

BLANQUEO DE CAPITALES Y RETRIBUCIÓN DEL ABOGADO

El pago de honorarios con cargo al patrimonio presuntamente criminal

(Publicado en La Ley Penal. ISSN 1697- 5758, Nº 53, año 2008)

Por JOSE ANTONIO CHOCLAN MONTALVO
Abogado
Magistrado excedente
Doctor en Derecho

I

Tratamos en este breve artículo de analizar la cuestión de cómo garantiza el sistema el cobro de los honorarios por el Abogado designado libremente por el imputado de un delito del blanqueo de capitales. Son las presentes unas breves reflexiones a partir de una situación contrastada en la práctica forense, sin pretensión alguna de agotar el problema dogmático, ya analizado en España por varios autores a partir sobre todo de varias resoluciones de los Tribunales alemanes, y más particularmente de la Sentencia del Tribunal Constitucional Alemán de 30 de marzo de 2004, y de las previas resoluciones del OLG de Hamburgo, auto de 6 de enero de 2000, y del BGH de 4 de julio de 2001 ¹.

Limitamos nuestro análisis al pago de honorarios debidos por la defensa penal del cliente imputado por un delito de blanqueo de capitales, quedando al margen el pago de otras labores de asesoramiento extraprocesales.

¹ Sobre ello, RAGUÉS I VALLÉS, R., "Blanqueo de capitales y negocios *standard*", en SILVA-SÁNCHEZ, J.M., *¿Libertad económica o fraudes punibles?*, Madrid, 2003, pgs. 132 y ss. BLANCO CORDERO, I, "Cobro de honorarios de origen delictivo y responsabilidad penal del abogado por delito de blanqueo de capitales. La situación en Alemania tras la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 30 de marzo de 2004", *Revista de la Facultad de Derecho de Orense*, 2005. PEREZ MANZANO, M, "Los derechos fundamentales al ejercicio de la profesión de abogado, a la libre elección de abogado y a la defensa y las conductas neutrales. La Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 30 de marzo de 2004", en *LH a Rodríguez Mourullo*, Madrid, 2005, pg. 789 y ss. Existen muchos otros trabajos relevantes que abordan esta materia, cuya omisión debe disculparse por las limitaciones de estas reflexiones.

Debemos distinguir dos situaciones en nuestro análisis: a) Cobro del cliente imputado de un delito de blanqueo de capitales. B) Cobro de los honorarios con cargo al patrimonio intervenido en el proceso.

II

El artículo 301.1º del Código Penal tipifica la acción de adquirir bienes, *sabiendo* que éstos tienen su origen en un delito. Esta acción puede realizarla cualquiera, también, en consecuencia, el Abogado. De acuerdo con la descripción típica, en principio el Abogado no podrá obtener la retribución de sus servicios profesionales adquiriendo bienes de los que conoce *seguro* su origen ilícito. Sin embargo la tipicidad de este comportamiento no es en absoluto asunto pacífico, pues a buen seguro no bastará para entender realizado el tipo penal con adquirir a sabiendas bienes de origen delictivo, en cuanto el delito de blanqueo de capitales contiene exigencias adicionales del tipo más allá de la mera adquisición del bien.

El único supuesto no dudoso que estaría comprendido en el ámbito de la prohibición penal es aquél del Abogado que simula la facturación de honorarios como medio para encubrir el origen ilícito de los bienes, constituyéndose en un instrumento más para el lavado de dinero, de acuerdo con el plan del autor, en cuyo caso habrá contribuido decisivamente con su aporte a consolidar la situación patrimonial ilícita.

En el otro extremo, en los casos en que El abogado, sin tener conocimientos especiales sobre el origen de los fondos, no sabe seguro o le falta la certeza sobre su procedencia, aunque por razón de los delitos imputados o su trayectoria delictiva surja la sospecha fundada de que los honorarios se satisfarán con dinero que procede de la previa actividad delictiva, el cobro de los honorarios no puede integrar el tipo penal, debiendo prevalecer en este caso el ejercicio de determinados derechos fundamentales, señaladamente el derecho a la defensa, el derecho del cliente a la libre elección de Abogado, e incluso, el libre ejercicio de la profesión de Abogado. Algunas legislaciones han resuelto el problema estableciendo determinados límites cuantitativos, prohibiendo transacciones económicas de determinado importe cuando los bienes se presumen de origen ilícito, asumiendo por debajo de esos límites el riesgo de realización del tipo; otras, autorizando expresamente la transacción económica cuando tiene por objeto asegurar la defensa técnica. A falta en nuestro ordenamiento de soluciones legales específicas a este problema debe acudir a las reglas generales de la imputación delictiva y al principio de ponderación de intereses cuando se produce el conflicto entre distintos bienes, intereses o derechos.

