



Efectos de la vulneración del secreto profesional del abogado en el proceso civil

Juan Antonio Andino López

ADVERTIMENT. La consulta d'aquesta tesi queda condicionada a l'acceptació de les següents condicions d'ús: La difusió d'aquesta tesi per mitjà del servei TDX (www.tdx.cat) i a través del Dipòsit Digital de la UB (diposit.ub.edu) ha estat autoritzada pels titulars dels drets de propietat intel·lectual únicament per a usos privats emmarcats en activitats d'investigació i docència. No s'autoritza la seva reproducció amb finalitats de lucre ni la seva difusió i posada a disposició des d'un lloc aliè al servei TDX ni al Dipòsit Digital de la UB. No s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX o al Dipòsit Digital de la UB (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant al resum de presentació de la tesi com als seus continguts. En la utilització o cita de parts de la tesi és obligat indicar el nom de la persona autora.

ADVERTENCIA. La consulta de esta tesis queda condicionada a la aceptación de las siguientes condiciones de uso: La difusión de esta tesis por medio del servicio TDR (www.tdx.cat) y a través del Repositorio Digital de la UB (diposit.ub.edu) ha sido autorizada por los titulares de los derechos de propiedad intelectual únicamente para usos privados enmarcados en actividades de investigación y docencia. No se autoriza su reproducción con finalidades de lucro ni su difusión y puesta a disposición desde un sitio ajeno al servicio TDR o al Repositorio Digital de la UB. No se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR o al Repositorio Digital de la UB (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al resumen de presentación de la tesis como a sus contenidos. En la utilización o cita de partes de la tesis es obligado indicar el nombre de la persona autora.

WARNING. On having consulted this thesis you're accepting the following use conditions: Spreading this thesis by the TDX (www.tdx.cat) service and by the UB Digital Repository (diposit.ub.edu) has been authorized by the titular of the intellectual property rights only for private uses placed in investigation and teaching activities. Reproduction with lucrative aims is not authorized nor its spreading and availability from a site foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository. Introducing its content in a window or frame foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository is not authorized (framing). Those rights affect to the presentation summary of the thesis as well as to its contents. In the using or citation of parts of the thesis it's obliged to indicate the name of the author.

TESIS DOCTORAL

EFECTOS DE LA VULNERACIÓN DEL SECRETO
PROFESIONAL DEL ABOGADO EN EL PROCESO CIVIL

Juan Antonio Andino López

Directores:

Dr. Joan Picó i Junoy / Dra. M^a Victoria Berzosa Francos

Barcelona, Mayo de 2013

Facultat de Dret – Universitat de Barcelona (UB)

Para ti, Judit, mi ángel,
Y a mis pequeños hijos Joan y Guillem,
de cinco y cuatro años de edad, con todo mi cariño. Gracias por existir;
espero que aprendáis alguna cosa de vuestro padre,
aunque lo que sí sé es que sois vosotros los que me enseñáis a intentar ser mejor cada día.

Abreviaturas...*Pág. 12.*

Introducción... *Pág.14.*

CAPÍTULO PRIMERO

Breve análisis jurídico de la relación abogado-cliente

- 1.- Introducción... *Pág.17.*
- 2.- Características generales de la relación abogado-cliente... *Pág.17.*
 - 2.1.- Sobre la confianza... *Pág.18.*
 - 2.2.- Sobre el “intuitu personae”... *Pág.19.*
- 3.- Naturaleza jurídica de la prestación principal del abogado... *Pág.23.*
 - 3.1.- Actuación del abogado en el proceso... *Pág.26.*
 - 3.1.1.- Breve apunte histórico y situación doctrinal actual... *Pág.26.*
 - 3.1.2.- Distinción entre el arrendamiento de servicios y el mandato... *Pág.30.*
 - 3.1.2.1.- Onerosidad del arrendamiento de servicios Vs gratuidad del mandato... *Pág.31.*
 - 3.1.2.2.- Naturaleza de los servicios prestados... *Pág.32.*
 - 3.1.2.3.- Criterio de la juridicidad de la actividad... *Pág.32.*
 - 3.1.2.4.- Criterio de la representación... *Pág.33.*

