

LA ASISTENCIA JUDICIAL EN MATERIA PENAL Y EL SECRETO BANCARIO

Gonzalo Quintero Olivares

Publicaciones del Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales

Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional

Universidad de Castilla – La Mancha

<http://www.cienciaspenales.net>

## 1. Introducción: el tema del secreto bancario en la asistencia judicial penal

Hace poco más de un mes el BOE anunciaba la entrada en vigor del Protocolo del Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea, celebrado por el Consejo, de conformidad con el artículo 34 del Tratado de la Unión, que había sido hecho en Luxemburgo el 16 de octubre de 2001<sup>1</sup>. Ese acuerdo de Luxemburgo comienza por declarar expresamente que los principios que se establecen - que se anexan al Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea, de 29 de mayo de 2000 - en materia de colaboración a asistencia son coherentes con las conclusiones adoptadas en el Consejo Europeo celebrado en Tampere los días 15 y 16 de octubre de 1999, y la necesidad de aplicarlas sin demora con objeto *de hacer realidad un espacio de libertad, seguridad y justicia*.

El propósito central del acuerdo es mejorar los instrumentos de lucha contra la delincuencia organizada, el blanqueo de capitales y la delincuencia financiera, y para ello se considera imprescindible asumir que el espacio europeo que se quiere sea único en lo judicial también lo ha de ser, y desde antes, único en lo económico, reconociéndose el libre derecho a la circulación de personas y mercancías, y eso implica el reconocimiento mutuo de la libertad de instalación de empresas en todo el territorio de la UE y entre esas empresas se incluyen las financieras o bancarias, a condición de que las bancas extranjeras se comporten en cada Estado igual que *deben comportarse* las nacionales. En la misma dirección de logro de una cierta "transparencia bancaria en todos los Estados de la UE" se incluyó en el art.7 la siguiente declaración : "Ningún Estado miembro invocará el secreto bancario como motivo para rechazar una cooperación relativa a una solicitud de asistencia judicial de otro Estado miembro.

Por lo tanto, frente a la demanda de colaboración en régimen de asistencia penal no puede aducirse que la legislación propia impide romper el sigilo o secreto de los Bancos en lo que concierne a la titularidad y cuantía de los depósitos de dinero que estén en su poder.

Esa declaración nos obliga a examinar una vez más el significado del secreto bancario, advirtiéndolo de que los posibles problemas generados por el secreto van más allá del tema de la asistencia judicial en materia penal.

## 2, El secreto bancario, y otros secretos, como instrumento o refugio

En la lucha contra la criminalidad ocupa lógicamente un lugar de prioridad el conjunto de medidas destinadas a evitar que los frutos del crimen puedan regresar al mercado normal. La masa de dinero generada por los delitos no puede ser utilizada directamente como "dinero metálico", pues eso solo es posible en negocios ilegales o sucios o en pequeñas transacciones sin alcance. Por lo tanto, esa ingente cantidad de dinero ha de ser depositada en bancos y desde ellos saltará al mercado.

Cuando se trata de actuaciones financieras de importancia el dinero ha de ser también un "dinero financiero", esto es, documentado en su origen o propiedad. La

---

<sup>1</sup> Su aplicación provisional fue publicada en el Boletín Oficial del Estado de 14 de abril de 2005

documentación del dinero por la banca confiere a éste un carácter respetable en teoría; pero para que la lucha contra el blanqueo sea posible será también preciso que el correspondiente banco está por la labor de colaborar.

La funcionalidad del secreto bancario para los objetivos de la delincuencia internacional y por la mismo la utilidad que puede tener la “confidencialidad” bancaria para llevar a cabo el blanqueo de capitales explica con facilidad que hoy se pueda afirmar que la fijación de los límites de ese secreto se haya transformado en cuestión de capital importancia político criminal.

Ciertamente que la importancia del secreto bancario no procede únicamente de su utilidad para el blanqueo de dinero, sino también como *obstáculo para la verificación del cumplimiento de las obligaciones tributarias*, lo que explica la normativa específica que para la inspección hay en cualquier Estado de la UE. A ese problema se añaden otros como el que podríamos llamar “ahorro opaco” que es también motivo de preocupación y así se refleja en diferentes acuerdos de la UE<sup>2</sup>. Pero en teoría se trata de cuestiones diferentes.

El dinero no controlado fiscalmente no tiene porqué proceder necesariamente de delitos, sino que puede ser cualquier ganancia no conocida por el Fisco. Si además ese dinero puede generar beneficios en calidad de ahorro retribuido, el costo para el Fisco será mayor. Por lo tanto tenemos que el secreto bancario, en estos casos, será “solamente” instrumental para la comisión de infracciones tributarias o de *delitos fiscales*. Pero esa es sola una de las dimensiones del tema de la función del secreto bancario.

Por otra parte, en la lucha contra la circulación “legal” de dinero la intervención de los bancos y sus reglas de secreto es solamente una parte del problema. De la misma importancia es la colaboración de los profesionales que intervienen en las operaciones financieras. En esa dirección son diferentes las vías de actuación. Una es la lucha contra la *colaboración dolosa o imprudente de profesionales*, como son los abogados o los notarios<sup>3</sup> que pueden ser representantes o apoderados de sus clientes o que pueden autorizar o intervenir operaciones en las que las partes contratantes estén de hecho introduciendo dinero negro en el circuito financiero legal. La Ley General Tributaria establece en su

---

<sup>2</sup> En relación con este grave problema escribe Cazorla: “..La Unión Europea está hoy por hoy embarrancada y el tratamiento de la información entre las distintas Haciendas nacionales con respecto al ahorro de los no residentes, es muestra clara de ello. Las grandes reformas no llegan y el llamado método Monnet, según el cual, como recordaba en esta columna Carlos Westendorp el pasado 19 de junio, la integración es un proceso autosostenido a través de la sucesiva consecución de realidades concretas, fracasa estrepitosamente día a día en la materia que reclama nuestra atención. Lo malo es que en el campo fiscal se ha creado una contradicción de carácter político, económico y hasta axiológico que es ya casi insostenible: libertad de circulación de capitales dentro de la Unión Europea, por una parte, y, por otra, el enanismo de las medidas que se han de aplicar de forma conjunta con tal libertad, entre ellas las de colaboración informativa entre las Haciendas estatales, extremo ligado con la supervivencia del secreto bancario para los no residentes en los distintos países de la Unión Europea Cazorla Prieto, “*A vueltas con el secreto bancario en la Unión Europea*”, *Expansión*, 30-6-2000.