Podemos concluir que si bien puede dudarse que el derecho a la libre elección de Abogado o el ejercicio libre de la profesión comprenda el derecho al cobro con bienes que se sabe proceden de un delito, no hay razón para excluir la prevalencia de estos derechos cuando no se sabe seguro cuál es la procedencia del dinero. No sería asumible el sacrificio de los derechos fundamentales a la libre elección de abogado, a la defensa, y al ejercicio libre de la abogacía, disuadiendo a los abogados de aceptar la defensa del cliente, cuando no hay certeza de que los honorarios se satisfacen con dinero ilícito. Cuando existe o no esa seguridad dependerá de las circunstancias de cada caso. A falta de conocimientos especiales, cuando el cobro de honorarios se sitúa en los estándares normales en su cuantía y forma de realizar la transacción económica, cuando se ha realizado un examen cuidadoso de la situación por parte del abogado, no hay motivo para que el Abogado renuncie a asumir la defensa y al pago de sus honorarios. En estos casos es tolerado el riesgo de realización del tipo, no constituye un riesgo jurídicamente desaprobado el cobro de los honorarios, pues debe favorecerse la asunción de la defensa, ante la duda (*in dubio pro defensa*), como actividad necesaria para el adecuado funcionamiento del proceso penal y para garantizar el derecho a la defensa técnica del imputado. En estos casos la exclusión de la tipicidad procede ya con los criterios generales de la teoría del riesgo permitido y de la imputación objetiva. Es soportado socialmente el riesgo de cobrar con dinero de origen ilícito cuando con ello se favorece el ejercicio de determinados derechos fundamentales, y en ese caso queda excluida toda posible responsabilidad del abogado en cuanto no es posible apreciar infracción normativa alguna.

En consecuencia, excluidos los casos en los que el Abogado participa en la realización del tipo contribuyendo a consolidar la situación patrimonial ilícita (en los que la acción es inequívocamente típica), y los supuestos en los que no se sabe con certeza cuál es el origen de los fondos (en cuyo caso queda excluida la tipicidad, prevaleciendo los derechos a la libre elección de abogado y ejercicio libre de la profesión), el debate gira en torno a la adecuación al tipo penal – como delito de blanqueo de capitales – de los casos en los que el Abogado sabe *seguro* que sus honorarios son retribuidos con dinero que procede de la actividad delictiva. Para estos casos, las propuestas de la doctrina más moderna se dirigen incluso a excluir la tipicidad de este comportamiento en el plano objetivo, al margen de los componentes subjetivos de la acción, con fundamento en la doctrina de los actos neutrales. Sin embargo, difícilmente podrá prescindirse de los conocimientos especiales del Abogado en el juicio de adecuación inherente al análisis de la imputación objetiva, y aquellos conocimientos especiales pueden determinar que el acto deje de ser neutral. Con la doctrina de los actos neutrales, como manifestación de la teoría de la imputación objetiva, se quiere significar que quedan extramuros del derecho penal aquellos comportamientos cotidianos que no representan por sí solos peligro de realización de un tipo penal. El

acto aisladamente considerado es valorativamente neutro, pero puede adquirir relevancia penal si es insertado en un contexto delictivo. La STS 34/2007, de 1 de febrero, ha considerado que un acto deja de ser neutral para convertirse en participación delictiva cuando se han superado los límites del papel social profesional, cuando la acción no es profesionalmente adecuada. Así planteado el problema, la neutralidad de la acción es un criterio todavía insuficiente, porque es claro que determinados actos neutrales pueden resultar típicos cuando se insertan en un contexto delictivo. De este modo, las restricciones al tipo deberán obtenerse por razones relativas al fin de protección de la norma penal del blanqueo de capitales.

