

EL SECRETO PROFESIONAL DE LA ABOGACÍA, EN EBULLICIÓN

Ricardo Alonso García

El año 2024 y lo que va de 2025 han puesto en ebullición, desde múltiples perspectivas, formales y sustanciales, la naturaleza y el alcance del secreto profesional de la abogacía.

Por un lado, múltiples perspectivas a la luz de los distintos niveles ordinamentales implicados: desde los Derechos nacionales hasta el Derecho de la Unión, pasando por la normativa del Consejo de Europa; por otro lado, múltiples perspectivas materiales, en las que afloran la doble naturaleza del secreto profesional, por cuanto portador tanto de *derechos* como de *deberes*, que afectan tanto al abogado como a su cliente.

* * *

Por lo que respecta a la irrupción de normas que desde diferentes niveles han venido a incidir en la regulación del secreto profesional lo largo de los últimos meses, cabría destacar, por lo que respecta a nuestro ordenamiento jurídico, la Ley Orgánica 5/2024, de 11 de noviembre, del Derecho de Defensa, así como la Ley asimismo Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia.

La primera de ellas dedica específicamente su artículo 16 (ubicado en el Capítulo III, sobre “Las garantías y deberes de la asistencia jurídica en el derecho de defensa”), a la “Garantía de confidencialidad de las comunicaciones y secreto profesional”.

En cuanto a la segunda de las leyes orgánicas mencionadas, cabe destacar cómo su artículo 9 refleja la doble naturaleza, de derecho/deber, que encierra el secreto profesional en el ámbito de las negociaciones para solucionar

controversias en vía no jurisdiccional (“La obligación de confidencialidad se extiende a las partes, a los abogados o abogadas intervinientes y, en su caso, a la tercera persona neutral que intervenga, que quedarán sujetos al *deber y derecho de secreto profesional*, de modo que ninguno de ellos podrá revelar la información que hubieran podido obtener derivada del proceso de negociación”); doble naturaleza que ha llevado a los propios anglosajones, precisamente por no verse reflejada en la expresión, a cuestionar su tradicional referencia al secreto profesional en términos de “privilegio” (*professional privilege*). Valga como ejemplo la intervención de Rich Owen (*Access to Justice Committee Chair, Law Society*), con ocasión del Debate en el *UK Parliament* del *National Security Bill (Second Sitting, Thursday 7 July 2022)*: “*I think it is easy to forget that legal professional privilege is not a privilege for solicitors or lawyers; it is for the client*”. Ya el AG Warner, en sus Conclusiones en el importante asunto *AM&S v. Comisión* (1982), sobre el que volveré, opinó: “*In English law the doctrine misnamed «legal professional privilege» (misnamed because that label suggests a privilege accorded to the legal profession)*”.

* * *

En lo que concierne al Derecho de la Unión, cabe destacar la nueva regulación, en lo atinente al secreto profesional de la abogacía, en el novedoso Reglamento 2024/1624 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de mayo de 2024, relativo a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo.

Novedoso, en primer lugar, en términos formales, por cuanto la regulación anterior de la materia, siempre a través de Directivas (desde la conocida como Primera Directiva contra el blanqueo de capitales de 1991, hasta la última de ellas, a saber, la Quinta Directiva 2015/849), pasa a ser por vez primera abordada vía Reglamento, habida cuenta, según reza su Preámbulo, de que “el principal reto detectado en relación con la aplicación de las disposiciones de la Directiva (UE) 2015/849 que establecen las obligaciones para las entidades obligadas es la falta de aplicabilidad directa de las normas establecidas en dichas disposiciones y el enfoque fragmentado por países”, de manera que “aunque dichas normas llevan existiendo y evolucionando más de tres décadas, se siguen aplicando de una forma que no es totalmente coherente con los requisitos de un mercado interior integrado”. “Por lo tanto”, concluye el legislador europeo, “es necesario que las normas sobre las cuestiones actualmente tratadas en la Directiva (UE) 2015/849 que puedan ser directamente aplicables por las entidades obligadas pertinentes se aborden en un reglamento para lograr la uniformidad de aplicación deseada”.

También resulta novedoso el Reglamento 2024/1624, en términos sustanciales, al abordar las obligaciones que incumben a los abogados cuando llamados a intervenir en relación con determinadas operaciones que podrían levantar sospechas de encerrar un blanqueo de capitales o la financiación de terrorismo.

En conexión con tales obligaciones, continúa sorprendiendo la que pesa sobre los colegios profesionales (*ex* artículo 70, apartado 1) en el sentido de remitir a las unidades de inteligencia financiera, de forma inmediata y *sin filtrar*, las sospechas a ellos transmitidas por los abogados; obligación esta sorprendente por cuanto establecida ya en la Tercera Directiva de 2005, quedó en entredicho tras el pronunciamiento del TEDH en *el asunto Michaud v. Francia*, allá por el año 2012.

Como sorprendente, y no menos preocupante, cabe asimismo calificar la invitación a los Estados miembros, por vez primera con el Reglamento de 2024, en aras de excluir del secreto profesional, “cuando esté justificado por existir un riesgo mayor de blanqueo de capitales, sus delitos subyacentes o la financiación del terrorismo asociados a determinados tipos de operaciones”, la información que los abogados “reciban de un cliente u obtengan sobre él durante la determinación de la posición jurídica de dicho cliente o el ejercicio de sus funciones de defensa o representación de dicho cliente en un procedimiento judicial o en relación con dicho procedimiento, incluido el asesoramiento sobre la incoación de un procedimiento judicial o la forma de evitarlo, independientemente de si han recibido u obtenido dicha información antes, durante o después de tal procedimiento” (artículo 70, apartados 2 y 3; apartados ambos, por cierto, cuestionados, a la luz de la CDFUE y del CEDH, en el recurso de anulación interpuesto ante el Tribunal General contra el Reglamento a finales de agosto de 2024: *asunto Messiaen y Balleeger v. Parlamento y Consejo*, T-451/24).