- 3.1.2.5.- Criterio de la independencia de quien desarrolla la actividad frente a quien la encarga... *Pág.34.*
- 3.1.2.6.- Criterio de la ajenidad de los asuntos gestionados... *Pág.35.*
- 3.1.2.7.- Criterio de la “sustituibilidad” del mandato... *Pág.36.*
- 3.1.3.- Posición personal... *Pág.37.*
- 3.2.- Actividad extraprocesal del abogado... *Pág.43.*
 - 3.2.1.- Preparación de un dictamen judicial... *Pág.43.*
 - 3.2.2.- Preparación y redacción de otros documentos... *Pág.44.*
 - 3.2.3.- Actividad de asesoramiento o “consulting”... *Pág.45.*
 - 3.2.4.- Actividad de mediación o conciliación... *Pág.45.*
 - 3.2.5.- Actos de gestión de determinados actos jurídicos... *Pág.46.*
- 3.3.- Conclusión... *Pág.47.*
- 4.- Principales prestaciones accesorias del abogado... *Pág.47.*
 - 4.1.- Deber de información del abogado... *Pág.49.*
 - 4.1.1.- Planteamiento... *Pág.49.*
 - 4.1.2.- Fundamento de la obligación de información... *Pág.55.*
 - 4.1.3.- Contenido del deber de información... *Pág.57.*
 - 4.1.4.- Contenido de la información a suministrarse por el abogado... *Pág.63.*
 - 4.1.5.- Sobre el deber de colaboración del cliente... *Pág.67.*

- 4.2.- Deber de consejo al cliente... *Pág.68.*
 - 4.2.1.- Deber de consejo cuando el abogado debe preparar un dictamen para su cliente... *Pág.69.*
 - 4.2.2.- Deber de consejo en el ámbito procesal... *Pág.69.*
- 4.3.- Sobre la obligación de cumplir con las instrucciones del cliente... *Pág.70.*
- 4.4.- Sobre el deber de custodiar los documentos del cliente y entregarlos al finalizar el contrato... *Pág.74.*

CAPÍTULO SEGUNDO

Análisis del secreto profesional del abogado

- 1.- Introducción... *Pág.77.*
- 2.- Concepto de secreto profesional, evolución histórica y distinción con figuras afines... *Pág.79.*
 - 2.1.- Concepto... *Pág.79.*
 - 2.2.- Evolución histórica del secreto profesional del abogado, y referencias del mismo en los diferentes Congresos de la Abogacía celebrados hasta la fecha... *Pág.84.*
 - 2.3.- Breve referencia a la evolución doctrinal del concepto de secreto profesional... *Pág.92.*
- 3.- Naturaleza jurídica y fundamentos del secreto profesional... *Pág.94.*
 - 3.1.- Derecho a la intimidad del cliente y de terceros... *Pág.95.*
 - 3.2.- Derecho de defensa del cliente... *Pág.96.*
 - 3.3.- Función social de la abogacía... *Pág.96.*
- 4.- El secreto profesional del abogado como derecho estrechamente ligado a los artículos 18 y 24 CE ... *Pág.97.*