<sup>3</sup> De gran interés, el trabajo del Notario Juan Álvarez-Sala Walter, “*El blanqueo de capitales y las profesiones jurídicas*” Ensayos de Actualidad, Revista “*Escritura Pública*”, Consejo del Notariado, Madrid, 2004

artículo 111 que *toda persona natural o jurídica, pública o privada, estará obligada a proporcionar a la Administración tributaria toda clase de datos, informes o antecedentes con trascendencia tributaria, deducidos de sus relaciones económicas, profesionales o financieras con otras personas.*

A la misma obligación quedan sujetas aquellas personas o entidades, incluidas las bancarias – las entidades y sus empleados<sup>4</sup> - , crediticias o de mediación financiera en general, que legal, estatutaria o habitualmente, realicen la gestión o intervención en el cobro de honorarios profesionales o en el de comisiones, por las actividades de captación, colocación, cesión o mediación en el mercado de capitales. No es preciso recordar que cada vez que se ha producido en España un escándalo financiero relacionado con sociedades de esta clase lo primero que ha salido a la luz (recordemos el caso Gescartera) es la existencia de inversiones realizadas con dinero negro y colocadas en el mercado bursátil a través de la Sociedad de mediación, que a su vez infringía sus deberes de identificación, anotación y comunicación.

En el derecho español estas cuestiones son abordadas por la D.A. 1ª de la Ley 19/2003, de 4 de julio, de trasposición de la II Directiva sobre blanqueo de capitales – a la que luego volveré - , que da nueva redacción al artículo 2º de la Ley 19/1993, de 28 de diciembre, sobre Medidas de prevención del blanqueo de capitales, incluyendo a los notarios, abogados y procuradores, junto a otros profesionales como los auditores, contables externos y asesores fiscales, dentro del grupo de sujetos obligados a comunicar las operaciones sospechosas de blanqueo. SE produce una diferenciación entre un grupo de profesionales (auditores, contables externos y asesores fiscales, que se consideran directamente incluidos en el deber de colaboración) y otro integrado por los notarios, abogados y procuradores, cuyo deber depende de que “.. *participen en la concepción, realización o asesoramiento de transacciones por cuenta de clientes relativas a la compraventa de bienes inmuebles o entidades comerciales; la gestión de fondos, valores u otros activos; 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 o la creación, el funcionamiento o la gestión de fiducias ('trust'), sociedades o estructuras análogas; o 2º, actúen en nombre y por cuenta de clientes en cualquier transacción financiera o inmobiliaria*” (art. 2.2.d).

Como es lógico se preserva el *secreto profesional* excluyendo del deber de colaboración la transmisión de las revelaciones que el cliente haya confiado a su asesor, abogado, o notario. Es cierto que los límites entre “atender e informar” al cliente y mediar en su negocio no están claros. La celosa protección que los colectivos de Abogados hacen de la “libertad de defensa”, incluyendo su resistencia a ser incluidos entre los profesionales comprometidos en la lucha contra el blanqueo de dinero tiende, en el fondo, a desfigurar lo que es informar y asesorar para que el cliente sepa cuál es su posición y sus posibles expectativas jurídicas de lo que es colaboración para ayudarle a remover los obstáculos que dificulten la consecución de sus objetivos.

El problema del secreto profesional de los abogados se presenta como un teórico obstáculo en la lucha contra el blanqueo, pues a la postre ese secreto profesional es

---

<sup>4</sup> Sobre el problema de la actuación “libre” de los empleados de banca, vid.: Blanco Cordero, I.: “Responsabilidad penal de los empleados de banca por el blanqueo de capitales”, Comares, Granada, 1999.

“pariente” del secreto bancario, que no deja de ser una clase de secreto de una profesión (la de banquero). Desde diferentes organismos nacionales e internacionales se ha venido denunciando que despachos de abogados han servido para el blanqueo de dinero<sup>5</sup>; por esas razones se comprende la aparición de la muy criticada y antes mencionada II Directiva 2001/97/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de diciembre de 2001, sobre blanqueo de capitales, de la cual se deriva una importante extensión de la clase de personas que vienen obligadas a cooperar en la lucha contra el blanqueo de dinero, y entre esa clase de personas destacan las profesiones jurídicas.

La reacción de los colectivos de abogados<sup>6</sup> es fácilmente imaginable. Como con razón indica Álvarez-Sala <sup>7</sup> se está yendo hacia una “peligrosa desnaturalización de las profesiones jurídicas, convirtiéndolas en gendarmes del sistema financiero, y empieza a despertar una conciencia crítica frente a ese ojo panóptico orwelliano, con sede en alguna Unidad Superior administrativa, capaz de acumular bajo el pretexto del blanqueo de capitales una capacidad de supervisión infinita..” <sup>8</sup> Por la tanto la idea de que cualquier precio es válido en nombre de la eficacia no puede ser admitida sin reserva alguna; ahora bien, la responsabilidad penas de profesionales vinculada al exceso en su derecho al secreto profesional queda abierta como cuestión a analizar, aunque se deba separar del tema del secreto bancario.

---

<sup>5</sup> Relata Álvarez-Sala (op.cit., p.5) que “...en diciembre de 1998, el NCIS20 británico denunciaba que media docena de las grandes firmas de abogacía en Londres se había visto envuelta en operaciones de lavado de dinero. Otros informes desde muy distintos foros, por ejemplo, el Departamento de Justicia norteamericano, igual que la Fiscalía Especial Antidroga española, la OCDE o el propio GAFI, insistían en la imbricación de algunos despachos profesionales con las tramas delictivas, sirviendo de cauce (cuando no de urdimbre organizativa) al blanqueo de capitales...”