Si atendiéramos solo al tenor literal del tipo sería inequívoca la relevancia típica del pago del servicio profesional del Abogado en los casos en que conoce el origen delictivo del dinero, pues en ese caso, el Abogado adquiere un bien de origen ilícito, y el imputado lo habrá transformado en un bien lícito, adquiriendo en su lugar servicios de un Abogado, evaluables económicamente. Por ello, probablemente la exclusión de la responsabilidad del Abogado que conoce con seguridad que los bienes con los que se le paga derivan de una actividad delictiva, no pueda obtenerse en el ámbito de la tipicidad (1) ni por la aplicación de la teoría de los actos neutrales, pues si se conoce el origen delictivo el cobro ya no es valorativamente neutro ni probablemente pueda considerarse adecuado profesionalmente, (2) ni por la prevalencia de determinados derechos fundamentales como el de la libre elección de abogado o el derecho de defensa, pues ni tiene derecho el imputado a pagar con fondos ilícitos para garantizarse la defensa, ni el abogado a cobrar honorarios de aquellos fondos para ejercer libremente la profesión (y a lo sumo se excluiría la antijuridicidad por concurrir alguna causa de justificación, pero no la adecuación al tipo).

De acuerdo con ello, la cuestión es si se completan las exigencias del tipo penal por la mera adquisición del bien conociendo su origen, o si adicionalmente requiere el tipo penal que la adquisición se dirija a ocultar o favorecer la consolidación de la situación patrimonial ilícita obtenida por el autor, de modo que no puede considerarse objetivamente típica la entrega del dinero a cambio de servicios profesionales, lo que constituiría un mero acto de consumo atípico² que no puede adquirir el sentido de ocultación del origen del dinero ni la finalidad de consolidar una situación patrimonial ilícita fuera de aquellos supuestos de contribución voluntaria mediante la simulación. De este modo, el cobro de honorarios, al margen del origen del dinero y de los conocimientos de abogado, no es punible cuando se limita a retribuir los servicios prestados, y sólo es punible cuando la adquisición a sabiendas constituye un acto de encubrimiento o de favorecimiento real, quedando al margen del tipo penal todos

² En este sentido, RAGUÉS, ob. cit.

aquellos comportamientos que no contribuyen a consolidar una situación patrimonial ilícita del autor del delito previo.

Por tanto, fuera de los casos en los que el cobro de honorarios tiene un sentido objetivamente delictivo (como ha dicho la jurisprudencia en la citada STS 34/2007) en cuanto la conducta del Abogado se inserta en un contexto delictivo, contribuyendo a consolidar la situación patrimonial ilícita, no puede considerarse conducta de blanqueo el cobro de honorarios por el Letrado incluso cuando tiene la seguridad de su procedencia ilícita. Ya hemos excluido más arriba la relevancia penal del comportamiento cuando no se tiene la seguridad de su procedencia. Tampoco podría reprocharse al Abogado una participación a título lucrativo, pues el dinero adquirido retribuye la prestación de un servicio efectivo, de modo que no puede apreciarse un injusto beneficio.

Como conclusión, de este primer apartado, podemos sostener con cierta seguridad que el cobro de honorarios del cliente por parte del Abogado que le defiende en el proceso penal y que no sabe con seguridad que el origen del dinero procede de un delito, no realiza objetivamente el tipo penal del blanqueo de capitales; por el contrario, sí lo realiza la acción del Abogado que factura honorarios en los casos de simulación o de participación voluntaria en el plan del autor erigiéndose en fiduciario del cliente como un eslabón más de la cadena de lavado de dinero. En los demás casos, determinar cuando el percibo de honorarios es un mero acto neutral, profesionalmente adecuado, y cuando deja de serlo para adquirir sentido delictivo dependerá de las circunstancias de cada caso. También de lo que entendamos por acto neutral y si para determinar lo que es valorativamente neutro deben tomarse en consideración o no los conocimientos especiales de quien lo realiza. Y en todo caso, de la determinación del alcance de la norma penal en función de su fin de protección. Cuestiones todas ellas sobre las que no puede profundizarse más en estas breves reflexiones.

III

Nos referimos ahora al diferente problema del cobro con cargo al patrimonio intervenido en el proceso, cuando se han adoptado medidas cautelares de carácter real que privan al imputado de toda posibilidad de liquidez.