- 4.1.- Elaboración parlamentaria del artículo 24 CE, en relación al secreto profesional... *Pág.98.*
- 4.2.- Jurisprudencia que vincula el secreto profesional a los artículos 18 y 24 CE ... *Pág.99.*
- 4.3.- Doctrina que configura el secreto profesional del abogado como un derecho estrechamente ligado a los artículos 18 y 24 CE... *Pág.103.*
- 5.- Objeto del secreto profesional... *Pág.108.*
 - 5.1.- El objeto del secreto profesional en la legislación... *Pág.108.*
 - 5.2.- El objeto del secreto profesional en la doctrina y en la jurisprudencia... *Pág.109.*
 - 5.3.- Posición personal... *Pág.111.*
 - 5.4.- Cautelas para salvaguardar el secreto profesional... *Pág.112.*
- 6.- Los sujetos del secreto profesional... *Pág.114.*
 - 6.1.- Sujetos obligados a mantener el secreto profesional... *Pág.114.*
 - 6.2.- Sujetos beneficiados por el secreto profesional... *Pág.116.*
- 7.- Secreto profesional de los abogados de empresa en la Unión Europea... *Pág.118.*
 - 7.1.- Antecedentes de la Sentencia Azko Nobel... *Pág.119.*
 - 7.2.- Contenido de la Sentencia Azko Nobel... *Pág.123.*
 - 7.3.- Crítica de la Sentencia Azko Nobel... *Pág.127.*
- 8.- Secreto profesional y normativa sobre blanqueo de capitales... *Pág.131.*
 - 8.1.- Definición de blanqueo de capitales... *Pág.131.*
 - 8.2.- El abogado como sujeto obligado... *Pág.133.*

- 8.3.- Obligaciones de información contenidas en la Ley 10/2010 y su relación con el secreto profesional... *Pág.134.*
- 8.4.- No sujeción... *Pág.137.*
- 9.- Vulneración del deber de secreto profesional... *Pág.139.*
- 10.- Revelación lícita del secreto profesional por parte del abogado... *Pág.142.*
 - 10.1.- Consentimiento del cliente... *Pág.143.*
 - 10.2.- Revelación del secreto profesional en los expedientes disciplinarios colegiales y en impugnación de los honorarios del abogado... *Pág.144.*
 - 10.3.- Supuesto en el que el cliente comunica al abogado su intención de cometer un delito... *Pág.145.*
 - 10.4.- Supuesto en el que el mantenimiento del secreto profesional pueda ocasionar un grave perjuicio para el propio abogado, para el propio cliente o para un tercero... *Pág.146.*
- 11.- El secreto profesional en relación al proceso civil (alegaciones y medios de prueba)... *Pág.148.*
 - 11.1.- Secreto profesional y alegaciones en el proceso civil... *Pág.149.*
 - 11.2.- Secreto profesional y prueba documental, especial referencia a la obtención de prueba documental a través de la entrada y registro del despacho de abogados... *Pág.149.*
 - 11.3.- Interrogatorio al abogado, en calidad de parte, y el deber de guardar secreto... *Pág.154.*
 - 11.4.- Testifical del abogado en el marco del procedimiento civil... *Pág.158.*
 - 11.5.- Prueba pericial... *Pág.165.*

CAPÍTULO TERCERO

LA VULNERACIÓN DEL SECRETO PROFESIONAL DEL ABOGADO COMO PRUEBA ILEGAL EN EL PROCEDIMIENTO CIVIL

- 1.- Introducción... *Pág.167.*
- 2.- Distinción doctrinal entre prueba ilegal y prueba ilícita en la doctrina científica... *Pág.168.*
 - 2.1.- Autores que no comparan los artículos 283.3 y 287 LEC... *Pág.168.*
 - 2.2.- Autores que equiparan los artículos 283.3 y 287 LEC... *Pág.169.*
 - 2.3.- Autores que sostienen que el artículo 283.3 LEC recoge el principio de legalidad procesal en materia probatoria... *Pág.171.*
 - 2.4.- Autores que sostienen que el artículo 283.3 LEC se refiere a la utilización por cualquiera de los litigantes de un medio de prueba prohibido por la ley... *Pág.177.*
 - 2.5.- Autores que indican que el artículo 283.3 LEC se refiere a la vulneración de cualquier norma con rango de ley... *Pág.178.*
 - 2.6.- Autores que defienden que en el marco del procedimiento judicial, debe prevalecer la verdad material, independientemente del hecho de que la prueba vulnere la ley ordinaria... *Pág.183.*
- 3.- Posición personal... *Pág.184.*
 - 3.1.- Argumentación constitucional... *Pág.184.*
 - 3.1.1.- Favorecer el derecho a la defensa *ex art. 24 CE...* *Pág.185.*
 - 3.1.2.- Proteger el derecho a igualdad de armas procesales... *Pág.187.*

