

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL

SR. M. POIARES MADURO

presentadas el 14 de diciembre de 2006¹

1. ¿Es conforme con el Derecho comunitario y con los principios fundamentales que éste protege, imponer a los abogados, tal y como prevé la Directiva 2001/97/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de diciembre de 2001, por la que se modifica la Directiva 91/308/CEE del Consejo relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales (DO L 344, p. 76), la obligación de informar a las autoridades competentes de cualquier hecho que conozcan que pudiera ser indicio de blanqueo de capitales? La cuestión planteada en este asunto debería llevar al Tribunal de Justicia a analizar uno de los valores fundamentales de los Estados de Derecho que forman la Unión Europea, el secreto profesional del abogado.² Aunque este valor resulta incontestable, el régimen jurídico de su protección continúa siendo incierto y controvertido. ¿Cuál es el fundamento para otorgarle esta protección? ¿Son admisibles las excepciones al mismo y en qué condiciones? ¿Según qué criterio puede distinguirse en la práctica lo que forma parte del secreto de lo que no lo hace?

2. El Tribunal de Justicia no es el primero al que se le plantean estas cuestiones. Algunos órganos jurisdiccionales nacionales de dentro y de fuera de la Unión Europea tuvieron que enfrentarse a problemas semejantes.³ Además, el Tribunal de Justicia podrá apoyarse útilmente en algunos de sus precedentes. En su jurisprudencia ya ha consagrado el principio de confidencialidad de la correspondencia intercambiada entre el abogado y su cliente⁴ y reconocido la especificidad de la profesión de abogado y las reglas a las que obedece.⁵

I. Contexto del asunto

3. Para comprender bien los puntos esenciales de este asunto, me parece útil, con

1 — Lengua original: portugués.

2 — La protección del secreto profesional está expresamente recogida en el artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, cuyo tenor consagra «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 y comercial».

3 — Cito así, por ejemplo, la resolución de la Cour suprême de Colombie britannique (Canadá) de 20 de noviembre de 2001. Debiendo pronunciarse sobre si los asesores jurídicos debían quedar exentos de la obligación de declarar determinadas operaciones financieras sospechosas al Centre d'analyse des opérations et des déclarations financières du Canada, consideró útil hacer referencia a las disposiciones de la Directiva 2001/97, que entonces se encontraba en la fase final para su adopción.

4 — Sentencia de 18 de mayo de 1982, AM & S (155/79, Rec. p. 1575). Véase, sobre este tema, el estudio de Vesterdorf, B., «Legal Professional Privilege and the Privilege Against Self-Incrimination in EC Law: Recent Developments and Currents Issues», en *Fordham International Law Journal*, 2005, p. 1179.

5 — Sentencia de 19 de febrero de 2002, Wouters y otros (C-309/99, Rec. p. I-1577).

carácter preliminar, reconstruir la génesis de la disposición controvertida y las condiciones en las que suscitó oposición.

A. *El contexto comunitario*

4. Se cree que el término «blanqueo» tiene su origen en una práctica que se desarrolló en los Estados Unidos de América, consistente en que la delincuencia organizada adquiría lavanderías automáticas y empresas de lavado de automóviles con el fin de mezclar los ingresos procedentes del contrabando de alcohol en la época de su prohibición con los beneficios legalmente obtenidos. Si bien este origen es discutible, el sentido del término no ofrece ninguna duda. El blanqueo de capitales designa un conjunto de actuaciones cuyo objeto es conferir una apariencia legal a recursos de origen delictivo.

5. Fenómeno que acompaña la liberalización de los intercambios económicos mundiales y que incluso se beneficia de ella, el blanqueo exige un combate en proporción con su expansión, en forma de cooperación internacional.⁶ El Consejo de Europa adoptó en

1980 una recomendación sobre medidas contra la transferencia y la conservación de fondos de origen criminal.⁷ Aunque sólo tiene carácter exhortativo, este texto tuvo el mérito de lanzar el movimiento de lucha internacional contra el blanqueo de capitales. El 19 de diciembre de 1988 se adoptó en Viena la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas.⁸ En esta Convención, el blanqueo de capitales fue declarado infracción penal y se establecieron sanciones. En 1990, el Consejo de Europa adoptó el Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito.⁹ Este Convenio, profundizando en la cooperación a escala regional, tuvo el efecto de ampliar la definición del concepto de blanqueo y de obligar a los Estados signatarios a adoptar medidas represivas. En la misma época se constituyó el Grupo de Acción Financiera sobre el Blanqueo de Capitales (en lo sucesivo, «GAFI»), organismo internacional creado por iniciativa del G7 en París en 1989, con el objetivo de elaborar y promover estrategias de lucha contra este azote. A partir de 1990, el GAFI publicó una serie de 40 recomendaciones destinadas a servir de base a la lucha coordinada a escala internacional.¹⁰

6. En este contexto normativo, ya relativamente denso, la Comunidad Europea tomó su iniciativa de actuación. Para ella no sólo se

6 — Véase, en este sentido, el quinto considerando de la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo (DO L 309, p. 15).

7 — Consejo de Europa, Recomendación n.º R (80) 10 sobre medidas contra la transferencia y la conservación de fondos de origen criminal, adoptada el 27 de junio de 1980.

8 — Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, adoptada por la Conferencia en su 6ª sesión plenaria, el 19 de diciembre de 1988.

9 — Consejo de Europa, Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito, adoptado en Estrasburgo el 8 de noviembre de 1990.

10 — GAFI, *Les Quarante Recommandations*, 1990, revisadas en 1996 y en 2003.

trataba de participar en este movimiento de lucha internacional, sino también de proteger la integridad del mercado único europeo.¹¹ Así, se adoptó la Directiva 91/308/CEE del Consejo, de 10 de junio de 1991, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales (DO L 166, p. 77), en la que el legislador comunitario establece el principio de prohibición del blanqueo de capitales en la Comunidad y exige que los Estados miembros establezcan un régimen de obligaciones de identificación, información y prevención para las operaciones sospechosas, dirigido a las entidades de crédito y a las instituciones financieras.

7. La disposición controvertida en el presente asunto es producto de una modificación introducida en la Directiva 91/308. En efecto, la Directiva 2001/97 surgió de la voluntad del legislador comunitario de actualizar la Directiva 91/308 tomando en consideración las conclusiones de la Comisión y los deseos expresados por el Parlamento Europeo y los Estados miembros y, a la luz de la experiencia acumulada durante los primeros años de su aplicación, extender su cobertura a nuevos ámbitos y a nuevas actividades. De ahí surgió, en particular, la ampliación del ámbito de aplicación de la obligación de informar a las autoridades competentes de las posibles sospechas en materia de blanqueo de capitales, prevista en el artículo 6 de la Directiva 91/308, a los

«notarios y otros profesionales independientes del Derecho» en el ejercicio de algunas de sus actividades.

8. Esta ampliación, que constituye el núcleo del presente asunto, fue fruto de una larga reflexión desarrollada en diferentes instancias. En 1996, el GAFI, en la revisión de sus recomendaciones, pidió a las autoridades nacionales que extendieran el ámbito de aplicación de las medidas de lucha contra el blanqueo a las actividades financieras realizadas por las profesiones no financieras. En 2001, el GAFI reiteró que teniendo en cuenta que «los delincuentes recurren cada vez en mayor medida a profesionales y a otros intermediarios para pedir asesoramiento u otro tipo de asistencia con el fin de blanquear fondos de origen delictivo», considera que «el ámbito de aplicación de las cuarenta Recomendaciones debe ampliarse para dar cabida a siete categorías de actividades y de profesiones no financieras», entre las cuales «los abogados y los notarios».¹²

9. Una recomendación como ésta no podía quedar al margen del marco comunitario. La propia Directiva 91/308 preveía en su artículo 12 que «Los Estados miembros velarán para hacer extensivas, total o parcialmente, las disposiciones de la presente Directiva a aquellas profesiones y categorías de empresas que no sean entidades de

11 — Véanse las conclusiones del Abogado General Saggio en el asunto Comisión/Austria que dio lugar al auto del Presidente del Tribunal de Justicia de 29 de septiembre de 2000 (C-290/98, Rec. p. I-7835), punto 3.