<sup>6</sup> Por abogados se entienden solamente los profesionales libres, y no los que trabajan como empleados de empresas (qué pueden ser bancos o cajas). La razón es fácil de comprender: si se extendiera hasta esos empleados la obligación sería equivalente a declarar que están dispensados de servir a sus empresas, que son las realmente obligadas a colaborar. Es por eso lógico que el art. 2.3 de la Ley española sobre prevención de blanqueo de capitales (redactado por la D.A. 1ª.2.3 de la Ley 19/2003, de 4 de julio), formula, asimismo, que “cuando las personas físicas mencionadas en el apartado anterior ejerzan su profesión en calidad de empleados de una persona jurídica, las obligaciones impuestas por esta ley recaerán sobre dicha persona jurídica.” En el mismo sentido se pronuncian las 40 recomendaciones de 20 de junio de 2003 del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI).

<sup>7</sup> Op.cit., p.7

<sup>8</sup> El problema del equilibrio entre la persecución del lavado de dinero y la necesario protección de datos es abordado por W. Hassemmer en “*Geldwäsche und Datenschutz*”, en la obra colectiva, *Geldwäsche, Problemanalyse und Bekämpfungsstrategien*, Frierich-Ebert-Stiftung, Berlin, 1994. Indica Hassemmer que la ponderación de intereses no puede darse por resuelta a favor de una obligada subordinación de la esfera de la intimidad a cualquier respetable objetivo político-criminal. Del significado constitucional de los datos personales se ocupa también en Hassemmer, W. y A. Chirino, “*El derecho a la autodeterminación informativa y los retos del procesamiento automatizado de datos personales*”, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1997

## 2. El secreto bancario en nuestro tiempo: de la tradición al problema

El tema del secreto bancario y su significado podría ocupar nuestra atención durante muchas horas, pero es evidente que no se trata de emprender ese camino, sino de limitar el interés y la atención a aquellos aspectos del secreto bancario que interesan a la política financiera y a la política criminal, entendiendo ésta como parte de una política europea común en materia de fomento de las relaciones económicas y de lucha conjunta contra la criminalidad.

La tradición del secreto bancario suele situar su origen y máxima expresión en el modelo suizo: históricamente los banqueros suizos se han jactado de que tienen la obligación de mantener de un modo estrictamente confidencial cualquier información sobre las cuentas, y eso está tan arraigado en su “cultura nacional” que la violación de ese deber puede ser constitutiva de delito. Muy pocas son las excepciones a ese deber, y desde luego que entre ellas no se encontraba tradicionalmente el que el depositante hubiera incumplido su deber de declarar ingresos ante su Fisco o ante el de otro Estado. Ni siquiera los posibles herederos tienen derecho a preguntar si existe una cuenta y qué guarda, sino que han de demostrar que esa cuenta existe y obtener de un juez la orden correspondiente. Estas reglas permitieron a muchos bancos suizos quedarse con los depósitos que en su momento constituyeron muchas personas que protegían sus bienes de la amenaza nazi, pero que no lograron sobrevivir al nazismo.

Hoy en día también Suiza se ha sumado a los países que luchan contra el crimen organizado o la corrupción y la utilización del secreto bancario como refugio de ganancias. Pero eso no quiere decir que su colaboración sea tan intensa como pueda serlo la de cualquier Estado miembro de la UE. A ello volveremos.

El secreto bancario no es, al menos en derecho español, una “figura o concepto jurídico”<sup>9</sup>, a pesar de que es reconocido como uso mercantil tanto en la actividad de la banca cuanto en la jurisprudencia. Indudablemente el solo hecho de que el secreto sea prometido por la banca, para la que constituye un uso de sólida tradición, a aquel que con ella contrata la apertura de una cuenta o la constitución de un depósito basta como fuente jurídica, es, como esa sabido, *ley entre las partes*.

Indirectamente, en cambio, si se podría construir una fundamentación jurídica de la figura, por la doble vía de las advertencias legales acerca de las ocasiones en que *no es invocable*, y por la de las *responsabilidades por su violación*, pues a la postre acabará integrándose en la tutela general de la intimidad, en la que interviene también el derecho penal. El banco es a la postre un profesional que por razón de su oficio conoce algunos secretos de su cliente, puesto que secreta es, si el así lo desea, la existencia de un patrimonio líquido depositado en una cuenta.

Por lo tanto, en el estricto terreno de lo jurídico penal y en concreta referencia al secreto bancario la fuente nutricia de la eximente de ejercicio lícito de oficio o cargo sería esa relación contractual y ese uso mercantil, al que se sumaría *a contrario sensu* el conjunto de amenazas por revelación de secretos.

En cuanto al secreto profesional – tema del que ya he advertido que no me ocupo – digamos solo que es mucho más rica la cantidad de legislación aplicable a cada

---

<sup>9</sup> Sobre la naturaleza jurídica del secreto bancario puede verse: María José Azaustre Fernández “*El secreto bancario*” Bosch Editor, Barcelona 2001

profesión, a lo que debe añadirse la abundante relación de normas deontológicas que regulan el ejercicio de determinadas profesiones como abogado o procurador.

Pero en materia de secreto *bancario* puede decirse que éste ha dejado de existir en todo lo que se relaciona con el Fisco o con el posible blanqueo de capitales. Eso ha sido consecuencia de un amplio movimiento internacional de lucha contra la opacidad del dinero como *problema político-criminal*.