El abogado desarrolla la función constitucional de defensa, y constituye obligación de los poderes públicos, también de Jueces y Tribunales, el garantizar al justiciable que

pueda defender sus pretensiones de modo real y efectivo (art. 9.2 CE), permitirle la defensa y asistencia de abogado en los términos establecidos en la Constitución y las leyes (art. 546.1 LOPJ). El abogado participa de la función pública de la Administración de Justicia, mediante el ejercicio libre de la profesión sin más limitaciones que las establecidas en la Constitución y las leyes, y por las normas éticas y deontológicas (art. 33.2 del Estatuto General de la Abogacía Española).

Con frecuencia, en el actual modelo de proceso agresivo, de expansión del poder de intervención del Estado y correlativo sacrificio de la libertad del individuo, que se está progresivamente implantando en nuestra práctica forense cuando se trata de la investigación de determinados ilícitos, entre los que ocupa papel destacado el delito de blanqueo de capitales, y en el que se aprecia una importante involución en el sistema de garantías de los inculpados³, el Juez de Instrucción, desde el primer momento, embarga e interviene con carácter cautelar la totalidad del patrimonio del imputado (todo, y a veces también el de sus familiares más próximos), privándole de la posibilidad de atender las más elementales necesidades cotidianas, y desde luego, de disponer de cantidad alguna para el pago de honorarios, a pesar de que la Constitución garantiza el derecho a designar libremente el Abogado y de que la defensa sea preceptiva. Resulta bastante alarmante comprobar cómo el Juez de Instrucción, en estos casos, permanece indiferente ante esta situación, presumiendo, contra reo, que si ha elegido libremente a un Abogado es porque dispone de rentas ocultas con las que satisfacer sus honorarios (en una ocasión un Juez resolvió no pagar el colegio de los hijos del imputado porque había elegido un abogado de prestigio y presumía el Juez que el imputado disponía de rentas ocultas— es un caso real-). De este modo se impone al cliente la carga de buscar bienes no sujetos a la intervención judicial, y al Abogado el cobro de sus honorarios de terceros o con bienes ocultos, o, con mucha frecuencia, sencillamente no cobrar.

Resulta paradójico que suele autorizarse con cargo a los bienes intervenidos el pago de impuestos, satisfaciendo los créditos a favor de la Hacienda Pública, el pago de las hipotecas (no solo del capital, también los intereses), y siempre la retribución de los

³ Tenemos ejemplos muy recientes en la práctica, en los que se abusa de la detención y del instituto de la prisión preventiva, se ponen en práctica técnicas de interrogatorio coactivas, se generaliza el recurso a la intervención telefónica como medio de investigación inquisitiva (incluso para delitos menos graves), se practican entradas y registros en domicilio con rigor -y espectáculo- innecesarios, sustituyéndose el rol del Juez como garante de derechos por el del Juez investigador enemigo del reo, y lo que es peor, con cierta aceptación social, con proyección a una masa de ciudadanos que contempla expectante de forma acrítica este escenario, sin reflexionar seriamente sobre el abandono inaceptable de los principios del proceso penal liberal y la extraordinaria regresión en el sistema de garantías procesales.

honorarios profesionales del administrador judicial o de los Interventores, en ocasiones elevados, cuando han sido designados por el Juzgado. Sin embargo, el Abogado es postergado, es visto como un enemigo del proceso, como una continuidad del cliente imputado.

Este escenario colisiona gravemente con varios derechos fundamentales, el derecho a la defensa, a un proceso con todas las garantías, y a la libre elección de Abogado. De acuerdo con las consideraciones realizadas en anterior apartado, es soportable socialmente el riesgo de que el pago de los honorarios sea satisfecho con bienes de origen ilícito (existe riesgo pero no certeza) porque se considera prevalente favorecer el ejercicio de determinados derechos fundamentales. El Juez que ha adoptado una medida cautelar de carácter patrimonial, no debe restringir el ámbito del riesgo permitido socialmente hasta el punto de no permitir riesgo alguno a costa de sacrificar en caso de duda el derecho a la asistencia letrada. No hay razón para que el Juez de Instrucción opte en todo caso *pro societate* en detrimento del ejercicio de defensa. Ese celo en la tutela de la sociedad, del aseguramiento del proceso, puede representar una medida cautelar desproporcionada.