12 — GAFI, *Rapport Annuel 2000-2001*, de 22 de junio de 2001, p. 17 y 19.

crédito o instituciones financieras contempladas en el artículo 1 y que ejerzan actividades particularmente susceptibles de ser utilizadas para blanqueo de capitales». Además, en virtud de su artículo 13, se creó ante la Comisión un Comité de contacto, que tenía por misión, en particular, «examinar la conveniencia de incluir una profesión o una categoría de empresas dentro del ámbito de aplicación del artículo 12 cuando se compruebe que en un Estado miembro esta profesión o categoría de empresas haya sido utilizada para el blanqueo de capitales».

notarios, contables, abogados, asesores fiscales y auditores, con vistas a

- la aplicación total o parcial de las disposiciones de la misma o, en caso necesario,
- la aplicación de nuevas disposiciones, habida cuenta de las circunstancias particulares de estas profesiones y especialmente de su obligación específica de observar el secreto profesional, [...]».¹⁴

10. A raíz de los primeros informes de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva, el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea defendieron la extensión de la obligación de informar, prevista en el artículo 6 de la Directiva, a otras personas y profesiones distintas de las entidades de crédito.¹³ En marzo de 1999, en su Resolución sobre el segundo informe de la Comisión, el Parlamento pidió expresamente a la Comisión que presentara una propuesta legislativa para la modificación de la Directiva de modo que previera «la inclusión en el ámbito de aplicación de la Directiva de las profesiones que pueden verse implicadas en blanqueo de capitales o ser utilizadas indebidamente para ello por los responsables del blanqueo, como agentes inmobiliarios, marchantes de arte, subastadores, casinos, agencias de cambio, transportistas de fondos,

11. Sobre esta base la Comisión presentó su propuesta de modificación de la Directiva, en julio de 1999.¹⁵ Ésta exige a los Estados miembros que velen por que las obligaciones establecidas en la presente Directiva incumban a «notarios y otros profesionales independientes del ámbito jurídico cuando asistan o representen a clientes» en el marco de un determinado número de actividades financieras y comerciales. Sin embargo, también prevé una excepción de alcance limitado: los Estados miembros no estarán obligados a imponer las obligaciones de información previstas en la Directiva a los

13 — Véase, en particular, el Plan de acción para luchar contra la delincuencia organizada (adoptado por el Consejo el 28 de abril de 1997) [DO C 251, p. 1, apartado 26, letra e)].

14 — Resolución sobre el «Segundo informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo relativo a la aplicación de la Directiva sobre blanqueo de capitales» (DO 1999, C 175, pp. 39 a 42).

15 — Propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 91/308 [COM (1999) 352 final de 14 de julio de 1999].

profesionales del ámbito jurídico «con respecto a la información que reciban de un cliente a fin de poder representar al mismo en acciones judiciales». Sin embargo, esta excepción «no comprenderá los casos en que haya motivos fundados para sospechar que se solicita asesoramiento con el fin de facilitar el blanqueo de capitales».

12. Esta propuesta fue muy debatida. La formulación finalmente adoptada es el reflejo de los términos de ese debate. En su dictamen sobre la propuesta de la Comisión, el Parlamento excluyó por completo que pudieran quedar sometidos a estas obligaciones de información los abogados o bufetes de abogados independientes, o los miembros de profesiones jurídicas reglamentadas, no sólo cuando actúan en el marco de su función de representación ante los órganos jurisdiccionales, sino también en el marco de la asesoría jurídica independiente.¹⁶ Así, este dictamen se distanciaba de la propuesta en dos aspectos: por una parte, en que transformaba la facultad de los Estados miembros de prever una excepción en obligación de establecer esta excepción, por otra parte, en que extendía el ámbito de la excepción del marco de la representación ante los órganos jurisdiccionales al marco del asesoramiento jurídico.

13. El Consejo, en su posición común de noviembre de 2000, adoptó una solución transaccional.¹⁷ Propuso la siguiente redacción para la disposición controvertida:

«Los Estados miembros no estarán obligados a imponer las obligaciones establecidas en el apartado 1 a los notarios, profesionales independientes del Derecho, auditores, contables externos y asesores fiscales, con respecto a la información que éstos reciban de uno de sus clientes u obtengan sobre él al determinar la posición jurídica en favor de su cliente o desempeñar su misión de defender o representar a dicho cliente en procesos judiciales o en relación con ellos, incluido el asesoramiento sobre la incoación o la forma de evitar un proceso, independientemente de si han recibido u obtenido dicha información antes, durante o después de tales procesos.»¹⁸

14. Aunque el establecimiento de una excepción continúa siendo una simple facultad otorgada a los Estados miembros, su ámbito de aplicación se amplía considerablemente. Según la Comisión, esta Posición no sólo sería compatible con el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, (en lo sucesivo, «CEDH») sino que también sería conforme con el espíritu de las

16 — Dictamen del Parlamento Europeo de 5 de julio de 2000 (DO 2001, C 121, p. 133).

17 — Posición común (CE) n.º 5/2001, aprobada por el Consejo el 30 de noviembre de 2000, con vistas a la adopción de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se modifica la Directiva 91/308 (DO C 36, p. 24).

18 — *Ibidem*, p. 28.

enmiendas presentadas por el Parlamento.¹⁹ Sin embargo, no fue ésta la opinión del Parlamento. En su resolución sobre la posición común adoptada por el Consejo, aunque reprodujo la formulación de la posición común sobre el ámbito de aplicación de la excepción, renovó su voluntad de transformar la facultad de establecer una excepción en disposición imperativa para los Estados miembros.²⁰

15. La Comisión adoptó una postura ambigua sobre esta cuestión.²¹ Por una parte, «dada la necesidad de asegurar la compatibilidad con el [CEDH]», reconoce que tiene «ciertas simpatías con el deseo del Parlamento de establecer la obligatoriedad de informar de la sospecha del blanqueo de capitales fundada en información obtenida por abogados y notarios al asesorar a sus clientes en procedimientos legales o a determinar su posición conforme a la ley». Pero, por otra parte, «no acepta [...], que se apliquen las mismas consideraciones de manera general en cuanto a las profesiones

no jurídicas». Por este motivo, la enmienda presentada por el Parlamento fue rechazada.

16. Dado que el Consejo decidió adoptar la misma postura que la Comisión sobre este particular, se constituyó un comité de conciliación. Ahora bien, durante la conciliación, se puso de manifiesto, en palabras del Parlamento Europeo, que «Los acontecimientos del 11 de septiembre en los Estados Unidos modificaron sustancial y radicalmente el punto de vista sobre la cuestión, dado que a partir de aquella fecha, la Directiva relativa al blanqueo de dinero se consideró en gran medida parte de la lucha contra el terrorismo».²² En este nuevo contexto, se llegó a un acuerdo que permitió la aprobación del texto por una amplia mayoría del Parlamento Europeo en tercera lectura el 13 de noviembre de 2001 y por el Consejo el 19 de noviembre de 2001.

17. El acuerdo adoptó la siguiente forma. Los nuevos artículos 2 *bis* y 6 de la Directiva 91/308, en su versión modificada por la Directiva 2001/97 (en lo sucesivo, «Directiva»), no se modificaron.

19 — Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo con arreglo al párrafo segundo del apartado 2 del artículo 251 del Tratado CE acerca de la Posición común adoptada por el Consejo con vistas a la adopción de la directiva del Parlamento Europeo y el Consejo por la que se modifica la Directiva 91/308, de 12 de enero de 2001 (SEC(2001) 12).

20 — Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 5 de abril de 2001, sobre la posición común adoptada por el Consejo [C 21 E (2002), p. 305, enmienda n° 22].

21 — Dictamen de la Comisión con arreglo a la letra c) del apartado 2 del artículo 251 del Tratado CE, sobre las enmiendas del Parlamento Europeo a la posición común del Consejo sobre la propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 91/308, de 13 de junio de 2001 [COM(2001) 330 final].

22 — Informe del Parlamento Europeo sobre el texto conjunto, aprobado por el Comité de Conciliación, de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 91/308, de 5 de noviembre de 2001 [PE-CONS 3654/2001 — C5-0496/2001 — 1999/0152(COD)].