En lo que concierne al Fisco La Ley General Tributaria establece en su artículo 111 que toda persona natural o jurídica, pública o privada, estará obligada a proporcionar a la Administración tributaria toda clase de datos, informes o antecedentes con trascendencia tributaria, deducidos de sus relaciones económicas, profesionales o financieras con otras personas. A la misma obligación quedan sujetas aquellas personas o entidades, incluidas las bancarias, crediticias o de mediación financiera en general, que legal, estatutaria o habitualmente, realicen la gestión o intervención en el cobro de honorarios profesionales o en el de comisiones, por las actividades de captación, colocación, cesión o mediación en el mercado de capitales. Las personas o entidades depositarias de dinero en efectivo o en cuentas, valores u otros bienes de deudores a la Administración tributaria en periodo ejecutivo, están obligados a informar a los órganos y agentes de recaudación ejecutiva y a cumplir los requerimientos que les sean hechos por los mismos en el ejercicio de sus funciones legales. De modo categórico se advierte que el incumplimiento de las obligaciones establecidas en este artículo no podrá ampararse en el secreto bancario.<sup>10</sup>

### **3. Los movimientos internacionales dirigidos a acabar con la “protección por el secreto”**

Es sabido que nunca existió una “lucha contra el secreto”, sino una constante búsqueda de modos indirectos de combatir la delincuencia organizada, la corrupción, y en general cortar las vías de aprovechamiento “honesto” del dinero generado por el crimen. En ese marco se sitúan por una parte los controles fiscales ( investigación sobre cantidades usadas en inversiones y control sobre su corrección fiscal originaria ) y las acciones orientadas a evitar que la *práctica bancaria de confidencialidad* se torne en un refugio donde esconder las ganancias procedentes del delito.

De acuerdo con un cierto orden cronológico, se puede principiar por la “*Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas*”, de diciembre de 1978, que en esencia tenía como meta la lucha contra el tráfico de drogas y la persecución de las ganancias que éste produjera; en esa orientación se decidió que en la investigación del destino de los frutos de esa clase de delitos no se podría invocar el secreto bancario por parte de las entidades financieras, además de que se recomendaba incriminar la ayuda a blanquear dinero de ese mismo origen, cosa que en su momento hizo España <sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> En relación con el secreto bancario y la actividad inspectora, vid.: Cazorla Prieto, L.: “*El secreto bancario*”, Instituto de Estudios Fiscales, Ministerio de Hacienda, Madrid, 1978. También, Meneses Vadillo, A., “ *El deber de colaboración de las entidades de crédito ante los requerimientos de información de la Administración tributaria*”, Civitas, Madrid, 2000.

<sup>11</sup> En su momento se creó el tipo expreso de blanqueo de ganancias procedentes del tráfico de drogas, separado de los delitos económicos. En el Código actual el art.301 CP describe el blanqueo de esa clase como un “tipo cualificado”, castigado con pena mayor que el “blanqueo común”.

La llamada “lucha contra el secreto” se justifica así por el problema del blanqueo. Pero en nuestro tiempo habrá otras razones que la justifiquen, como son, especialmente, las tributarias, al igual que en el pasado la lucha contra el secreto bancario suizo adquirió una alta intensidad tras la II Guerra Mundial y la fundada sospecha de que aquel secreto protegía el expolio llevado a cabo por los nazis. Pero, y conviene advertirlo, erróneo sería también pretender que el secreto bancario “desapareciera”, pues es indudable que en circunstancias normales los datos referentes a los depósitos (titularidad, montante, etc.), han de entenderse incluidos en la esfera de la intimidad de las personas.

El año 1991 se producirá una nueva e importante decisión, esta vez de ámbito comunitario europeo: la Directiva 91/308/CEE del Consejo de las Comunidades Europeas de 10-VI-1991, relativa a la prevención frente a la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales (Diario Oficial de la UE de 28 de junio de 1991, nº 166). En el artículo 3 de esa Directiva se dispone: 1. Los Estados miembros velarán para que las entidades de crédito y las instituciones financieras *exijan mediante un documento acreditativo la identificación de sus clientes en el momento de entablar relaciones de negocios, en particular cuando abren una cuenta o libreta u ofrecen los servicios de custodia de activos.*, y sigue ...en el ap.6.: *Tan pronto como existan sospechas de blanqueo, las entidades de crédito y las instituciones financieras deberán proceder a la citada identificación* incluso cuando el importe de la transacción sea inferior a los umbrales antes mencionados (15000€). Nace por lo tanto una obligación de cooperación y de denuncia, carácter que se refuerza con lo que disponen los arts. 6 y 8 de la Directiva ( deberes de colaboración y de mantenimiento de total reserva frente al cliente investigado)<sup>12</sup>

El concepto de Institución financiera, del que no me voy a ocupar, es evidentemente más amplio que el de Banco o Caja de Ahorros, y alcanza a todas las entidades que por ley pueden recibir activos de otras personas para custodiarlos o para invertirlos. Es evidente que no es posible estirar la interpretación hasta alcanzar a toda clase de depositarios, pero tampoco hay que olvidar la amplia cabida de responsables que el CP ofrece respecto de posibles blanqueadores de dinero. Quiere ello decir que los sujetos o entidades obligados por la Directiva serán *determinables* anticipadamente, pues se ofrece una definición más o menos concreta. En cambio, el número de los que pueden cometer delito de blanqueo de capitales es, en principio, ilimitado.

En esa dirección la Ley 19/1993, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales, declara en su Exposición de Motivos que está

---

<sup>12</sup> **Artículo 6** :Los Estados miembros velarán para que las entidades de crédito y las instituciones financieras, sus directivos y empleados, colaboren plenamente con las autoridades responsables de la lucha contra el blanqueo de capitales:

- informando a dichas autoridades, por iniciativa propia, de cualquier hecho que pudiera ser indicio de un blanqueo de capitales;
- facilitando a dichas autoridades, a petición de éstas, toda la información necesaria de conformidad con los procedimientos establecidos en la legislación aplicable.

