *Mantello*, de 16 de noviembre de 2010, C-261/09, par. 36-37.

(73) Sobre los derechos fundamentales y el reconocimiento de decisiones judiciales GONZÁLEZ PASCUAL, M. (2013).

(74) Al respecto, Conclusiones Abogado General Eleanor Sharpston, *Radu*, de 18 de octubre de 2012, C-396/11.

(75) Sobre el papel que la autonomía del Derecho de la Unión ha tenido en el acuerdo de adhesión al CEDH, LOCK, T. (2011).

(76) Artículo 3 Draft revised agreement on the accession of the EU to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Final report to the CDDH. 47+1 (2013) 008rev2.

(77) Un análisis crítico de esta previsión en TORRES PÉREZ, A. (2013), «El pronunciamiento previo del TJUE, ¿un diálogo forzado?», en *El Tribunal de Estrasburgo en el espacio judicial europeo*, QUERALT, A. (dir.), Thomson, 2013.

(78) BESSELINK, L. (2008): 309; DOUGLAS SCOTT, S. (2006): 252; GORDILLO, L. (2011): 202.

Unión y del CEDH, sino que la primera habrá de respetar escrupulosamente al segundo.

De hecho, tanto el caso *Povse contra Austria* como *Michaud contra Francia* ponen de relieve la pertinencia de que la Unión se adhiera al CEDH. No sólo existen normas europeas cuya compatibilidad con los derechos debe cuestionarse, sino que la jurisprudencia del TJ es con frecuencia deficiente en el campo de los derechos fundamentales.

En la Sentencia *Michaud contra Francia* el TEDH, de una parte, cuestiona la compatibilidad de la Directiva con el artículo 8 CEDH al exigir un rol mucho más activo de los Colegios de Abogados del previsto en la normativa europea. Una advertencia que a la Unión no le debería pasar desapercibida. De la otra, pone de relieve que el TJ no resolvió el problema de la vulneración del secreto profesional aunque tuvo la ocasión. La postura del Abogado General mostraba que cabía un análisis amplio del problema de derechos fundamentales que la Directiva sobre blanqueo de capitales implica.

De hecho, llama la atención la similitud entre la Sentencia *Michaud contra Francia* y las conclusiones del Abogado General Poiares Maduro. En ambos casos se vincula la parte «procesal» y «sustantiva» del secreto profesional, se hace expresa referencia al derecho a no auto incriminarse, se lleva a cabo una definición similar del asesoramiento legal y una división casi idéntica de las labores de un abogado (79).

Sin embargo, el TJ, lejos de comprender que las Directivas de blanqueo de capitales suponen un caso claro de conflicto entre derechos civiles y seguridad nacional (80), le dio a los tribunales nacionales una respuesta ambigua e insuficiente. Una vez más, el TJ resolvió un conflicto importantísimo para los derechos fundamentales de una manera telegráfica (81).

La Sentencia *Michaud contra Francia* puede pasar desapercibida. El hecho de que el TEDH considere que Francia no vulneró el artículo 8 CEDH puede inducir a pensar que la Directiva es conforme con el CEDH, que las decisiones del TJ fueron acertadas y que la adhesión de la UE al CEDH apenas modificará

(79) Sin embargo, las conclusiones del Abogado General no son tomadas en cuenta aparentemente por el TEDH en la Sentencia *Michaud c. Francia*. Es indudable que el TEDH conoce bien las conclusiones del Abogado General, pero no quiere utilizarlas abiertamente a pesar de que en el caso *Bosphorus* el TEDH se apoyó expresamente en las Conclusiones del Abogado General Jacobs para aceptar la postura de Irlanda. Este cambio podría estar buscando que el TJ desarrolle su jurisprudencia de los derechos y argumente adecuadamente sus decisiones, tal y como hacen normalmente los Abogados Generales.

(80) SAUGHNESSY, P. (2002-2003): 42.

(81) CARTABIA, M. (2009): 31.

la situación de los derechos en Europa. Sin embargo, la Directiva de capitales, en su redacción actual, es contraria al CEDH, aunque la ley de transposición francesa sí respeta el artículo 8 CEDH. La Sentencia de *Ordre de barreaux francophones et germanophone* fue muy desafortunada. Y la adhesión de la UE al CEDH debe traer consigo el fin de la *doctrina Bosphorus* e implicar un cambio, cuando menos, en la jurisprudencia del TJ.