18. Así, el artículo 2 *bis* dispone:

iii) la apertura o gestión de cuentas bancarias, cuentas de ahorros o cuentas de valores;

«Los Estados miembros velarán por que las obligaciones establecidas en la presente Directiva se impongan a las siguientes entidades e instituciones:

iv) la organización de las aportaciones necesarias para la creación, el funcionamiento o la gestión de empresas;

[...]

v) la creación, el funcionamiento o la gestión de sociedades fiduciarias, empresas o estructuras análogas;

5) notarios y otros profesionales independientes del Derecho cuando participen:

a) ya asistiendo en la concepción o realización de transacciones por cuenta de su cliente relativas a:

b) ya actuando en nombre de su cliente y por cuenta del mismo, en cualquier transacción financiera o inmobiliaria.»

i) la compraventa de bienes inmuebles o entidades comerciales;

19. Por su parte, el artículo 6 dispone:

ii) la gestión de fondos, valores u otros activos pertenecientes al cliente;

«1. Los Estados miembros velarán por que las entidades, instituciones y personas sujetas a lo dispuesto en la presente Directiva y sus directivos y empleados colaboren plena-

mente con las autoridades responsables de la lucha contra el blanqueo de capitales:

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

2. La información a que hace referencia el apartado 1 será remitida a las autoridades responsables de la lucha contra el blanqueo de capitales del Estado miembro en cuyo territorio se encuentre situada la persona, entidad o institución que facilite dicha información. En principio, se encargarán de remitir la información la persona o personas que hayan sido designadas por las entidades, instituciones y personas, de conformidad con los procedimientos contemplados en la letra a) del apartado 1 del artículo 11.

3. En el caso de los notarios y otros profesionales independientes del Derecho contemplados en el punto 5 del artículo 2 *bis*, los Estados miembros podrán designar al organismo autorregulador pertinente de la profesión de que se trate como la autoridad a la que se ha de informar acerca

de los hechos a que se refiere la letra a) del apartado 1 y, en tal caso, establecerán las formas apropiadas de cooperación entre dicho organismo y las autoridades responsables de la lucha contra el blanqueo de capitales.

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

20. Sin embargo, la conciliación llevó a que se introdujesen determinadas modificaciones en la formulación de los considerandos de la Directiva relativos al régimen aplicable a las profesiones jurídicas. El decimosexto considerando expone el principio según el cual «Los notarios y los profesionales independientes del ámbito jurídico, tal y como han sido definidos por los Estados miembros, deben estar sujetos a lo dispuesto en la Directiva cuando participen en operaciones financieras o empresariales, incluido el asesoramiento fiscal, en las que exista el

mayor riesgo de que los servicios de dichos profesionales del ámbito jurídico se empleen indebidamente a fin de blanquear el producto de actividades delictivas». Sin embargo, el considerando siguiente precisa que: «No obstante, cuando miembros independientes de profesiones legalmente reconocidas y controladas que prestan asesoramiento jurídico —como los abogados— estén determinando la situación jurídica de sus clientes o ejerciendo la representación legal de los mismos en acciones judiciales, sería improcedente imponer a dichos profesionales respecto de estas actividades, en virtud de lo dispuesto en la Directiva, la obligación de notificar sospechas de blanqueo de capitales. Es preciso que existan dispensas a la obligación de notificación de la información obtenida antes, durante o después del proceso judicial, o en el momento de la determinación de la situación jurídica de un cliente. Así pues, el asesoramiento jurídico sigue estando sujeto a la obligación de secreto profesional, salvo en caso de que el asesor letrado esté implicado en actividades de blanqueo de capitales, de que la finalidad del asesoramiento jurídico sea el blanqueo de capitales, o de que el abogado sepa que el cliente busca el asesoramiento jurídico para el blanqueo de capitales».

21. Señalo finalmente que la Directiva 91/308 fue recientemente derogada por la Directiva 2005/60. Esta Directiva reproduce, sin modificarlas, las disposiciones controvertidas en el presente asunto.²³

23 — Artículos 2 y 23, apartado 2.

B. Contexto nacional

22. Este asunto tiene su origen en dos recursos interpuestos paralelamente ante la Cour d'arbitrage (Bélgica), uno por la Ordre des barreaux francophones et germanophone (en los sucesivos, la «OBFG») y la Ordre français des avocats du barreau de Bruxelles, y el otro por la Ordre des barreaux flamands y la Ordre néerlandais des avocats de Bruxelles. Estos recursos pretenden que se declaren nulas determinadas disposiciones de la Ley de 12 de enero de 2004, por la que se modifica la Ley de 11 de enero de 1993 relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales, de la Ley de 22 de marzo de 1993 relativa al estatuto y al control de las entidades de crédito, y de la Ley de 6 de abril de 1995 relativa al estatuto de las empresas de inversión y a su control, a los intermediarios financieros y a los asesores de inversiones. El Conseil des barreaux de l'Union européenne (en lo sucesivo, «CCBE»), la Ordre des avocats du barreau de Liège y el Conseil de ministres intervinieron en apoyo de los demandantes.

23. Señalo que la Ley de 12 de enero de 2004 tiene por objeto adaptar el ordenamiento jurídico belga a la Directiva 2001/97, por la que se modifica la Directiva 91/308. También incluye un nuevo artículo 2 *ter*, cuyo tenor literal es idéntico al del artículo 2 *bis*, punto 5, de la Directiva. Además, haciendo uso de la facultad otorgada por el artículo 6, apartado 3, párrafo segundo, de la Directiva, la Ley introduce en la legislación belga un nuevo artículo 14 *bis*, apartado 3, que establece que «las personas mencionadas en el artículo 2 *ter* no comunicarán dicha información si la han recibido u obtenido a

petición de uno de sus clientes con motivo de la evaluación de la situación jurídica de ese cliente, o en el ejercicio de su misión de defensa o de representación de ese cliente en un procedimiento judicial o en relación con un procedimiento de esa naturaleza, incluidos los supuestos en que se haya obtenido en el marco del asesoramiento relativo a la forma de iniciar o de evitar un procedimiento, con independencia de que tal información sea recibida u obtenida antes, durante o después de tal procedimiento.»

24. De la resolución de remisión se desprende que lo que los demandantes reprochan a esta Ley es fundamentalmente que extienda a los abogados las obligaciones establecidas por la Ley de 11 de enero de 1993. Según los demandantes, esta ampliación infringe el principio del secreto profesional y de la independencia de los abogados, que están protegidos por los derechos reconocidos en la Constitución y en el CEDH. En su sentencia, la Cour d'arbitrage declara que, si bien el secreto profesional es un «elemento fundamental del derecho de defensa», puede renunciarse a él «cuando una necesidad obliga a ello o cuando un valor considerado superior entra en conflicto con ella», siempre que esta renuncia se justifique por un motivo imperioso y sea estrictamente proporcional.

25. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que las disposiciones controvertidas resultan de una ampliación impuesta por la adaptación del Derecho interno a la Directiva 2001/97. Por ello, el debate sobre la constitucionalidad de la Ley belga depende de una cuestión sobre la validez de la Directiva comunitaria. Esta cuestión, sometida al Tribunal de

Justicia en virtud del artículo 234 CE, párrafo tercero, es la siguiente:

«El artículo 1, punto 2, de la Directiva 2001/97/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de diciembre de 2001, por la que se modifica la Directiva 91/308/CEE del Consejo relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales, ¿vulnera el derecho a un proceso justo tal como éste está garantizado por el artículo 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y por el artículo 6 UE, apartado 2, en la medida en que el nuevo artículo 2 *bis*, punto 5, que ha añadido a la Directiva 91/308/CEE, impone la inclusión de profesionales independientes del Derecho, sin excluir la profesión de abogado, en el ámbito de aplicación de dicha Directiva, que tiene por objeto fundamentalmente que se imponga a las personas y entidades que en ella se indican una obligación de informar a las autoridades responsables de la lucha contra el blanqueo de capitales de cualquier hecho que pudiera ser indicio de tal blanqueo (artículo 6 de la Directiva 91/308/CEE, sustituido por el artículo 1, punto 5, de la Directiva 2001/97/CE)?»

II. Marco del control de validez

26. Para apreciar la validez de la disposición controvertida con respecto al Derecho comunitario, ha de determinarse previamente, con precisión, la norma con respecto a la cual debe ejercerse este control. En su

resolución de remisión, la Cour d'arbitrage se refiere al artículo 6 del CEDH, relativo al derecho a un proceso justo y, consiguientemente, al artículo 6 UE, apartado 2.

cido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. [...]

27. Recordemos que el artículo 6 UE tiene el siguiente tenor literal:

[...]

«1. La Unión se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho, principios que son comunes a los Estados miembros.»

3. Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos:

[...]

2. La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el [CEDH] y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario.»

- c) a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios para pagarlo, poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan [...]

28. Por su parte, el artículo 6 del CEDH tiene el siguiente tenor:

«1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, estable-

29. No obstante, algunas partes en el litigio sugieren que deberían ampliarse las normas de referencia para el control. Por una parte, la referencia al artículo 6 del CEDH sería demasiado limitada, debería ampliarse el examen de conformidad de la disposición controvertida, en particular, en relación con el principio de independencia del abogado, con el principio del secreto profesional, con

el deber de lealtad, con el principio del derecho de defensa (derecho a recibir asistencia jurídica y derecho a no autoinculparse) y con el principio de proporcionalidad. Por otra parte, el CCBE se pregunta sobre la pertinencia y la validez de los fundamentos jurídicos de la Directiva.