La injerencia en el ámbito privado que supone la adopción de una medida cautelar extrema como la intervención de todo el patrimonio del inculpado debe ser compatible con la adecuada protección del procesado o imputado y con el respecto de sus derechos constitucionales. Pues, la presunción de inocencia, no solo es un derecho relativo a la carga de la prueba, una regla de juicio conforme a la cual únicamente es posible dictar una condena tras un plenario contradictorio y con base en prueba inequívoca de cargo, sino que también es una actitud de los Tribunales para con el imputado, una regla que impone un *tratamiento como inocente*, mientras no sea declarado culpable, de modo que sus derechos fundamentales únicamente admiten restricciones cuando el fin sea constitucionalmente legítimo y en todo caso con criterios estrictos de proporcionalidad.

Así, el problema planteado nos sitúa de nuevo en la doctrina de la ponderación, de modo, que la medida cautelar debe ser compatible con el derecho de defensa. Y rara vez encontramos en las decisiones del Juez instructor juicio alguno de ponderación entre la necesidad de garantizar el proceso mediante el embargo del patrimonio de origen presuntamente ilícito y la no menos importante necesidad de arbitrar el pago de los honorarios del Abogado. Sin más se sacrifica el derecho de defensa denegando el pago de los honorarios con cargo a los bienes incautados.

Sin embargo, no hay razón para sustraer esta materia al adecuado control de proporcionalidad y la resolución ponderada de la colisión de los derechos en conflicto.

Siendo cierto que el derecho de defensa no es ilimitado, tampoco es admisible su pleno sacrificio, debiendo garantizarse al imputado la libre elección de Abogado de su confianza. El derecho de defensa es garantía esencial del proceso justo y es deber de los Tribunales (art. 24 CE y 5 LOPJ) asegurar todas las garantías necesarias para la defensa. Si el Juez no arbitra medidas para que la satisfacción de los honorarios del Letrado sea posible, no se habrá garantizado adecuadamente el derecho fundamental de todo inculcado a ser asistido por un defensor de su elección (Art. 6.3. c) CEDH, art. 24 CE, 545 LOPJ) y se habrían impuesto condiciones muy restrictivas para favorecer el ejercicio de esos derechos que no pueden obtener respaldo constitucional.

El Juez de Instrucción en raras ocasiones tendrá la certeza o seguridad sobre la procedencia ilícita de los fondos intervenidos. La provisionalidad de su juicio anticipado debe ser tenida en cuenta al realizar la adecuada ponderación. En el juicio de ponderación podrá el Juez establecer limitaciones a los honorarios en función de estándares objetivos, de los criterios objetivos establecidos por los Colegios de Abogados, pero lo que no debe disponer el Juez de Instrucción es, sin más, la negación del pago de los honorarios al Abogado libremente designado, o imponer al inculcado un Abogado de oficio. Del mismo modo que hemos reflexionado en anterior apartado, se trataría de permitir al Abogado el cobro de sus honorarios como un acto meramente neutral, socialmente adecuado, sin consideraciones sobre el posible origen ilícito de los fondos, pues en estos casos el legislador habría excluido (más bien, permitido) el riesgo de participación en un blanqueo de capitales, dando prevalencia al ejercicio de los derechos fundamentales. Limitar el derecho en todo caso con base en una simple presunción de ilicitud puede determinar que la medida sea desproporcionada.

En este sentido, por ejemplo, en los Estados Unidos, la Sección 1957 del US Code considera impunes “las transacciones necesarias para preservar el derecho de defensa técnica garantizado por la Sexta enmienda de la Constitución”.

Ciertamente puede considerarse que una cosa es la libertad de elección del Abogado y otra garantizar el pago de sus honorarios. Y podría considerarse también que el derecho a la libre elección de Abogado presupone capacidad económica y que no la tiene quien ha formado un patrimonio de origen delictivo. Ahora bien, cuando el Juez incauta todo el patrimonio del inculcado sobre la base de su posible origen delictivo le priva materialmente del derecho a elegir letrado de confianza, y por ello ya en la misma decisión de embargo debe sopesar cuidadosamente las razones que tiene para considerar que todo el patrimonio es presuntamente criminal. En todo caso, el Abogado con su asistencia realiza una actividad profesional, especializada, la postulación de justicia es un trabajo retribuido, y la imposibilidad del pago de honorarios debido a una