**Artículo 8:** Las entidades de crédito y las instituciones financieras, así como sus directivos y empleados, no podrán comunicar al cliente de que se trate o a terceros que se han transmitido informaciones a las autoridades con arreglo a los artículos 6 y 7 o que está realizándose una investigación sobre el blanqueo de capitales.



dirigida primordialmente a las personas y entidades que integran el sistema financiero, que son objeto de mención en el artículo 2.1 de la Ley; ésta se aplicará también a otras actividades profesionales o empresariales particulares susceptibles de ser utilizadas para el blanqueo de capitales. Por tal razón el legislador de 1993 tomó el camino de la especificación y dispuso en el Artículo 2. quienes eran los *sujetos obligados*.<sup>13</sup> De esa relación se deduce fácilmente que solo algunos de ellos pueden venir afectados por el problema de los límites del secreto bancario, que lógicamente, y a diferencia de lo que acontece con el blanqueo de capitales y los deberes establecidos en la lucha contra el blanqueo, solamente puede caer sobre los bancos y cajas de ahorro.

En suma, pues, el secreto es instrumentalmente útil tan solo frente a algunas modalidades de blanqueo (las cometidas a través de bancos y cajas). Se puede lavar dinero sin pasar por banco alguno; y del mismo modo el secreto puede encubrir rendimientos de delitos *sin necesidad de transformarlos en dinero circulante*, es decir, simplemente por el hecho de *custodiar* dinero.

#### **4. La ampliación de los motivos de lucha contra el blanqueo y el secreto: el terrorismo**

Las motivaciones de carácter tributario, la posibilidad de que se realice auxilio material a autores de delitos, el blanqueo y la facilidad de circulación del dinero bancario, que sirve perfectamente a los intereses de la criminalidad organizada, han sido los objetivos que han determinado los muchos movimientos contra el secreto de las cuentas bancarias.

---

<sup>13</sup> 1. Quedarán sujetas a las obligaciones establecidas en la presente Ley:

- Las Entidades de Crédito.
- Las Entidades Aseguradoras autorizadas para operaciones en el ramo de vida.
- Las Sociedades y Agencias de Valores.
- Las Instituciones de Inversión Colectiva.
- Las Sociedades Gestoras de Instituciones de Inversión Colectiva y de Fondos de Pensiones.
- Las Sociedades Gestoras de Cartera.
- Las Sociedades emisoras de Tarjetas de Crédito.
- Las personas físicas o jurídicas que ejerzan actividades de cambio de moneda, sea o no como actividad principal.

Se entenderán incluidas entre las anteriores las personas o entidades extranjeras que, a través de sucursales o mediante prestación de servicios sin sucursal permanente, desarrollen en España actividades de igual naturaleza a las entidades anteriormente descritas.

2. Quedaran también sujetas a las obligaciones establecidas en la presente Ley, con las especialidades que puedan establecerse reglamentariamente, las personas físicas o jurídicas que ejerzan aquellas otras actividades profesionales o empresariales particularmente susceptibles de ser utilizadas para el blanqueo de capitales. Se consideran tales:

- a) Los casinos de juego.
- b) Las actividades de promoción inmobiliaria o compraventa de inmuebles.
- c) Las demás que, atendiendo a la utilización habitual de billetes u otros instrumentos al portador como medio de cobro, al alto valor unitario de los objetos o servicios ofrecidos, al emplazamiento de los establecimientos, o a otras circunstancias relevantes, se determinen reglamentariamente.

Pero la investigación de las modernas redes de terrorismo, que necesitan una fuerte financiación, ha puesto de manifiesto la utilidad de los mecanismos de la banca, el secreto entre ellos (aunque no el único). El secreto puede ser útil, pero también lo son las cuentas codificadas, la banca on-line, las transferencias electrónicas. Todo ello lleva a una preocupante conclusión: colocar dinero líquido al alcance de un terrorista, para que pueda mantenerse y efectuar sus proyectos, es algo que se puede conseguir en pocos segundos, sea en Nueva York, en Johannesburgo o en Atenas. La imagen del terrorista que guarda consigo una bolsa de dólares o de euros ha de ser paulatinamente olvidada. ¿Cómo pudieron, por ejemplo, un grupo de terroristas costearse una larga estancia en USA, incluyendo alquileres de casas y coches y, especialmente, un curso de piloto de reactor que les habría de ser especialmente útil para estrellar los aviones contra las Torres Gemelas?. La respuesta más simple, y más preocupante, es que pudieron tener su financiación directamente situada en una cuenta bancaria de la que podían disponer libremente.

A tal fin El 22 de octubre de 2004 el Banco Central Europeo (BCE) recibió del Consejo de la Unión Europea una solicitud de dictamen sobre una propuesta de directiva del mismo mes 13 de octubre de 2004 relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales, incluida la financiación del terrorismo. . El objetivo principal de la directiva propuesta era velar por que los Estados miembros adopten y apliquen de manera coordinada las *Cuarenta Recomendaciones revisadas del Grupo de Acción Financiera Internacional sobre el blanqueo de capitales* (en adelante, el «GAFI») orientadas a alcanzar un marco mejorado y más completo de normas internacionales de defensa de la integridad del sistema financiero. Cabe destacar que *el ámbito de aplicación de las Cuarenta Recomendaciones se ha extendido del blanqueo de capitales a la financiación del terrorismo.*

En esa línea se propone la inclusión de la financiación del terrorismo en la definición de blanqueo de capitales; se amplía la relación de entidades y personas obligadas a colaborar y además, lo que es de especial interés en orden al tema de las obligaciones bancarias la propuesta y el dictamen del BCE coinciden en ) extender el ámbito de aplicación de los procedimientos de diligencia debida con respecto al cliente y las obligaciones de conservación de *documentos a las sucursales y filiales con participación mayoritaria, situadas en terceros países*, de las entidades sujetas a la Directiva en vigor sobre blanqueo de capitales; *prohibir expresamente que las entidades de crédito y las instituciones financieras mantengan cuentas anónimas, libretas de ahorro anónimas o cuentas a nombres ficticios*; f) prohibir expresamente que las entidades de crédito establezcan *relaciones de corresponsalía bancaria con bancos pantalla*; así como reforzar la diligencia debida con respecto al cliente exigible a las entidades y personas sujetas a la directiva propuesta, especialmente en las situaciones que planteen un mayor riesgo de blanqueo de capitales, incluidas las relaciones de corresponsalía bancaria transfronteriza.