30. Según estas mismas partes, la naturaleza del control de validez previsto en el artículo 234 CE permite realizar esta ampliación. Para afirmarlo, se basan en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia según la cual «la competencia del Tribunal de Justicia para pronunciarse, en virtud del artículo 177 del Tratado [234 CE], sobre la validez de los actos adoptados por las Instituciones de la Comunidad no implica límite alguno en cuanto a las causas de acuerdo con las cuales puede impugnarse la validez de dichos actos». ²⁴

31. Esta jurisprudencia no es en absoluto discutible. Sin embargo, no tiene el sentido que las citadas partes le atribuyen. Mediante esta afirmación, el Tribunal de Justicia no declara que tenga plena discrecionalidad para modificar sustancialmente el contenido de la cuestión de validez planteada por el órgano jurisdiccional remitente. Pretende simplemente subrayar que, en este contexto, su control puede ampliarse a todas las causas jurídicas que delimitan el ámbito del control de legalidad previsto en el artículo 230 CE. A

pesar de ello, se mantiene el principio de que el examen de la validez de un texto de Derecho comunitario debe situarse «en el ámbito de la cuestión prejudicial» que se le planteó. ²⁵

32. Indudablemente, el límite así formulado puede ofrecer al Tribunal de Justicia una cierta flexibilidad. El Tribunal de Justicia siempre tiene la posibilidad de precisar el contenido de la cuestión prejudicial a la luz de las observaciones formuladas por las partes en el litigio principal o tal y como se infiere de la exposición de motivos de la resolución de remisión. ²⁶ Igualmente debe admitirse la posibilidad de apreciar de oficio algunos vicios sustanciales, fuera del marco de la cuestión planteada. ²⁷

33. Sin embargo, no me parece útil solicitar que el Tribunal de Justicia haga uso de esta flexibilidad en el caso de autos. La cuestión es evidente en relación con dos de los motivos invocados. Por lo que respecta al motivo que ataca a la base jurídica de la Directiva, es obvio que se sitúa fuera del ámbito y del sentido de la cuestión planteada. Ésta versa únicamente sobre la conformidad de algunas de sus disposiciones con los principios fundamentales del ordenamiento jurídico comunitario y no sobre el origen de la competencia que tenía la Comunidad para adoptarlo. En cuanto al principio de proporcionalidad, éste consti-

24 — Véase, en particular, la sentencia de 16 de junio de 1998, Racke (C-162/96, Rec. p. I-3655), apartado 26.

25 — Sentencia de 28 de octubre de 1982, Dorca Marine y otros (50/82 a 58/82, Rec. p. 3949), apartado 13.

26 — Sentencias de 10 de enero de 1973, Getreide Import (41/72, Rec. p. 1), apartado 2, y de 25 de octubre de 1978, Royal Scholten-Honig (103/77 y 145/77, Rec. p. 2037), apartados 16 y 17.

27 — Sentencia de 18 de febrero de 1964, Internationale Crediet- en Handelsvereniging (73/63 y 74/63, Rec. p. 3), apartado 28.

tuye un elemento de ejercicio y de control de los derechos fundamentales reconocidos por el ordenamiento jurídico comunitario. Como tal, siempre deberá ser tomado en consideración en relación con la aplicación de esos derechos. En consecuencia, no es necesario ampliar a este efecto el ámbito del control solicitado por el órgano jurisdiccional remitente.

34. Esto mismo no es válido para los otros principios invocados por las partes intervinientes. Aunque no estén desprovistos de pertinencia en el marco de la cuestión planteada, no parece necesario dedicarles un análisis separado por una simple razón de economía de medios. En efecto, estos principios pueden agruparse fácilmente en torno a uno de ellos, el del secreto profesional de los abogados. Éste es el más directamente amenazado por la obligación de informar prevista por la Directiva controvertida. Según esto, fue precisamente la compatibilidad de esta obligación de informar con las exigencias del secreto profesional del abogado lo que suscitó la cuestión del órgano jurisdiccional remitente.

35. Por consiguiente, me parece un buen método analizar primero si esas exigencias tienen estatuto de principio general o de derecho fundamental protegido por el ordenamiento jurídico comunitario. Si esto es así, podrá afirmarse que el artículo 6 UE, apartado 2, ofrece suficientes recursos para responder al conjunto de inquietudes expresadas por las partes en el litigio.

III. Fundamentos de la protección del secreto profesional de los abogados

36. Según la argumentación de algunas de las partes intervinientes, podría parecer inútil tratar de identificar una fuente de Derecho precisa que consagrara el secreto profesional de los abogados. Este último tendría valor de «axioma». ²⁸ Sería posible encontrar su huella tanto «en todas las democracias» como en todas las épocas: presente en la Biblia, aparece también en los escritos de la historia antigua y de todos los siglos. Desde este punto de vista, si el secreto del abogado merece ser reconocido por el ordenamiento jurídico comunitario es simplemente porque hunde sus raíces en los cimientos mismos de la sociedad europea.

37. Además, se sugiere que se tomen como referencia las reglas consagradas por todos los colegios profesionales de abogados en todos los Estados miembros. El secreto sería inherente a la profesión de abogado. Aparece en todos los códigos deontológicos, a semejanza del Código de Deontología de los Abogados de la Unión Europea, adoptado por el CCBE, ²⁹ que prevé en su artículo 2.3, relativo al secreto profesional, que «Forma parte de la esencia misma de la función del Abogado que sea depositario de los secretos

28 — Observaciones escritas presentadas por la Ordre des barreaux francophones et germanophone y la Ordre français des avocats du barreau de Bruxelles, p. 22.

29 — Este Código fue adoptado el 28 de octubre de 1988 y fue modificado por última vez el 19 de mayo de 2006.

de su cliente y destinatario de informaciones basadas en la confianza. Sin la garantía de confidencialidad no puede existir confianza. Por lo tanto, el secreto profesional es un derecho y una obligación fundamental y primordial del Abogado». Desde este punto de vista, el secreto profesional está concebido como una obligación de discreción que forma parte de la moral de una profesión.

38. Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, para establecer la obligatoriedad de otorgar protección comunitaria, no basta con un axioma social ni con una regla profesional. Lo que es y lo que debe ser son dos cuestiones bien distintas. Indudablemente el Tribunal de Justicia no puede ignorar la existencia de un principio tan elemental que es universalmente reconocido. Sin embargo, el hecho de que una regla parezca tener un valor superior en ciertos órdenes sociales o privados no significa que deba ser consagrada como principio general del Derecho comunitario. Además debe verificarse si existe, en este orden, una fuente autónoma que garantice su protección.

39. Por ello, cabe preguntarse sobre la existencia de una tradición constitucional común a los Estados miembros en este ámbito. Tal y como el Tribunal de Justicia recordaba en su sentencia AM & S, antes citada, «el Derecho comunitario, surgido de una interpenetración no sólo económica, sino también jurídica, de los Estados miembros, debe tener en cuenta los principios y nociones comunes a los Derechos de dichos Estados». ³⁰ El estudio comparativo del

Derecho de los Estados miembros de la Unión revela claramente que el secreto profesional de los abogados existe en la mayoría de estos Estados con rango de principio fundamental y estatuto de norma de orden público. ³¹ Sin embargo, del mismo estudio se desprende que la extensión y las modalidades de protección del secreto profesional varían bastante de un ordenamiento jurídico a otro. Por tanto, si para dar una interpretación al concepto de secreto profesional del abogado deben tomarse en consideración las distintas legislaciones y jurisprudencias nacionales, creo que, atendiendo a las divergencias y variaciones que presenta la aplicación de este principio en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, debe buscarse otra fuente de protección.

40. Según reiterada jurisprudencia, los derechos fundamentales consagrados por el CEDH adquieren, en el ordenamiento jurídico comunitario, «un significado particular» y forman parte de los principios generales del Derecho cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia. ³² De ello no se deriva necesariamente que la extensión de la protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico comunitario coincida con la garantizada por el CEDH. Sin embargo, no pueden admitirse en la Comunidad medidas incompatibles con el respeto de los derechos humanos reconocidos por esta última. ³³

31 — Véase, en este sentido, el punto 182 de las conclusiones del Abogado General Léger en el asunto Wouters y otros, antes citado.