- 3.1.3.- El carácter no absoluto del derecho a la prueba y su posible limitación... *Pág.188.*
- 3.2.- Interpretación del artículo 283.3 LEC *ex* artículo 3 CC... *Pág.190.*
- 3.3.- Existencia de resoluciones judiciales... *Pág.193.*

CAPÍTULO CUARTO

LA VULNERACIÓN DEL SECRETO PROFESIONAL DEL ABOGADO COMO PRUEBA ILÍCITA

- 1.- Concepto de prueba ilícita... *Pág.197.*
 - 1.1.- Sobre el concepto de “derechos fundamentales”... *Pág.198.*
 - 1.2.- Concepto de “obtención”... *Pág.201.*
 - 1.3.- Concepto de “vulneración”... *Pág.203.*
- 2.- Breve referencia a la doctrina de los frutos del árbol prohibido o efectos reflejos de la prueba ilícita, el alcance del “directa o indirectamente” del artículo 11.1 LOPJ... *Pág.204.*
- 3.- Momento procesal en el que se debe determinar el carácter ilícito de una prueba... *Pág.212.*
 - 3.1.- Apreciación de la ilicitud en la fase de admisión de prueba... *Pág.213.*
 - 3.2.- Con posterioridad a la admisión de la prueba... *Pág.218.*
 - 3.3.- En el momento de dictar sentencia: el posible impacto de la prueba ilícita en la mente del juzgador... *Pág.219.*
- 4.- Sobre las consecuencias y el destino de la fuente ilícitamente obtenida... *Pág.224.*
- 5.- Prueba ilícita y secreto profesional del abogado... *Pág.226.*

CAPÍTULO QUINTO

VULNERACIÓN DEL SECRETO PROFESIONAL DEL ABOGADO COMO PRESUPUESTO DE MALA FE PROCESAL

- 5.1.- Introducción... *Pág.231.*
- 5.2.- Regulación y concepto de buena fe procesal... *Pág.232.*
- 5.3.- Fundamento constitucional: especial atención al artículo 24 CE...
Pág. 238.
- 5.4.- Tratamiento procesal de la mala fe procesal... *Pág.244.*
- 5.5.- Consecuencias procesales de la existencia de mala fe procesal...
Pág.245.
 - 5.5.1.-Inadmisión de la prueba que vulnere el secreto profesional del
abogado... *Pág. 246.*
 - 5.5.2.- La ineficacia del acto procesal ya realizado... *Pág.246.*
 - 5.5.3.- Imposición de multa por mala fe procesal... *Pág.247.*
 - 5.5.4.- Nulidad de actuaciones... *Pág.249.*
- Conclusiones.. *Pág.251.*
- Apéndice primero. Normas sobre secreto profesional del abogado...
Pág.254.
- Apéndice segundo. El secreto profesional del abogado en el derecho
comparado... *Pág.274.*
- Apéndice tercero. Jurisprudencia sobre el secreto profesional... *Pág.339.*
- Bibliografía....*Pág.379.*

ABREVIATURAS

A	Auto
AC/JUR/RJ	Repertorio de jurisprudencia Aranzadi disponible en www.aranzadidigital.es
AP	Audiencia Provincial
Art.	Artículo
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
CDAE	Código Deontológico de la Abogacía Española
CDAUE	Código Deontológico de la Abogacía en la Unión Europea
CE	Constitución Española de 1978
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
Cfr.	Confrontar
CP	Código Penal
Edit	Editorial
EGAE	Estatuto General de la Abogacía Española
ET	Estatuto de los Trabajadores
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LECrím	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
op.cit.	Opinión citada
pág.	Página

S	Sentencia
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
vol.	Volumen
VVAA	Varios Autores

INTRODUCCIÓN

La génesis de la presente tesis radica en un complejo caso en el que tuve la oportunidad de intervenir profesionalmente: con carácter previo al inicio de un procedimiento judicial las partes intentaron llegar a un acuerdo transaccional utilizando como intermediarios a los abogados de las mismas e intercambiando borradores de contratos en los que una parte reconocía una serie de hechos que le podían perjudicar. La negociación finalizó sin suscribirse contrato de transacción alguno, y una vez interpuesta la demanda, el abogado de la parte contraria acompañó junto a su contestación a la demanda todas y cada una de las comunicaciones intercambiadas entre los letrados.