No es de esperar que la adhesión conlleve un alud de condenas ni a la UE ni a los Estados miembros, porque no se puede afirmar que la Unión ignora los derechos fundamentales. Ahora bien, los Estados alcanzan con cierta frecuencia acuerdos en el seno de la Unión que impactan en los derechos pero no los acompañan de las debidas garantías (82) y el TJ es muy cauto a la hora de romper estos complicados acuerdos. La posibilidad de una condena del TEDH debería cambiar esta tendencia. Sentencias como *M. S. S. contra Bélgica y Grecia* o *Michaud contra Francia* ponen de relieve que el TEDH está dispuesto a analizar las normas europeas, directa o indirectamente, y hacer respetar el CEDH.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- BUSTOS, R. (2009): «Tribunal de Justicia y Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una relación de enriquecimiento mutuo en la construcción de un sistema europeo para la protección de los derechos», en GARCÍA ROCA, F. J./FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A., *Integración a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Madrid.
- CARTABIA, M. (2009): «Europe and Rights: Taking Dialogue Seriously», *EuConst*, núm. 5.
- DÍAZ CREGO, M. (2011): « El asunto M. S. S. c. Bélgica y Grecia, de 21 de enero de 2011: ¿Hacia un replanteamiento del sistema de Dublín tras la condena del TEDH?», *REDE*, núm. 40.
- DOUGLAS SCOTT, S. (2006): «Bosphorus v. Ireland», *CMLR*, núm. 43.
- ECKES, C. (2007): «Does the European Court of Human Rights provide protection from the European Community? - The case of Bosphorus Airways», *Eur. Publ. L.*, núm. 47.
- GIPPINI-FOURNIER, E. (2004-2005): «Legal professional privilege in competition proceedings before the European Commission: beyond the cursory glance», *Fordham Int'l L. J.*, núm. 28.
- GONZÁLEZ PASCUAL, M. (2010): *El tribunal constitucional alemán en el ejercicio de los derechos constitucionales*, Madrid, Thomson, 2010.

(82) GONZÁLEZ PASCUAL, M. (2013).

- (2013): «Criminal Law as an Essential Function of the State: Last Line of Resistance?», en SAIZ ARNAIZ, A./ALCOBERRO LLIVINA, C. (eds.): *National Constitutional Identity and European Integration*, Antwerp.
- GORDILLO, L. (2011): «Un paso más hacia la estabilización de las relaciones interordinamentales en Europa: la incorporación de la UE al CEDH», *REDE*, núm. 38.
- HERLIN-KARNELL, E. (2012): *The Constitutional dimension of European Criminal Law*, Oxford.
- HODGSON, J. (2011): «Safeguarding Suspects' Rights in Europe: A comparative perspective», *New Criminal Law Review*, vol. 14.
- JASMIN KIRBY, D. (2008-2009): «The European Union's gatekeeper initiative: The European Union enlists lawyers in the fight against Money laundering and terrorist financing» *Hostra L. Rev.*, núm. 261.
- KOMAREK, J. (2008): «Legal professional privilege and the EU's fight against Money laundering», *Civil Justice Quarterly*.
- LOCK, T. (2011): «Walking on a tightrope: the draft ECHR accession agreement and the autonomy of the EU legal order», *CMLR*, núm. 48.
- LUCHTMAN, M./HOEVEN, R. (2009): «Case 305/05 Ordre de barreaux francophones et germanophone et al. v. Conseil des Ministres», *CMLR*, vol. 46.
- MANHART, R. (2012): «Das anwaltliche Berufsgeheimnis im Licht der Rechtsprechung des EGMR und des EuGH» *ERA Forum*, núm. 13.
- MITSILEGAS, V./GILMORE, V. (2007): «The EU legislative framework against money laundering and terrorist finance: a critical analysis in the light of evolving global standards», *International and Comparative Law Quarterly*, núm. 119.
- POPPELLIER, P. (2010): «Report on Belgium», *The national judicial treatment of the ECHR and EU Laws*, MARTINICO, G./POLLICINO, O., Groningen.
- SAIZ ARNAIZ, A. (2005): «El Tribunal de Justicia, los Tribunales Constitucionales y la tutela de los derechos fundamentales en la Unión Europea: entre el (potencial) conflicto y la (deseable) armonización. De los principios no escritos al catálogo constitucional, de la autoridad judicial a la normativa», PÉREZ TREMP, P.; CARTABIA, M.; DE WITTE, B. (dirs.), *Constitución europea y Constituciones nacionales*, Valencia.
- SAUGHNESSY, P. (2002-2003): «The new EU Money- Laundering Directive: Lawyers as gate-keepers and whistle-blowers», *Law & Policy in International Business*, núm. 34.
- SIEBER, U. (2009): «Die Zukunft des Europäische Strafrechts», *ZStW*, núm. 121.
- SPROKEN, T./FERMON, J. (2008-2009): «Protection of Attorney- Client Privilege in Europe», *Penn State International Law Review*, núm. 27.
- TORRES PÉREZ, A. (2013): «El pronunciamiento previo del TJUE, ¿un diálogo forzado?», en *El Tribunal de Estrasburgo en el espacio judicial europeo*, QUERALT, A. (dir.), Madrid.
- VALUTYTĖ, R. (2012): «Legal consequences for the infringement of the obligation to make a reference for a preliminary ruling under constitutional law», *Jurisprudence*, núm. 19, 2012.
- VAN DEN BERGHE, F. (2010): «The EU and Issues of Human Rights Protection: Same solutions to More Acute Problems?», *ELJ*, núm. 16.