32 — Véase, en particular, la sentencia de 12 de junio de 2003, Schmidberger (C-112/00, Rec. p. I-5659), apartado 71.

33 — Sentencia Schmidberger, antes citada, apartado 73.

41. Ahora bien, aunque el CEDH no se refiera expresamente al secreto profesional del abogado, contiene no obstante disposiciones susceptibles de garantizar la protección del mismo. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ofrece, a este respecto, dos vías diferentes. Por una parte, dado el contexto en el que el secreto del abogado puede invocarse, forma parte del derecho a un proceso justo, tal y como manifiesta el órgano jurisdiccional remitente. En la sentencia *Niemietz c. Alemania*, el Tribunal Europeo declaró que, en el caso de un abogado, una injerencia en el secreto profesional «puede repercutir en la buena administración de justicia y, consiguientemente, en los derechos garantizados por el artículo 6». ³⁴ El secreto es la condición de la confianza que favorece la confidencialidad y conduce a la manifestación de la verdad y de la justicia. Pero, por otra parte, dado que tiene por objeto proteger, es un elemento esencial del derecho al respeto de la vida privada. ³⁵ En su sentencia *Foxley c. Reino Unido*, el Tribunal Europeo, en virtud del artículo 8 del CEDH, subraya en este sentido la importancia de los principios de confidencialidad y de secreto profesional que están vinculados a la relación entre el abogado y su cliente. ³⁶ El secreto protege al ciudadano de las revelaciones indiscretas que puedan atentar contra su integridad moral y su reputación.

42. El Tribunal de Justicia no puede ignorar esta jurisprudencia. Tuvo ocasión de señalar

que debe tener en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos cuando interpreta los derechos fundamentales. ³⁷ En consecuencia, cabe considerar al derecho a un proceso justo y al respeto de la vida privada como doble fundamento de la protección del secreto profesional del abogado en el ordenamiento jurídico comunitario.

43. En teoría, no es indiferente elegir uno u otro de estos fundamentos. Señalo, en efecto, que vincular la protección del secreto a uno o a otro de esos derechos puede hacer que varíe la extensión de esta protección. Fundamentar el secreto en el derecho a un proceso justo equivale, implícitamente, a limitar su extensión al ámbito contencioso, jurisdiccional y cuasijurisdiccional. Esta fue la opción del Tribunal de Justicia en el asunto *AM & S*, antes citado. De esta opción resultó que la correspondencia debía protegerse, en las circunstancias de ese asunto, únicamente «en el marco y en interés de los derechos de defensa». ³⁸ En cambio, optar por el derecho al respeto de la vida privada implica, a priori, extender la protección a todas las confidencias hechas por el cliente al profesional, independientemente del ámbito en el que esas relaciones se desenvuelvan.

44. Sin embargo, en esta fase del análisis, no me parece pertinente tener que optar. En

34 — Véase TEDH, sentencia de 16 de diciembre de 1992, § 37.

35 — Véase, por analogía, en materia de secreto médico, la sentencia de 8 de abril de 1992, *Comisión/Alemania* (C-62/90, Rec. p. I-2575), apartado 23.

36 — Véase TEDH, sentencia de 29 de septiembre de 2000, § 44; y también la sentencia *Kopp c. Suiza* de 25 de marzo de 1998.

37 — Sentencia de 29 de junio de 2006, *Comisión/SGL Carbon* (C-301/04 P, Rec. p. I-5915), apartado 43.

38 — Apartado 21.

cambio, consagrar un doble fundamento tiene la ventaja de abarcar todas las inquietudes planteadas por las partes intervinientes. La protección del secreto profesional del abogado es un principio de dos caras, una procesal, derivada del derecho fundamental a un juicio justo, la otra sustancial, nacida del derecho fundamental al respeto de la vida privada. Es fácil establecer una vinculación entre su fundamento procesal y el derecho de defensa, el derecho a la asistencia jurídica y el derecho a no autoinculparse.³⁹ A su fundamento sustancial corresponde la exigencia de 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»⁴⁰ y su correlativa, la lealtad del abogado hacia su cliente. El principio del secreto procede de la propia especificidad de la profesión de abogado.

45. Si la obligación de informar prevista en la disposición de derecho comunitario controvertida compromete los principios de independencia del abogado, del derecho de defensa o del derecho a no declarar, es principalmente porque están cubiertos por el principio del secreto profesional del abogado. En el caso de autos, se trata entonces de saber si la obligación de informar impuesta por la Directiva controvertida a los abogados en la Unión Europea vulnera

este principio, protegido como tal por los principios fundamentales del ordenamiento jurídico comunitario.

46. Si, al concluir este análisis, procede reconocer la existencia de un principio de protección del secreto profesional del abogado en el Derecho comunitario, ello no va a implicar, en modo alguno, que se trate de una prerrogativa absoluta reconocida como tal a la profesión de abogado.

IV. Límites de la protección del secreto profesional del abogado

47. A propósito del derecho a la protección del carácter confidencial de las comunicaciones entre un abogado y su cliente, ya señaló el Abogado General Warner en el asunto en el que recayó la sentencia AM & S, que «se trata de un derecho generalmente reconocido por las legislaciones de los países civilizados, de un derecho que no es fácil denegar, pero que no está protegido hasta el punto de que, en la Comunidad, el Consejo no pueda legislar previendo excepciones al mismo o modificando su alcance».⁴¹ Seguramente esto mismo es válido para la protección del secreto profesional, tal y como además demuestra el examen de la legislación pertinente en todos los Estados

39 — Véase el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en el que se codifica la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre los derechos de acceso a la justicia; sentencia de 18 de octubre de 1989, Orkem/Comisión (374/87, Rec. p. 3283), apartado 35.

40 — Apartado 18 de la sentencia AM & S, antes citada (la cursiva es mía).

41 — Conclusiones presentadas en el asunto AM & S, antes citado, p. 1637.

miembros de la Comunidad. No puede excluirse que el secreto profesional ceda ante imperativos de interés general superior en determinadas circunstancias concretas. En consecuencia, la disposición controvertida en el presente asunto no puede ser considerada inválida simplemente por haber introducido ciertas restricciones al secreto profesional del abogado. Debe analizarse además si las restricciones así introducidas respetan el régimen de limitaciones de los derechos sobre los que reposa el secreto profesional del abogado en Derecho comunitario. Puesto que afectan a la garantía de los Derechos protegidos por el ordenamiento jurídico comunitario, estas restricciones deben estar estrictamente delimitadas y justificadas.

48. Para analizar el fundamento de las limitaciones a las que se oponen los demandantes, propongo aplicar el marco de análisis expuesto en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Tal y como el Tribunal de Justicia ha tenido ocasión de afirmar, aunque esta Carta «no constituye un instrumento jurídico vinculante», su principal objetivo, «como se desprende de su preámbulo, es reafirmar “los derechos que emanan en particular de las tradiciones constitucionales y las obligaciones internacionales comunes a los Estados miembros, del [CEDH], de las Cartas Sociales adoptadas por la Unión y por el Consejo de Europa, así como de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia [...] y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”». ⁴² De este

pasaje se desprende que, aunque esta Carta no pueda por sí misma constituir una base jurídica suficiente para dar lugar en la esfera jurídica de los particulares a derechos directamente invocables, sin embargo no carece por completo de efectos como criterio de interpretación de las normas de protección de los derechos mencionados en el artículo 6 UE, apartado 2. Desde esta perspectiva, esta Carta puede desempeñar una doble función. En primer lugar, puede crear la presunción de la existencia de un derecho que deberá, entonces, ser confirmada bien por las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros o por las disposiciones del CEDH. En segundo lugar, cuando se identifica un derecho como derecho fundamental protegido por el ordenamiento jurídico comunitario, la Carta constituye un instrumento particularmente útil para determinar el contenido, el ámbito de aplicación y el alcance que debe darse a ese derecho. Recordemos además que las disposiciones de la Carta, cuya elaboración se asienta sobre un amplio proceso de deliberación realizado a escala europea, constituyen en gran parte una codificación de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

49. En este contexto, corresponde al Tribunal de Justicia verificar, por una parte, que los límites establecidos por la disposición controvertida de la Directiva no restringen la protección del secreto del abogado de tal forma o hasta tal punto que vulneran su propia esencia y, por otra parte, que estos límites pretenden un objetivo de interés

42 — Sentencia de 27 de junio de 2006, Parlamento/Consejo (C-540/03, Rec. p. I-5769), apartado 38.

general reconocido por la Unión y son proporcionados a este objetivo.⁴³

A. *¿Vulnera la disposición controvertida la propia esencia del secreto profesional del abogado?*

50. Proteger la esencia de un derecho fundamental equivale tanto a asegurar la protección del mismo que sea más compatible con la existencia de otros derechos fundamentales como a determinar las circunstancias y condiciones en las que ese derecho merece una protección reforzada.