El trabajo final de licenciatura defendido en su día por parte del doctorando analizaba los efectos en el proceso civil de la aportación procesal de la correspondencia mantenida entre letrados. Y en la misma línea, la tesis examina una problemática mucho más amplia como es el de la incidencia de la vulneración del secreto profesional del abogado en el proceso civil.

El punto de partida de la tesis consiste en calificar jurídicamente la relación contractual entre el abogado y el cliente, ya que existe polémica doctrinal y jurisprudencial sobre si dicha relación debe considerarse como arrendamiento de servicios o como contrato de mandato.

A continuación, se analiza el objeto de la prestación del abogado, tanto la principal, esto es, el encargo por parte de su cliente; como las accesorias, a saber, los deberes de información y consejo al cliente, cumplir con sus instrucciones, devolverle los documentos una vez finalizado el contrato, y mantener el secreto profesional, que constituye ya el núcleo del capítulo tercero.

En cuanto al citado deber de secreto profesional, la tesis analiza sus antecedentes históricos y legislativos, su regulación actual, los sujetos obligados o beneficiados por el secreto, su objeto, la situación del secreto profesional de los abogados de empresa en la Unión Europea, la concreta relación entre el secreto profesional y la normativa sobre el blanqueo de capitales, los diferentes supuestos de revelación del secreto -lícita o ilícita-, y la relación entre el secreto profesional del abogado y los diferentes medios de prueba regulados en la LEC. Para todo ello, centramos el análisis del secreto profesional del abogado en el CDAUE, el CDAE,

EGAE y NAC, que constituyen los principales usos profesionales aplicables a la relación abogado-cliente.

Ya anticipamos que una de las aportaciones de la tesis es la de configurar el secreto profesional como un derecho fundamental por sí mismo, pues está íntimamente relacionado con el derecho a la intimidad (artículo 18 CE) y el derecho de defensa (artículo 24 CE).

Asimismo, se analiza el alcance y contenido del confuso artículo 283.3 LEC, estudiando las diferentes posturas doctrinales que se han pronunciado sobre dicho precepto, para defender que el juez debe inadmitir toda prueba propuesta con vulneración de cualquier norma de rango legal. Somos conscientes de que nuestra tesis contradice la opinión doctrinal mayoritaria, pues ésta se muestra a favor a entender que dicha norma recoge el principio de legalidad procesal en materia probatoria, por lo que cualquier medio de prueba propuesto sin observar los requisitos legales para su proposición deberá ser desestimado por el juez, aunque defenderemos la tesis de la legalidad ordinaria utilizando por ello argumentación constitucional y analizando el artículo de conformidad con los criterios interpretativos del artículo 3 CC.

Defenderemos que toda prueba propuesta por la parte que vulnere el secreto profesional del abogado debe ser inadmitida por el juez, tanto por ser ilegal (art. 283.3 LEC) como ilícita (art. 287 LEC), y vulnear o infringir la debida buena fe procesal (art. 247 LEC).

A modo de apéndice, se ha considerado de interés anexar el texto de las normas que regulan el secreto profesional del abogado, tanto estatales como internacionales, y la múltiple jurisprudencia que analiza su contenido y alcance.