medida cautelar del Juez de Instrucción supone de hecho sacrificar el derecho a la libre elección, que no puede ser confundido, obviamente, con la facultad de que el inculpado designe un Abogado amable que le asista gratuitamente. El derecho a la libre elección de Abogado es el derecho de designar un Abogado de confianza y a su cargo, y el bloqueo de toda posibilidad de sufragar los honorarios del Letrado, convirtiendo al justiciable solvente en pobre por virtud de la medida cautelar, supone un sacrificio desproporcionado del derecho. Pues en no pocas ocasiones no ha precedido a la medida cautelar un examen exhaustivo de la situación patrimonial, y en no pocas ocasiones también se embargan bienes que con seguridad tienen un origen lícito y conocido.

Pues una cosa es la confiscación del patrimonio criminal y su posible aseguramiento, y otra la realización de un embargo sobre bienes de valor equivalente pero de origen conocido y lícito, o sobre cualesquiera bienes del imputado, no ya para garantizar el comiso, sino cualquier responsabilidad pecuniaria. No suele distinguirse en la práctica, y, sin embargo, el pretexto para no autorizar pagos es con frecuencia el posible origen delictivo de los bienes. Se intervienen a menudo todos los bienes del imputado, incluso para asegurar responsabilidades pecuniarias distintas de la confiscación del patrimonio criminal, de modo que cuando se deniega el pago de honorarios en realidad el motivo no es la posible legitimación de capitales ilícitos sino la merma de aseguramiento de responsabilidades pecuniarias de toda índole, incluso el pago de las multas penales, de modo que de *facto* se estaría alterando el orden legal establecido en el art. 126 del Código penal.

Y es en estos términos como debe abordarse el problema: ¿Puede el Juez de Instrucción adoptar una medida cautelar tal que suponga colocar en una situación de insolvencia al inculpado presunto inocente hasta el punto de que no pueda pagar a su Abogado de confianza? ¿Se respetaría en ese caso la regla de tratamiento que impone el derecho a la presunción de inocencia? ¿Sería constitucionalmente proporcionado el sacrificio del derecho a la libre elección de un Abogado a su cargo? ¿Es proporcionada una medida cautelar real que convierta en pobre al inculpado – que no lo era antes de la intervención judicial- imponiéndole la demanda de justicia gratuita? Únicamente sería esta una decisión legítima si la solvencia del imputado se debiera única y exclusivamente a la disposición de bienes de origen delictivo, pues en este caso, no tendría capacidad económica alguna, no la habría tenido nunca porque no pudo constituir un derecho de propiedad sobre bienes de ilícita procedencia, y en ese caso no podría entonces disponer legítimamente el imputado de bienes ajenos. Lo que ocurre es que la confiscación requiere la previa declaración de culpabilidad, y no cabe una confiscación anticipada. Sin embargo, si la medida cautelar comprende otros bienes de origen lícito o conocido, incluso las ganancias lícitas que proceden de una

fuente ilícita, en ningún caso puede prevalecer el embargo con fines de asegurar el resultado del proceso sobre el derecho fundamental a la libre elección del Abogado, pues si así fuere la medida cautelar sería una medida desproporcionada, contraria a Derecho.

No resultará muy difícil dispensar al Abogado la misma preferencia de cobro que al administrador judicial, por ejemplo, o a la Hacienda pública. ¿De donde cobra el administrador judicial, por ejemplo? ¿Es que acaso las retribuciones que se satisfacen por el Juzgado no lo son con cargo a bienes incautados de origen presuntamente ilícito? Si la designación de un administrador, o el pago de las hipotecas, son acciones necesarias para la propia conservación del patrimonio en garantía del propio inculpado o de terceros interesados, no debería ser menos la necesidad de favorecer la designación del profesional que ha de defender no solo sus bienes materiales sino sobre todo su libertad personal tratando de evitar una declaración de culpabilidad o demostrar su inocencia.