51. La gran dificultad de este asunto radica en saber cuáles son las circunstancias y condiciones en las que el secreto profesional del abogado no puede limitarse. Es además en este punto en el que las divergencias entre las interpretaciones de las partes son más acentuadas.

52. En un lado está la Comisión, que considera que la esencia del secreto del

abogado se encuentra íntegramente en el ámbito «contencioso». Para que pueda admitirse que este secreto goza de protección, es necesario que se demuestre una vinculación con un proceso. El secreto únicamente merece ser protegido en el marco de un proceso, o al menos de un procedimiento de naturaleza jurisdiccional o cuasijurisdiccional. También de este modo debería interpretarse la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto AM & S, antes citada, es decir, en tanto exige que esté «relacionada» con un procedimiento de naturaleza contenciosa. Desde este punto de vista la Directiva no merecería ninguna crítica, puesto que limita la protección del secreto del abogado al ámbito contencioso.

53. En el lado opuesto se encuentran las partes que representan a los Colegios de abogados, para las cuales la regla del secreto no puede disociarse de la profesión de abogado, a la que confiere un estatuto y una dignidad particulares. En todo caso, el abogado debe ser el único juez de los límites que pueden aplicarse a la misma. Limitar el alcance del secreto a una de sus actividades sería a la vez contrario a los principios fundamentales e imposible de llevar a la práctica, pues estas actividades son a la vez complejas e indivisibles. Desde este punto de vista, está claro que la Directiva, al obligar al abogado a traicionar el secreto en algunas de las actividades que desarrolla, daría lugar a una vulneración de los derechos fundamentales.

54. Estas dos interpretaciones, que son irreconciliables, convergen sin embargo en un punto del que debe partirse. En efecto, todas las partes están de acuerdo en que la

43 — El artículo 52, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea dispone que «cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Sólo se podrán introducir limitaciones, respetando el principio de proporcionalidad, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás».

razón de ser del secreto profesional del abogado reside en una relación de confianza que debe existir entre el abogado y su cliente.⁴⁴ Preservar esta relación tiene, en realidad, una doble utilidad. En primer lugar, es útil para el cliente, depositario del secreto, que puede así sentirse seguro para confiárselo a un tercero de confianza, su abogado. Pero también lo es para la sociedad en su conjunto, en la medida en que, al favorecer el conocimiento del Derecho y el ejercicio de los derechos de defensa, promueve la buena administración de la justicia y la manifestación de la verdad. Sin embargo, esta relación es frágil. Debe poder desenvolverse en un marco protegido. Así, lo importante en el presente asunto es delimitar cuidadosamente ese marco. No puede ser demasiado estrecho, so pena de destruir las condiciones de una verdadera relación de confianza entre el abogado y su cliente. Pero, por otra parte, tampoco debe ser demasiado ancho, pues correría el riesgo de hacer del secreto un simple atributo de la profesión de abogado. Ahora bien, el secreto profesional no puede ser propiedad del abogado. Más bien debe ser considerado como un valor y una carga. Según las palabras de Lord Denning, el privilegio que se deriva de este secreto «no es el privilegio del abogado, sino de su cliente».⁴⁵ Este privilegio sólo tiene sentido si sirve al interés de la justicia y al respeto del Derecho. Se le otorga al abogado en su mera condición de agente de la justicia.

55. En el presente asunto, hay además un aspecto frente al que no se formula oposición. Todas las partes están de acuerdo en que el secreto profesional debe gozar de una

protección reforzada en el ámbito del ejercicio de las funciones de representación y de defensa de un cliente. En ese ámbito, en efecto, tal y como el Abogado General Léger recordó en sus conclusiones en el asunto en el que recayó la sentencia *Wouters y otros*, «los abogados ocupan una “situación central en la administración de justicia, como intermediarios entre los justiciables y los tribunales”». ⁴⁶ Luego, no es por casualidad que el Tribunal de Justicia los califica de «auxiliares» y de «colaboradores de la Justicia».⁴⁷

56. La disputa se centra entonces en determinar si esta protección debe ampliarse más allá del marco estricto de las necesidades de representación y de defensa y hasta dónde debe ampliarse. A este respecto, se constata que la situación existente en las legislaciones de los diferentes Estados miembros es contradictoria.

57. La Directiva controvertida parece, a primera vista, adoptar una postura intermedia. Tras examinar la propuesta de directiva presentada por la Comisión, el Parlamento expresó su deseo de extender expresamente la excepción a la actividad de asesoramiento jurídico. Tal y como ya se ha recordado, esta propuesta no llegó a adoptarse. En su artículo 6, apartado 3, párrafo segundo, la Directiva adoptada prevé simplemente que los abogados no tengan ninguna obligación

44 — Conclusiones del Abogado General Léger en el asunto en el que recayó la sentencia *Wouters y otros*, antes citada, punto 182.

45 — Lord Denning, *The Due Process of Law*, Butterworths, London, 1980, p. 29.

46 — Punto 174.

47 — Sentencias de 3 de diciembre de 1974, *Van Binsbergen* (33/74, Rec. p. 1299), apartado 14, y *AM & S*, antes citada, apartado 24.

de informar no sólo «al desempeñar su misión de defender o representar a dicho cliente en procesos judiciales», sino también «al determinar la posición jurídica en favor de su cliente». Esta última expresión se presta a diferentes interpretaciones. Prueba de ello son las divergencias entre de las legislaciones nacionales de adaptación de la Directiva.⁴⁸

58. Para responder a la cuestión de validez planteada por el órgano jurisdiccional remitente, ha de clarificarse previamente el significado del siguiente concepto.

1. El concepto de «determinar la posición jurídica en favor de su cliente»

59. En opinión de la Comisión, la interpretación de este concepto no es, en ningún caso, pertinente para determinar la validez de la Directiva. Puesto que el secreto profesional de los abogados sólo abarca, en principio,

sus actividades jurisdiccionales o parajurisdiccionales, basta con constatar que la Directiva les dispensa de cualquier obligación de información. Dicho de otro modo, aunque la actividad de determinación de la situación jurídica estuviese sujeta a una obligación de notificación, la Directiva debería ser considerada válida. En cambio, los Colegios de abogados representados en la audiencia consideran que el secreto profesional también abarca la actividad de asesoramiento. Por ello, proponen que se adopte una interpretación amplia del concepto de determinación de la situación jurídica del cliente. Si se estimara que la disposición controvertida no incluye el concepto de asesoramiento, debería ser considerada inválida.

60. En mi opinión y tal y como sostienen los Colegios de abogados intervinientes, el principio del secreto profesional incluye el asesoramiento jurídico. La razón para afirmarlo es doble y se asienta tanto en consideraciones de principio como en consideraciones prácticas. En principio, debe tenerse en cuenta «la necesidad de que, en una sociedad civilizada, todo particular pueda dirigirse a su Abogado para que le asesore y ayude jurídicamente y para que le represente, cuando se haya iniciado un procedimiento».⁴⁹ Representante y defensor, todo abogado tiene también una función esencial de asistencia y de asesoramiento. De esa forma, garantiza no sólo el acceso a la justicia sino también el acceso al Derecho. Ahora bien, esta última garantía no es menos valiosa que la primera en una sociedad

48 — Numerosos Estados miembros adaptaron literalmente su Derecho interno a los términos de la Directiva. Algunos Estados miembros optaron por referirse expresamente a la actividad de asesoramiento jurídico en la adaptación de su Derecho interno a la Directiva: éste es el caso del Derecho alemán (artículo 11, apartado 3, párrafo primero, de la Geldwäschekämpfungsgesetz), del Derecho francés (artículo 562-2-1 del code monétaire et financier), del Derecho griego (artículo 2a, apartado 1, letra β, de la Ley 2331/1995, modificada por el artículo 4 de la Ley 3424/2005) y del Derecho británico (Proceeds of Crime Act 2002, artículo 330, subapartados 6 y 10). Finalmente, hubo Estados que pretendieron excluir la actividad de asesoramiento jurídico que no estuviera vinculada a un procedimiento judicial del ámbito de la excepción prevista en el artículo 6, apartado 3, párrafo segundo, de la Directiva: es el caso de Finlandia (Rahanpesulaki, artículo 3, apartado 18) y de Polonia (artículo 11, apartado 5, de la Ley de 16 de noviembre de 2000, modificada por la Ley de 5 de marzo de 2004).