Es de justicia, por último, reconocer y agradecer la inestimable ayuda que me ha prestado mi familia, especialmente mi padre, Juan Ramón Andino, por quien siento una profunda admiración personal y profesional, y quien es el mejor abogado en ejercicio que conozco y del tengo la suerte de aprender a su lado día a día; a mi hermana Raquel Andino, quien me ha ayudado con la traducción de los textos legales anexados a la presente tesis; y mi mujer, Judit Managuerra, excelente abogada, sin quien seguro nunca habría llegado donde estoy, y me anima y ayuda constantemente a ser mejor. De igual modo, deseo acordarme de mis maestros, los profesores

Joan Picó i Junoy y M^a. Victoria Berzosa Francos, siempre atentos, pacientes y accesibles a mis preguntas, dudas o inquietudes; a mis compañeros del Departamento de Derecho Procesal de la Universitat Internacional de Catalunya, cuyas aportaciones, sugerencias y ánimos también me han empujado en aquellos momentos en los que creía no tener solución para algún problema jurídico planteado; al personal de la biblioteca del Il.lustre Col.legi d'Advocats de Barcelona, siempre prestos a cualquier petición bibliográfica; y finalmente, a los autores de estudios doctrinales, de los que tanto he aprendido simplemente leyéndolos.

CAPÍTULO PRIMERO

Breve análisis jurídico de la relación abogado-cliente

1.- Introducción.

Con carácter previo al análisis y estudio del secreto profesional del abogado, entendemos que resulta útil apuntar qué relación jurídica liga al abogado con su cliente, análisis que será descriptivo y somero, puesto que su estudio en profundidad excedería con creces el contenido de la presente tesis doctoral.

Principalmente, nos centraremos en examinar los deberes del abogado con respecto a su cliente, dentro de los cuales hallaremos el derecho-deber de secreto profesional, que analizaremos en el capítulo segundo.

El punto de partida es el artículo 1 EGAE, que establece que “La abogacía es una profesión libre e independiente que presta un servicio a la sociedad en interés público y que se ejerce en régimen de libre y leal competencia, por medio del consejo y la defensa de los derechos e intereses públicos o privados, mediante la aplicación de la ciencia y la técnica jurídicas, en orden a la concordia, a la efectividad de los derechos y libertades fundamentales y a la Justicia”.

Dicho artículo indica en qué consiste la profesión de abogado, pero no establece qué tipo contractual obedece a la relación abogado-cliente, esto es, no indica si el contrato se rige por las normas del contrato de arrendamiento de obras y servicios (artículos 1.583 y siguientes CC), o por el contrato de mandato (artículos 1.709 y siguientes CC), figuras contractuales a las que acude la doctrina y la jurisprudencia para encajar la relación abogado-cliente.

2.- Características generales de la relación abogado-cliente.

Las principales características de la relación abogado-cliente las constituyen la confianza o “fiducia” del cliente en el abogado, y el “intuitu

personae”, esto es, el encargo se confía a una persona concreta y determinada, el letrado, por parte del cliente¹.

2.1.- Sobre la confianza.

La confianza es fundamental en toda relación abogado-cliente. De hecho, el cliente confía a su abogado asuntos sumamente delicados que afectan tanto a su patrimonio (por ejemplo, la revisión y firma de un contrato, escritura pública, el encargo de una reclamación judicial monetaria, etcétera), como a su esfera personal (por ejemplo, asesoramiento en procedimiento de separación o divorcio, incapacitación de una persona, etcétera). Para ello, resulta fundamental que el cliente confíe en su abogado, quien deberá conocer hasta el último detalle del asunto encomendado para proceder a asesorarle conveniente y diligentemente².

De hecho, el EGAE y el CDAE no son ajenos en absoluto de dicha confianza, ya que este término se encuentra a lo largo de su articulado³. En este sentido, el artículo 4.1 CDAE establece que “la relación entre el cliente y su abogado se fundamenta en la confianza y exige de éste una conducta profesional íntegra, que sea honrada, leal, veraz y diligente”.

Tal es la importancia de la confianza que el cliente se halla facultado para desistir unilateralmente del contrato en el supuesto de pérdida o disminución de la confianza depositada en el abogado, sin necesidad de que exista ninguna otra causa⁴.

¹ Analizadas en profundidad por CRESPO MORA, M^a del Carmen, “La responsabilidad del Abogado en el Derecho Civil”, Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Pamplona), 2005, páginas 69 y siguientes.