En fin, despiertan igualmente un extraordinario interés las cuestiones prejudiciales planteadas hace apenas tres meses por el Tribunal Constitucional belga en relación tanto con la interpretación como la validez de la Directiva 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión (*asunto Institut des Juristes d'Entreprise e.a.*, C-796/24); interés que concierne, en particular, a una posible revisión por el TJUE de su negativa a reconocer el secreto profesional a los abogados de empresa (o abogados *in-house*).

En efecto, si bien el TJUE asumió por vez primera, en el antes mencionado *asunto AM&S v. Comisión*, el secreto profesional del abogado como principio general propio del ordenamiento jurídico comunitario dada la confluencia al respecto de los Derechos de los Estados miembros, rechazó, sin embargo (y en contra de las opiniones de los dos Abogados Generales que emitieron Conclusiones en el asunto), que dicho principio pudiera extenderse a los abogados de empresa, dado que existiría disparidad al respecto entre los ordenamientos nacionales: “Más allá de las diversidades”, afirmó el TJUE “los Derechos internos de los Estados miembros revelan, no obstante, la existencia de criterios comunes, por cuanto protegen, en condiciones similares, la confidencialidad de la correspondencia entre los Abogados y sus clientes, siempre que, por un lado, se trate de la correspondencia mantenida en el marco y en interés de los derechos de defensa del cliente y, por otro lado, se

trate de Abogados independientes, es decir, no vinculados a su cliente mediante una relación laboral”.

Casi treinta años después, el TJUE abordaría nuevamente la cuestión en el asunto *Akzo e.a. v. Comisión* (2010). Y lo hizo ratificando su doctrina *AM&S*, sin entrar en consideraciones acerca de una posible evolución de los ordenamientos jurídicos nacionales a la hora de abordar la cuestión de la mayor o menor independencia de los abogados de empresa si comparada con la de los abogados externos.

Así las cosas, he aquí que, otros quince años después, ha vuelto a aflorar una vez más el mismo tema, en relación con el beneficio (o no), por parte de los abogados de empresa, de la protección ofrecida por la Directiva 2019/1937 a los denunciantes de infracciones del Derecho de la Unión (“informantes” según la Ley española de transposición, alterando incorrectamente la *definición* como *denunciante* incorporada en el artículo 5 de la propia Directiva); o lo que es igual, en relación con el alcance del secreto profesional, en su vertiente de deber de confidencialidad, respecto de los abogados de empresa.

Y habrá que ver si en esta ocasión el TJUE considera digna de atención, a tales efectos, una posible evolución de los ordenamientos jurídicos nacionales, en el sentido de asumir, en la línea del español, que en los contratos laborales de los abogados de empresa “habrán de respetarse la libertad, *independencia* y *secreto profesional* básicos para el ejercicio de la profesión” (artículo 39 del Estatuto General de la Abogacía, aprobado por el Real Decreto 135/2021, de 2 de marzo).

* * *

Last but not least, debe traerse a colación el primer tratado internacional destinado a proteger la abogacía, incluido en particular el secreto profesional.

Se trata del Convenio del Consejo de Europa sobre la Protección de la Profesión de Abogado/a, adoptado con ocasión de la Reunión 1522 de su Comité de Ministros, celebrada los días 11 y 12 de marzo pasados.

Dicho Convenio, que se abrirá a la firma el próximo 13 de mayo (firma abierta, por cierto y según dispone su artículo 17, no sólo a los miembros del Consejo de Europa, sino también a terceros Estados que hayan participado en su elaboración y a la Unión Europea) con ocasión de la reunión de Ministros de Asuntos Exteriores del Consejo de Europa en Luxemburgo, prevé su entrada en vigor cuando se hayan depositado en la Secretaría General al menos ocho instrumentos de ratificación, aceptación o aprobación (entre los cuales, al menos seis de ellos han de proceder de miembros del Consejo de Europa, según precisa el mismo artículo 17).

Pues bien, el Convenio, que abarca a los abogados y a sus asociaciones profesionales, aborda la habilitación para el ejercicio profesional, los derechos profesionales, la libertad de expresión, cuestiones disciplinarias y las medidas de protección específicas para los abogados y las asociaciones profesionales.

Y entre “los derechos profesionales” (artículo 6), el Convenio presta particular atención (en el apartado 3 del citado precepto) al secreto profesional.

* * *

Se avecinan, pues, tiempos fascinantes de reflexión y debate en torno a una cuestión que, más allá de sus complejidades técnico-jurídicas, pone de relieve la necesidad de no descuidar la protección reforzada que ha de recibir el secreto profesional, habida cuenta del “papel fundamental que se asigna a los abogados en una sociedad democrática” (afirmación del TJUE en el *asunto Orde van Vlaamse Balies*, resuelto por Sentencia de 8 de diciembre de 2022, haciendo suyas las palabras del TEDH, diez años antes, en el ya citado *Michaud v. Francia*; Sentencia, por lo demás, dictada en respuesta a una prejudicialidad activada precisamente por el Tribunal Constitucional belga, que concluyó con la declaración de invalidez, por vulneración del artículo 7 de la Carta —en su vertiente de secreto profesional del abogado—, de un precepto de la Directiva 2011/16, sobre cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad).