Tras el informe del BCE el último documento comunitario que se ocupa del problema de la financiación del terrorismo es la Tercera propuesta de Directiva sobre prevención de uso del sistema financiero para el lavado de dinero y la financiación del terrorismo ( *Directive of the European Parliament and of the Council on the prevention of the*

*use of the financial system for the purpose of money laundering and terrorist financing*<sup>14</sup>) de 17 de junio de 2005

## 5, El secreto bancario y la condición de Banco

En el análisis del problema del secreto bancario se ha de situar en primer lugar un problema que habitualmente no ha recibido esa prioridad, que es el del concepto mismo de lo que ha de tenerse por un “Banco”. Una primera cuestión fue en su momento la equiparación entre establecimientos bancarios españoles y bancos extranjeros instalados en España. Las obligaciones de colaborar con la Administración española se extienden también a *las personas o entidades extranjeras que, a través de sucursales o mediante prestación de servicios sin sucursal permanente, desarrollen en España actividades de igual naturaleza a las entidades financieras españolas.*

La LEY 3/1994, de 14 de abril, por la que se adapta la Legislación Española en materia de entidades de crédito a la segunda Directiva de coordinación bancaria y se introducen otras modificaciones relativas al sistema financiero, traspuso al ordenamiento español la Segunda Directiva de Coordinación Bancaria (89/646/CEE), pieza clave de la creación del Mercado Financiero Unico. A tal fin, declara *libre la apertura en España de sucursales de entidades de crédito de otros Estados miembros de la Unión Europea, estableciendo un sistema de mera notificación al Banco de España* y de comunicación de éste con la autoridad supervisora del país de origen de la entidad.

También regula los procedimientos para que las entidades de crédito españolas puedan operar, a través de sucursales, en los restantes países de la Unión Europea. La colaboración entre los Estados miembros en orden a que las bancas extranjeras se comporten como las nacionales fue como sabemos ratificada por el Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los estados miembros de la unión europea, celebrado por el consejo de conformidad con el artículo 34 del tratado de la unión europea, en cuyo art. Artículo 7., como sabemos, se prohíbe la invocación del secreto bancario como motivo para rechazar una cooperación judicial solicitada por otro Estado miembro.

Pero pese a ello, las autoridades judiciales y las Policías de los Estados siguen considerando que el secreto bancario, a pesar de ya no sea una coraza frente a la Administración en orden a un impune blanqueo de dinero, sigue siendo un buen modo de burlar obligaciones<sup>15</sup> y un *obstáculo importante* en la investigación criminal.

---

<sup>14</sup> El único texto disponible está en inglés

<sup>15</sup> Por citar un buen ejemplo: evidencia de la Directiva comunitaria 2003/48/CE, de 3 de junio de 2003, sobre fiscalidad del ahorro asume que abundan casos de residentes que consiguen eludir toda tributación en su Estado de residencia por los intereses percibidos en un Estado distinto al de su residencia. El capital ha podido salir y dejará así de contribuir en cualquier modo, lo cual producirá “distorsiones que son incompatibles con el mercado interior”.

Es por tanto fundamental alejarse de cualquier actitud ingenua ante el problema, aceptando que las prevenciones que se toman no servirán de nada mientras no haya una auténtica voluntad política de los Estados de priorizar la cooperación en la lucha contra el delito frente a cualquier interés en proteger a sectores financieros poderosos o las propias instituciones financieras, bancas y cajas de ahorro, *que también obtienen grandes beneficios de un secreto que les permite disponer de enormes sumas de dinero apto para sus propios negocios* .

Sobre la dimensión y gravedad del problema creo ilustrativo transcribir unas reflexiones del que fuera Fiscal Anticorrupción Carlos Jiménez Villarejo<sup>16</sup>: "...la actividad bancaria, en alguna de sus manifestaciones, constituye un factor de riesgo para la comisión de actos delictivos. Entre otras, pueden referirse la "correspondent banking", la banca privada, la banca on-line, las cuentas internas del propio banco, las cuentas bancarias temporales, las "cuentas escoba", las cuentas anónimas, las numeradas y las sociedades filiales de la entidad matriz en el extranjero y, en particular, en jurisdicciones offshore. Ante una realidad tan evidente como compleja, la reacción de las autoridades nacionales y de la comunidad internacional ha sido insuficiente y escasamente eficaz. Se diría que están fuertemente condicionados por el poder y la capacidad de presión de los lobbies financieros. El control de los movimientos de capitales presupone la identificación y verificación de los clientes. La realidad, sin embargo, se resiste a caminar en esa dirección. Ahí está el ejemplo reciente, en 2002, del poderoso grupo británico HSBC que, en España, fue sancionado por mantener 138 cuentas numeradas, haciendo figurar como titular a la entidad HSBC, Republic Bank, de Suiza, que, invocando al secreto bancario, no colaboró para conocer los titulares reales de esas cuentas..."

Sin necesidad de alejarnos de nuestro país podemos recordar algunos aspectos interesantes del caso Gescartera, y uno de ellos era precisamente la falta o difícil identificación de las personas o entidades que habían realizado los depósitos, lo cual luego se plasmaría en la diferencia entre las cantidades de dinero teóricamente perdidas, extraviadas o desviadas y las cantidades reclamadas. Pero es evidente, y el de Gescartera no es ni ha sido el único, que la "promesa de discreción" es un imán que atrae al dinero "negro" - proceda o no proceda de delito - con una fuerza superior al mejor interés que pueda ofrecer el ahorro legal.<sup>17</sup>

Aceptando que es perfectamente imaginable que una entidad extranjera establecida en España contribuya o colabore en actos de blanqueo, con independencia de que el cliente sea español o extranjero, hemos de preguntarnos si ese es el riesgo mayor o el único, y la respuesta ha de ser negativa. Formalmente esa entidad antes o después puede ser sometida a inspecciones y controles como si se tratara de una entidad

---

<sup>16</sup> En su intervención en el 1 de diciembre de 2004 en Barcelona en el Fòrum Universal de les Cultures

<sup>17</sup> Por apartarse de mi cometido y de mi especialidad, no entro a valorar si la seguramente muy baja retribución del ahorro legal en España contribuye al atractivo de los circuitos ilegales.

financiera española, lo cual no se puede decir en relación a otras, concretamente, los centros o entidades *offshore*. Esas bancas, por llamarles del modo en que se autotitulan, aunque en la práctica pueden consistir en una mesa de despacho dotada de ordenadores y teléfonos y nada más, ofrecen servicios financieros a clientes para cumplirlos en territorios que pertenecen a otra jurisdicción política y económica.