² En cuanto a la confianza relacionada con el secreto profesional del abogado, vid. GARRIDO SUÁREZ, Hilda M^a, “Deontología del abogado: el profesional y su confiabilidad”, Edisofer, Madrid, 2011, páginas 42 y 43.

³ Así aparece en los artículos 30 (Deber fundamental del abogado), 33 (Derechos del abogado), y 78 (Responsabilidad Penal y Civil de los abogados) EGAE; y en la Exposición de Motivos y los artículos 4 (Confianza e integridad), 5 (Secreto profesional), y 13 (Relaciones con los clientes) CDAE.

⁴ Vid. STS 6 de octubre de 1989 (RJ 1989\6891), FD 3º, STS, Sala Contencioso-Administrativo, de 3 de abril de 1990, (RJ 1990\3578), FJ 5º, y SAP Toledo, Sección 2º (Penal), de 18 de mayo de 2005 (JUR 2005\133909), Considerando 1º.

En relación al desistimiento, CRESPO MORA⁵ indica que si entendemos que si la relación contractual abogado-cliente es un arrendamiento de servicios, entonces la figura del desistimiento unilateral es admitida en virtud de la prohibición de perpetuidad establecida en el artículo 1583 CC, y si entendemos que es un mandato, entonces el mandante puede revocar el mandato a su voluntad (artículo 1733 CC), teniendo en cuenta que en cualquier caso, el principio de buena fe que informa e integra el contrato (artículo 1258 CC) obliga al cliente a resarcir al letrado de los gastos que la defensa de sus intereses se hubieran ocasionado.

Finalmente, cabe indicar que la confianza es mutua entre el cliente y el abogado, por lo que también el letrado se halla facultado para desistir del contrato si pierde la confianza en el cliente, aunque en dicho supuesto el letrado deberá asegurarse de que el desistimiento no producirá indefensión alguna al cliente⁶.

2.2.- Sobre el “intuitu personae”.

El intuitu personae es el segundo de los elementos de la relación abogado-cliente destacada por CRESPO MORA⁷, y es que las características subjetivas del abogado pueden ser determinantes para su contratación por parte del cliente (por ejemplo, por su trayectoria profesional, especialización en la materia objeto del encargo profesional, etcétera).

Así, el artículo 1.161 CC establece que “en las obligaciones de hacer el acreedor no podrá ser compelido a recibir la prestación o el servicio de un tercero, cuando la calidad y circunstancias de la persona del deudor se hubiesen tenido en cuenta al establecer la obligación”.

⁵ CRESPO MORA, M^a Carmen, “La responsabilidad del Abogado en el Derecho Civil”, op. cit., páginas 70 y 71.

⁶ Y así se establece expresamente en el artículo 3.1.4. CDAUE cuando indica que “el abogado que haga uso de su derecho a abandonar un asunto deberá asegurarse de que el cliente podrá encontrar la asistencia de un colega a tiempo para evitar sufrir un perjuicio”, y el párrafo tercero del artículo 13.3 CDAE establece que “el abogado que renuncie a la dirección letrada de un asunto habrá de realizar los actos necesarios para evitar la indefensión de su cliente”.

⁷ CRESPO MORA, M^a Carmen, “La responsabilidad del Abogado en el Derecho Civil”, op.cit., páginas 72 a 78.

Sin duda, la fungibilidad o infungibilidad del deudor en las obligaciones de hacer sería, por si solo, un tema que podría bien ser objeto de tesis doctoral, cuestión que excede del presente estudio, procederemos a indicar el estado de la cuestión desde el punto de vista genérico para posteriormente abordar el asunto desde el punto de vista de la relación abogado-cliente:

Los autores han analizado y estudiado la fungibilidad o infungibilidad de la obligación de hacer de la siguiente forma:

i.- DÍEZ-PICAZO⁸ indica que una obligación es personalísima cuando el sujeto que ha de prestar su actividad constituye un elemento esencial del programa de prestación y no puede ser sustituida por otro, por lo que dicha característica deberá quedar patente en la declaración de voluntad de las partes o en las circunstancias que han rodeado al negocio jurídico celebrado entre ellas y el criterio que razonablemente se pueda sustentar desde un punto de vista objetivo en relación con los negocios o asuntos del mismo tipo.