49 — Conclusiones del Abogado General Sir Gordon Slynn en el asunto en el que recayó la sentencia AM & S, antes citada, p. 1654.

compleja como la sociedad europea. La posibilidad de que cualquier ciudadano pueda disponer de un asesoramiento independiente, de modo que pueda tener conocimiento de la regulación de su situación particular, es una garantía esencial del Estado de Derecho. En estas condiciones, el compromiso de confianza que garantiza la protección del secreto merece ser extendido al ámbito de las relaciones de asistencia y de asesoramiento jurídicos.⁵⁰ Además, esta ampliación es coherente con el desarrollo de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. En la sentencia AM & S se recuerda expresamente la importancia de que los clientes puedan disponer, con plena independencia, de asesoramiento jurídico y de asistencia legal.⁵¹

61. En la práctica, en todo caso parece difícil poder diferenciar, en el marco del ejercicio de la función que incumbe a un profesional del derecho, los momentos dedicados al asesoramiento de aquéllos dedicados a la representación. Si tuviese que realizarse esta distinción cada vez que los objetivos de la Directiva lo exigieran, ciertamente la relación de confianza existente entre el profesional y su cliente correría riesgo de deterioro.

62. De este análisis resulta que la protección reforzada de la que goza el secreto profesional del abogado debe extenderse a las funciones de representación, de defensa, de asistencia y de asesoramiento jurídicos. Por consiguiente, propongo que se declare que no se puede imponer al abogado, en el marco

del ejercicio de estas funciones, ninguna obligación de informar vinculada a la lucha contra el blanqueo de capitales. Deberá considerarse que cualquier imposición de este tipo vulnera la esencia de los derechos protegidos por el ordenamiento jurídico comunitario.

63. ¿Es compatible con este análisis la formulación adoptada por la disposición controvertida de la Directiva cuestionada en el caso de autos? Recordemos que el Tribunal de Justicia ha declarado reiteradamente que, «cuando un texto de Derecho comunitario derivado es susceptible de varias interpretaciones, procede dar preferencia a aquella que hace que la disposición se ajuste al Tratado, y no a la que conduce a considerarla incompatible con él».⁵² En el caso de autos, creo que puede comprenderse fácilmente que el concepto de «determinar la posición jurídica en favor de su cliente», adoptado por la Directiva, incluye el asesoramiento jurídico. Esta interpretación es conforme con el respeto de los derechos fundamentales y de los principios del Estado de Derecho protegidos por el ordenamiento jurídico comunitario. Es además conforme con el tenor del décimo séptimo considerando de la Directiva, que prevé que, en principio, «el asesoramiento jurídico sigue estando sujeto a la obligación de secreto profesional». Por consiguiente, propongo que se interprete el artículo 6, apartado 3, párrafo segundo, de la Directiva en el sentido de que dispensa de cualquier obligación de informar a los abogados cuando ejerzan una actividad de asesoramiento jurídico.

50 — *Ibidem.*, p. 1655.

51 — Sentencia antes citada, apartados 18 y 21.

52 — Sentencias de 13 de diciembre de 1983, Comisión/Consejo (218/82, Rec. p. 4063), apartado 15, y de 29 de junio de 1995, España/Comisión (C-135/93, Rec. p. I-1651), apartado 37.

64. Sin embargo, falta por verificar si las disposiciones de la Directiva están de acuerdo con esta interpretación en todos los aspectos. Los Colegios de abogados sostienen que sujetar las actividades mencionadas en el artículo 2 *bis*, punto 5, de la Directiva, a la obligación de informar, viola el principio del secreto profesional interpretado de este modo. Así, opinan que el abogado debe efectuar en todas sus actividades un análisis y una determinación de la situación jurídica de su cliente. En estas condiciones, no sería adecuado excluir dichas actividades de la protección del secreto profesional.

65. Debe reconocerse que, en la práctica, puede ser difícil realizar una distinción entre las actividades de naturaleza jurídica y las actividades «extrajurídicas» de los abogados. Sin embargo, no me parece imposible fijar un criterio claro que permita separar los casos en los que el abogado, actuando «en calidad de abogado», goza de la protección del secreto profesional, de los casos en los que no procede aplicar esta protección. En mi opinión, además sólo así puede salvaguardarse el equilibrio entre la exigencia de protección de la confianza existente entre el abogado y su cliente y la exigencia de protección de los intereses generales de la sociedad, respetando los derechos protegidos por el ordenamiento jurídico comunitario. Además, me parece difícil justificar una extensión del secreto profesional del abogado basándose únicamente en una dificultad de orden práctico y sin considerar el hecho de que la profesión de abogado lleva consigo en nuestros días la realización de actividades que van mucho más allá de sus funciones específicas de representación y asesoramiento.

2. Criterio de distinción de la actividad protegida por el secreto profesional

66. En la audiencia ante el Tribunal de Justicia, las partes intervinientes propusieron varios criterios de distinción. El Consejo sugirió que estuvieran basados en la naturaleza material de la actividad sujeta a notificación. Por otra parte, en sus observaciones escritas considera que debe tenerse en cuenta el criterio de la participación activa de los abogados en la ejecución de las operaciones de que se trate. También ésta fue la opinión defendida por el Parlamento en la audiencia: es perfectamente posible distinguir entre una actividad de asesoramiento y una participación en nombre y por cuenta de un cliente. El Gobierno italiano, por su parte, sostiene que únicamente el asesoramiento prestado a título independiente merece protección.

67. Frente a estos análisis, los Colegios de abogados representados en la audiencia admitieron que, en efecto, las actividades previstas en el artículo 2 *bis*, punto 5, podían diferenciarse. Si bien es verdad que las actividades propias de un mandatario previstas en la letra b), eliminan cualquier diferencia entre los intereses del abogado y los de su cliente, hasta el punto de hacer que el primero pierda su independencia, no puede decirse lo mismo de las actividades de asistencia previstas en la letra a), que exigen que se respete la independencia del abogado.

68. Parece entonces que las posiciones, inicialmente opuestas, de las diferentes partes en el litigio se han aproximado. Parece existir un acuerdo en torno a la idea de que

el secreto profesional debe limitarse al área de competencia propia de los abogados. De ello resulta que la divergencia de posturas se encuentra circunscrita.

69. En mi opinión, sería arriesgado querer diferenciar en función del grado de implicación del abogado en la operación de que se trate. No veo por qué una actividad de asistencia merece gozar de una protección especial más que otra en la que se actúe como mandatario, si no se demuestra que esa actividad se realiza con total independencia. Más importante que la actividad ejercida es la manera en que se ejerce.

70. Es indiscutible que en todos los casos en los que interviene, el abogado puede tener que realizar una evaluación de la situación jurídica de su cliente. Sin embargo, esta evaluación puede tomar distintas orientaciones. Una cosa es exponer el marco y las implicaciones jurídicas de la operación considerada, y otra es realizar una evaluación con el fin de adoptar la mejor estrategia para llevar a cabo una actuación o una operación económica o comercial en interés del cliente. Si la evaluación simplemente pretende ayudar a su cliente a organizar sus actividades «ajustándose a la legalidad» y ajustar sus objetivos a las normas jurídicas,⁵³ debe

considerarse como una actividad de asesoramiento y debe dispensarse de cualquier obligación de información, independientemente del contexto en el que la prestación se haya desarrollado. En cambio, si la evaluación tiene como finalidad esencial realizar o preparar una operación comercial o financiera y está sujeta a las instrucciones del cliente para encontrar, en particular, la solución económicamente más ventajosa, el abogado no actúa de modo distinto a un «agente de negocios» que pone todas sus competencias al servicio de una actividad no jurídica, y no procede aplicar el secreto profesional. En el primer caso, puede afirmarse que el abogado actúa no sólo en interés de su cliente, sino también en interés del Derecho. En el segundo, prevalece únicamente el interés del cliente. En este caso, el abogado no actúa como abogado independiente, sino que se encuentra en una situación idéntica a la de un asesor financiero o un abogado de empresa.

71. Sin embargo, estoy de acuerdo en que la diferencia entre estos dos tipos de situaciones es, en sí misma, difícil de apreciar. Una apreciación de carácter general, como la solicitada al Tribunal de Justicia en este asunto, no puede resolver todas las dificultades prácticas que esta apreciación puede suscitar. Lo mejor que el Tribunal de Justicia puede hacer en este caso es ofrecer todos los elementos de interpretación de los que dispone, con vistas a dirigir la aplicación del texto por parte de las autoridades nacionales competentes. Señalo también que otros órganos jurisdiccionales han adoptado un enfoque similar, sin que haya dado lugar a problemas de aplicación particulares.