Es sabido que la creación de centros de esta clase constituye una de las actividades primordiales de pequeños territorios de estatuto "paracolonia" (p.e.: Gibraltar<sup>18</sup>, Seychelles, Caiman, Bahamas, Mann, Islas Vírgenes, etc.<sup>19</sup>). Cientos de entidades financieras tienen domicilios en esos lugares, y custodian depósitos que en modo alguno pertenecen a los normalmente pocos habitantes del territorio, sino que, en el sentir más extendido, es dinero llegado del exterior y que se puede dividir en dos clases: el que se oculta al Fisco y el que procede de delitos fiscales o cualquiera otra operación de blanqueo de dinero generado por el crimen.

Por ese motivo, cuando hablemos de prácticas bancarias honestas recordemos la concurrencia en el mercado de "bancos", domiciliados en paraísos fiscales, y por lo tanto "descontrolados". Es reiterada la prohibición dirigida a las entidades financieras de la UE de mantener relaciones financieras de corresponsalía o similares con los bancos de esa clase, que escapan totalmente al control de los Estados, aunque a su vez existen por voluntad de Estados conocidos, muchas veces miembros de la Unión Europea (Holanda, Reino Unido, Luxemburgo), aunque sea en territorios no europeos.

Según algunos<sup>20</sup> esa clase de "banca *off shore*" de los paraísos fiscales, tras el Acuerdo o el Protocolo bancario de Basilea<sup>21</sup> y como consecuencia de la progresiva acción del GAFI. Por esas causas el recurso a esa clase de bancos está cayendo en desuso porque cualquier operación en la que intervenga una de esas entidades llama inmediatamente la atención a las autoridades financieras o judiciales y da lugar a ser cuidadosamente radiografiada para averiguar el trasfondo de la operación.

Pero eso, que tal vez puede ser verdad en relación con la actividad de blanqueo de dinero, en nada afecta a su condición de seguro depósito de dinero *cuya procedencia no será demandada ni por esa banca ni por las autoridades del correspondiente "paraíso fiscal"*. Añadamos que en un panorama de esa gravedad resulta "inexplicable" ( aunque sea perfectamente explicable ) la presencia de entidades financieras españolas en paraísos fiscales, sin que sea este el lugar cábala o lanzar hipótesis de cuáles son las necesidades financieras que determinan esa práctica<sup>22</sup>

---

<sup>18</sup> A título de curiosidad puede consultarse la página de servicios que se ofrece en la web de Gibraltar:< <http://www.offshoregibraltar.com> >

<sup>19</sup> De acuerdo con el Real Decreto 1080/91, de 5 de Julio, España considera a cuarenta y ocho países o territorios como paraísos fiscales, incluyendo a Luxemburgo, Estado miembro de la UE

<sup>20</sup> Vid. Alvarez-Sala, op.cit., pp.4 y 5.

<sup>21</sup> "Guidance Paper on Customer Due Dilligence for Banks" ("Basel CDD paper"), elaborado por el Basel Committee on Banking Supervisión, octubre de 2001

<sup>22</sup> Según información recogida por la Asociación por la Tasación de las Transacciones financieras especulativas y la Acción Ciudadana (ATTAC), utilizando datos del Registro Mercantil Online el grupo BBVA, en el ejercicio 2003, mantuvo 34 sociedades filiales en paraísos fiscales, 12 de

Formalmente esos “paraísos del blanqueo y de la evasión”, se presentan con aparentes buenos modos jurídicos<sup>23</sup> y proclamas de respeto a toda clase de principios, exhibiendo una abierta repugnancia hacia el dinero que pueda tener un origen delictivo. Ni que decir tiene que solo desde una credulidad infantil se puede dar crédito a esas solemnes advertencias y promesas, que indudablemente deben constar “pro forma” en la documentación que divulgan esos territorios y las entidades allí domiciliadas, para que los Estados “protectores” puedan exhibir esas exhibiciones de reglas cuando reciban la crítica de otros Estados.

## 6. Reflexiones penales como final

---

ellas en las Islas Caimanes. El grupo Santander Central Hispano, en el ejercicio 2002, mantuvo 34 sociedades, de ellas 13 en las Islas Caimanes. El Banco de Sabadell, también en el ejercicio 2002, mantuvo en su grupo Sabadell International Finance Ltd, Sabadell International Capital y Sabadell International Equity Ltd, y Bansabadell Caf Ltd, las cuatro domiciliadas en George Town (Islas Caimanes). En Andorra, estaban domiciliadas Bansabadell d'Andorra, Sabadell d'Andorra Inversions Societat Gestora S.A. y Sabadell d'Andorra Borsa S.A. El Banco Popular Español, en el ejercicio 2002, tuvo domiciliadas en las Islas Caimanes las siguientes sociedades: BPE Finance International, BPE Capital International, BPE Preferenfe International, y Popular Asia Trade en Hong Kong. “la Caixa”, en el ejercicio 2002, tenía en su grupo las siguientes sociedades: Caixa Investment Management SAM en Montecarlo, la Societé Monegasque du Banque Privée en Mónaco, Caixa Finance Ltd., Caixa Capital Ltd. Y Caixa Preference Ltd., las tres en Grand Cayman, y en Andorra, Caixa Bank, Crèdit Andorrà, Credit Iniciatives y Patrigest S.A..