En consecuencia, el Juez de Instrucción que adopta como medida cautelar el embargo del patrimonio universal del inculpado, y no solo de bienes concretos de origen delictivo conocido, debe garantizar una partida determinada para el pago de los honorarios del Abogado, debe autorizar las transacciones económicas necesarias para garantizar la defensa técnica, pues en otro caso la medida cautelar sería desproporcionada al sacrificar en todo caso sin la adecuada ponderación el derecho de defensa y a la libre designación de Abogado. Este profesional debería percibir sus honorarios con preferencia a otros acreedores, incluida la Hacienda Pública, o incluso el administrador judicial. La tutela cautelar no puede ser de tal magnitud que prive al inculpado de los medios necesarios para garantizar la asistencia técnica del Abogado de libre elección; la medida cautelar no puede consistir en dejar al inculpado en absoluta situación de insolvencia, pues el pobre es el que carece de medios económicos, y si el patrimonio tiene un origen ilícito el inculpado se convertirá en pobre cuando se decreta el comiso de los bienes, porque entonces no habrá adquirido patrimonio alguno; pero, mientras no se destruya su presunción de inocencia, no cabe mantener a toda costa la presunción de ilicitud de los bienes, privando de cualquier posible disposición sobre los mismos.

La autorización o no para disponer de ellos es una resolución que debe ponderar convenientemente las situaciones de conflicto de intereses contrapuestos, pero no negarse automáticamente, como se hace en la práctica, con el único argumento de la posible ilicitud de origen de los bienes intervenidos. Al menos, deben autorizarse las transacciones económicas necesarias para el cumplimiento de deberes legales (como el cumplimiento de los deberes legales de asistencia a la familia, por ejemplo) o para la

realización de los derechos fundamentales, pues en estos casos, la satisfacción de deberes legales o constitucionales impiden valorar el cumplimiento de las obligaciones económicas derivadas como actos de aprovechamiento del patrimonio ilícito.

Impedir el pago de honorarios restringe el derecho a la elección de abogado y en consecuencia al derecho de defensa, y, en la medida en que la situación puede conducir a la designación de un Abogado de oficio, imponiendo al imputado la sujeción a los beneficios de la justicia gratuita y a los Abogados del turno de oficio, supone también una injerencia del poder público en el ejercicio libre de la profesión de Abogado. Por tanto, el problema adquiere una indudable dimensión constitucional, y únicamente desde el prisma de los principios de proporcionalidad y necesidad puede encontrarse una solución satisfactoria al problema, teniendo en cuenta que la negativa al pago de los honorarios con la finalidad de asegurar un eventual comiso del patrimonio criminal, y mucho más cuando trata de asegurar otras responsabilidades pecuniarias, puede resultar una medida desproporcionada en cuanto incide negativamente en una institución básica del proceso penal. Insistimos en que paradójicamente este debate no tiene lugar en la práctica para retribuir a terceros, incluido el administrador judicial, o incluso acreedores del imputado, haciendo de peor condición al Abogado a pesar de que en este caso se ven afectados derechos fundamentales y garantías básicas del proceso.

Por ello, la solicitud del Abogado defensor, dirigida al Juez de Instrucción, interesando que se liberen los bienes suficientes con los que poder sufragar el pago de honorarios, que se autoricen las transacciones económicas necesarias para garantizar la defensa técnica elegida por el imputado, constituye una pretensión legítima que debe ser autorizada por el Juez cuando: a) no se tenga la certeza del origen ilícito de los fondos; b) en todo caso, cuando los bienes embargados tengan un origen conocidamente lícito; y c) siempre que los honorarios sean adecuados en su cuantía a los parámetros habituales en función de los servicios prestados. La negativa del Juez a autorizar el pago debe adoptarse en una resolución motivada que exteriorice el resultado del juicio de ponderación realizado en cada caso. No basta con argüir genéricamente la presunción de ilicitud del patrimonio intervenido sin más consideraciones, ni la necesidad de garantizar las responsabilidades pecuniarias que puedan declararse en el futuro; debe explicar por qué razón debe prevalecer el aseguramiento del proceso frente al ejercicio de los derechos fundamentales implicados; por qué considera que todo el patrimonio intervenido tiene un origen ilícito y por qué conjura en ese caso totalmente el riesgo (socialmente permitido en otras circunstancias) de que el Abogado cobre de fondos de origen ilícito; y también deberá explicar por qué son autorizados otros pagos con cargo al patrimonio intervenido, en virtud de qué principio superior y preferente al cobro de honorarios por el Abogado.