53 — Conclusiones del Abogado General Léger en el asunto en el que recayó la sentencia *Wouters y otros*, antes citada, punto 174.

Esos órganos jurisdiccionales exigen en esos supuestos un análisis casuístico que determine en qué calidad actúa el abogado.⁵⁴

72. Teniendo en cuenta la naturaleza fundamental de la protección del secreto profesional del abogado, es justo presumir que el abogado actúa en su calidad propia de asesor o de defensor. Sólo si se verifica que ha sido contratado para una función que compromete su independencia, deberá considerarse que puede estar sujeto a la obligación de informar prevista por la Directiva. Esta apreciación deberá hacerse caso por caso, con la garantía de un control jurisdiccional.

3. Conclusión intermedia

73. Del análisis precedente en su conjunto no se desprende ningún elemento que pueda invalidar los artículos 2 bis, punto 5, y 6 de la Directiva 91/308, en su versión modificada por la Directiva 2001/97, siempre que sean

interpretados en el sentido de que excluyen cualquier obligación de informar en el marco de las actividades de representación y de asesoramiento jurídicos de los abogados. En particular, debe dispensarse de esta obligación al asesoramiento prestado para ayudar al cliente a organizar sus actividades «ajustándose a la legalidad».

74. No basta con admitir que pueden introducirse limitaciones al secreto profesional del abogado fuera de los casos en los que se excluye cualquier obligación de informar. Además, hay que determinar si estas limitaciones persiguen un objetivo de interés general legítimo y si son proporcionadas para conseguir ese objetivo.

B. *¿Persiguen un objetivo de interés general los límites introducidos a la protección del secreto del abogado?*

54 — Véanse, en este sentido, las sentencias tomadas de la jurisprudencia americana: *In re Grand Jury Investigation* (Schroeder), 842 F.2d 1223, 1225 (11th Cir. 1987); *United States v. Davis*, 636 F.2d at 1043; *United States v. Horvath*, 731 F.2d 557, 561 (8th Cir. 1984); *Upjohn Co. v. United States*, 449 U.S. 383 (1981); véase también la sentencia 87/1997 de la Corte Constitucional Italiana, de 8 de abril de 1997 (GURI de 16 de abril de 1997), así como la decisión de la House of Lords: *Three Rivers District Council and Others v. Governor and Company of the Bank of England*, [2004] UKHL 48. En esta última decisión, Lord Scott of Foscote, señalaba además: «There is, in my opinion, no way of avoiding difficulty in deciding in marginal cases whether the seeking of advice from or the giving of advice by lawyers does or does not take place in a relevant legal context so as to attract legal advice privilege».

75. Sólo una de las partes, ante el Tribunal de Justicia, parece dudar de la legitimidad de la finalidad perseguida por la Directiva controvertida. Según el Colegio de Abogados de Lieja, sólo puede renunciarse al secreto por intereses superiores que pretenden la protección de la vida humana.

76. Esta postura carece de fundamento. En primer lugar, no me parece que en modo alguno pueda excluirse que necesidades ajenas a la protección de la vida humana puedan constituir finalidades legítimas susceptibles de justificar restricciones al secreto profesional. En segundo lugar, la lucha contra el blanqueo de capitales puede considerarse un objetivo digno de ser perseguido por la Comunidad.

77. Del primer considerando de la Directiva 91/308 se desprende que ésta pretende evitar que la utilización de las entidades de crédito y de las instituciones financieras para el blanqueo del producto de actividades delictivas ponga seriamente en peligro la credibilidad del sistema financiero y afecte a la confianza del público en el conjunto de este sistema. Es cierto que el blanqueo de capitales tiene potencialmente un efecto destructor de los sistemas económicos, políticos y sociales de los Estados miembros. Querer extender este objetivo a los profesionales del Derecho no me parece ilegítimo, toda vez que se ha acreditado que éstos pueden ejercer una gran diversidad de actividades, que sobrepasan ampliamente el marco del asesoramiento y representación jurídicos. En este contexto aparece el riesgo de que los abogados se conviertan, a semejanza de lo sucedido con otras profesiones, en «abrepuestas» que permiten que los que realizan el blanqueo de capitales consigan sus objetivos ilícitos.

78. En estas condiciones, la lucha contra el blanqueo de capitales puede considerarse un objetivo de interés general que justifica la

renuncia al secreto profesional del abogado, siempre y cuando ello no afecte al ámbito de las actividades esenciales del abogado tal y como fueron anteriormente definidas. Queda, por último, verificar que las restricciones así previstas respetan el principio de proporcionalidad.

C. ¿Respetan el principio de proporcionalidad las limitaciones a la protección del secreto del abogado?

79. En virtud del principio de proporcionalidad, sólo pueden introducirse limitaciones al secreto del abogado si son necesarias. El CCBE y la OFBG se oponen en el caso de autos al carácter necesario de la obligación de informar. Señalan que el objetivo pretendido puede alcanzarse por medios que atenten menos contra el secreto, como los procedimientos de sanción disciplinaria o penal. Añaden que el hecho de que otros profesionales que participan en las operaciones de riesgo estén sujetos a esta obligación de declarar, sería una garantía suficiente para conseguir el objetivo perseguido.

80. Esta argumentación no es convincente. Por una parte, es evidente que los procedi-

mientos descritos no cumplen la misma función que la obligación de informar. En efecto, los primeros sólo versan sobre la sanción de comportamientos ilícitos, mientras que la obligación de informar únicamente pretende advertir a las autoridades competentes de hechos que pueden constituir indicios de blanqueo de capitales, sin que el autor de la declaración esté implicado en la comisión de los hechos ilícitos. En tanto persiguen finalidades distintas, estos dos conceptos no pueden equipararse a efectos de lucha contra el blanqueo de capitales. Por otra parte, el hecho de que otros operadores estén sujetos a esta misma obligación no prejuzga en modo alguno la necesidad de que también lo estén los profesionales del Derecho, desde el momento en que estén directamente implicados en las operaciones de riesgo. En consecuencia, puede admitirse que una disposición que prevé la aplicación de esta obligación a los profesionales del Derecho puede ser necesaria en el contexto de lucha organizada contra el blanqueo de capitales.

81. También es cierto que el secreto del abogado constituye un principio fundamental que afecta directamente al derecho a un proceso justo y al respeto de la vida privada. Por ello, sólo se puede renunciar al mismo en casos excepcionales y rodeándose de garan-

tías adecuadas y suficientes contra los abusos.⁵⁵

82. Debe observarse, a este respecto, que la obligación controvertida va acompañada de ciertas garantías que atienden a la especificidad de la profesión de abogado. La Directiva prevé, a estos efectos, dos tipos de garantías. En primer lugar, en virtud de su artículo 6, apartado 3, párrafo primero, los Estados miembros podrán designar al organismo autorregulador pertinente de la profesión de que se trate como la autoridad a la que se deberá notificar la información cuando proceda. Este organismo tiene en cierto modo una función de filtro y de control, de modo que pueda preservarse la obligación de discreción que los abogados tienen con respecto a sus clientes. En segundo lugar, la Directiva prevé en su artículo 8 que los Estados miembros tienen la facultad de no imponer a los abogados la prohibición de revelar a sus clientes que han transmitido información a las autoridades responsables, en aplicación de la Directiva. Así se posibilita que quede salvaguardada la relación de confianza y de lealtad hacia los clientes, condición imprescindible para el ejercicio de la profesión de abogado. Estas garantías pueden ser consideradas adecuadas y efectivas con vistas a proteger la integridad de la relación entre los abogados y sus clientes.

55 — Véase, por analogía, TEDH sentencia Erdem c. Alemania de 5 de julio de 2001, apartado 65.

V. Conclusión

83. Habida cuenta de las consideraciones precedentes, propongo al Tribunal de Justicia que responda a la cuestión prejudicial planteada por la Cour d'arbitrage del siguiente modo:

«Los artículos 2 *bis*, punto 5, y 6 de la Directiva 91/308/CEE del Consejo, de 10 de junio de 1991, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales, en su versión modificada por la Directiva 2001/97/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de diciembre de 2001, son válidos en tanto se interpreten, de conformidad con el decimoséptimo considerando de esta misma Directiva y respetando los derechos fundamentales de protección del secreto profesional del abogado, en el sentido de que las informaciones obtenidas antes, durante o después de un proceso judicial o con motivo de la prestación de asesoramiento jurídico, deben exonerarse de cualquier obligación de notificación.»