<sup>23</sup> Por ejemplo en Gibraltar las entidades financieras de allí incluyen entre sus “Provisions”, la siguiente: “The Client confirms and guarantees that any asset introduced to the Company is not derived from or otherwise connected with any illegal activity; that such asset belongs to the Client and the Client has full authority to transfer same to the Company, and the transfer of such asset does not constitute a fraud on the Clients' creditors; that neither the Client nor the Company will be involved directly or indirectly in any unlawful activity and the Company will not be used for any unlawful purpose ( “El cliente confirma y garantiza que ningún activo depositado en la compañía está derivado o conectado de cualquier manera con cualquier actividad ilegal; que tal activo pertenece al cliente y al cliente tiene autoridad completa para transferir tales fondos a la compañía, y la transferencia de tal activo no constituye un fraude a los acreedores de los clientes; que ni el cliente ni la compañía podrán ser implicado directa o indirectamente en cualquier actividad ilegal y la compañía no será utilizada para ningún propósito ilegal”). Y en cuanto a los límites del secreto se advierte también que “..The Client acknowledges that in certain circumstances the Agent may be obliged by order of a competent Court or authority to disclose evidence and information to courts or authorities in connection with the Client's or the Company's affairs. Where the Agent receives such a disclosure order, unless prohibited by law or by the terms of such order, the Agent shall promptly notify the Client or the Company of same...” ( “El cliente reconoce que en ciertas circunstancias el agente puede verse obligado por una orden de un Tribunal competente o de una autoridad a suministrar pruebas e informaciones a esos Tribunales o autoridades relativas al cliente o a los asuntos de la compañía. Cuando el agente reciba tal orden de acceso a los datos, a menos que sea prohibido por la ley o por los términos de tal orden, el agente informará puntualmente al cliente o a la compañía...”)

Es difícil separar lo que el secreto bancario puede suponer dependiendo del ángulo de contemplación que se adopte. Su significación es necesariamente diferente:

Para la *Administración tributaria*, que es la teóricamente mejor dotada de medios para removerlo en uso de sus facultades de inspección y recaudación, el secreto bancario conserva un importante papel en el problema del ahorro oculto, al que ya me he referido antes.

Para la *Administración de Justicia penal* el secreto bancario es algo que puede levantar la orden de un juez si se trata de la investigación de un delito o del paradero de los beneficios que sus autores han conseguido con su comisión.

Para el propio *derecho penal*, no hay especial dificultad en aceptar la importancia del secreto bancario en diferentes direcciones:

a) el secreto bancario tiene la condición de “secreto” en el sentido de aquellos preceptos del CP que castigan la revelación inadecuada de los mismos. Por lo tanto es evidente que la violación de ese deber de secreto fuera de los casos en que la banca está obligada a colaborar podrá ser constitutiva de delito.

b) Desde otro punto de mira, el mantenimiento ilícito del secreto incluso frente a las autoridades que tienen competencia para requerir información sobre los fondos de una persona o entidad, puede generar responsabilidad penal bajo las formas ordinarias del auxilio material para aprovecharse de los efectos de un delito (si se trata de dinero de esa procedencia) o de complicidad, si se trata de ayuda a ocultar el patrimonio frente a acreedores particulares o públicos (alzamiento de bienes)

c) Aparece un problema de especial gravedad e interés, pero que lógicamente excede del objeto de estas páginas: las directivas y normas internas establecen deberes de colaboración y de identificación que pesan sobre entidades financieras y *sobre sus empleados*. Es evidente que una oficina bancaria puede ayudar a quien quiere ocultar su dinero – y no vamos a entrar en pormenorizar cuántas formas imaginables caben (nombres supuestos, uso de cuentas de fallecidos, o uso de cuentas inactivas, etc.) – y en esos casos se tendrá que establecer la responsabilidad de la entidad financiera por indebido cumplimiento de sus obligaciones de control sobre sus empleados, pero la responsabilidad penal podrá centrarse en personas concretas. En cambio, si se trata de actuaciones decididas por la dirección de la entidad financiera se planteará *en un futuro inmediato si se cumplen los acuerdos comunitario sobre responsabilidad de las personas jurídicas*, la disyuntiva entre responsabilidad de la entidad considerada como persona y las personas físicas que marcan sus decisiones.

Para la *Política criminal en la lucha contra el blanqueo de dinero*, es patente que el secreto bancario está en la primera línea de fuego; pero también hay que ser conscientes de que las bancas de los paraísos fiscales y los mismos paraísos *no existirían si los Estados que suscriben esos acuerdos de lucha contra el blanqueo no lo consintieran*. Ninguno de esos territorios tiene capacidad política para imponer sus prácticas financieras a la comunidad internacional. Pero *tampoco parece posible que se prohíba directamente toda clase de negocio o transacción que se quiera realizar teniendo como contraparte a una persona o entidad domiciliada en alguno de esos territorios, incluyendo la prohibición de que en parte del contrato se*

*incluya a alguna entidad financiera de cualquiera de esos territorios para cualquier clase de intervención. Esa sería sin duda una medida contundente frente a todas las sociedades domiciliadas allí, pues directamente se les privaría del derecho de comprar o vender o contratar en cualquier forma en territorio español o de la UE.*

Pero eso se inscribe en el campo de la política-ficción, pues como antes dije la existencia de esos territorios no es imaginable sin la propia voluntad de Holanda y el Reino Unido, aunque no solo de ellos, que nada tienen que ver, por ejemplo, con Mónaco o Andorra. Por si fuera poco, en la lista de los paraísos se incluye también a Luxemburgo, que es un Estado miembro de la UE.

Así las cosas no hay más remedio que asumir que el capitalismo moderno<sup>24</sup>, del que tampoco quiero decir que sea “el mal absoluto”, como precipitadamente se dice desde cierto izquierdismo, está dispuesto a adcentarse, pero no a aceptar todas las reglas del juego que pretendan las social-democracias. El precio que se paga es alto, pues todo eso no sirve solamente para el capitalismo, sino también para la criminalidad organizada.

---

<sup>24</sup> No quiero con ello decir que el ahorro “opaco” sea también una actividad de “capitalistas”; pero el ofrecimiento de ahorro opaco sí es algo que proporciona el capitalismo.