Por ello, el fallecimiento del deudor extingue la obligación, por aplicación del artículo 1595 CC⁹.

ii.- Por su parte, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO¹⁰ añade que sólo se podrá aplicar el artículo 1.161 si la preferencia subjetiva del acreedor está basada sobre alguna razón con un mínimo de objetividad y no sobre el mero capricho.

⁸ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, “Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial”, Volumen II, Editorial Civitas-Aranzadi, Cizur Menor (Pamplona), 2009, páginas 279 y 280.

⁹ Artículo 1595 CC: “Cuando se ha encargado cierta obra a una persona por razón de sus cualidades personales, el contrato se rescinde por la muerte de esa persona”.

¹⁰ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, “Comentarios al Código Civil”, Editorial Aranzadi, 2001, páginas 1.360 y 1.361; “Comentarios al artículo 1161 CC”, en *Comentario del Código Civil*, Tomo II, Ministerio de Justicia, Civitas, Madrid, 1991, página 181; así como “Comentario al artículo 1161 CC”, en *Comentario al Código Civil y compilaciones forales*, dirigidos por ALBALADEJO, Tomo XVI, Vol. 1, 2ª edición, Edersa, Madrid, 1991, páginas 73 y 74.

Dicho autor establece la posibilidad de sustitución en dos supuestos concretos: el primero de ellos siempre que el deudor responda del resultado satisfactorio para el acreedor (artículo 1.721 CC), respondiendo también por el sustituto; y el segundo de ellos cuando el pago llevado a cabo por el sustituto mantiene el nivel de calidad del deudor.

Aplicado lo anterior a la relación abogado-cliente, existe un primer sector doctrinal y jurisprudencial¹¹ que entienden que la relación abogado-cliente

¹¹ Referencias citadas por CRESPO MORA, M^a Carmen, “La responsabilidad del Abogado en el Derecho Civil”, op.cit., páginas 73 y 74, comprobadas por este autor, y que son las siguientes: YZQUIERDO TOLSADA, Mariano “Responsabilidad civil del abogado”, La Universidad y las profesiones jurídicas (Deontología, Función social y Responsabilidad, organizado por el Consejo de la UCM, Madrid, 1998, pp. 43-95; LETE DEL RIO, José Manuel, “Derecho de Obligaciones. Contratos en particular”, Volumen III, 3^a ed., Editorial Tecnos, Madrid, 1999, página 280, BUSTO LAGO, José Manuel, “¿Puede incurrir en responsabilidad civil el procurador cuyo domicilio es designado por el abogado de parte, sin mediar consentimiento de aquél, a efectos de notificaciones de resoluciones judiciales dictadas en procedimientos en los que su intervención no es preceptiva?”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2001, año 77, número 668, páginas 2518 y siguientes; y O’CALAGHAN MUÑOZ, Xavier, Compendio de Derecho Civil, Tomo II, Vol. II, Edersa, Madrid, 2001, página 573. Asimismo, CRESPO MORA cita las siguientes Sentencias del Tribunal Supremo, comprobadas por este autor, a las que se ha añadido el fundamento jurídico correspondiente, de interés para el lector, y que reconocen el carácter *intuitu personae* a los servicios que los letrados prestan a sus clientes, SSTS 6 de octubre de 1989 [RJ 1989, 6891] fj 3º, 30 de marzo de 1992 [RJ 1992, 2306] fj 2º, 9 de febrero de 1996 [RJ 1996, 865] fj 4º, 28 de enero de 1998 [RJ 1998, 357] fj 3º, 25 de marzo de 1998 [RJ 1998, 1651] fj 1º, a las que añado las siguientes: SSTS 23 de mayo de 2001 [RJ 2001\3372] fj 3º, 30 de diciembre de 2002 [RJ 2003\333] fj 3º, 12 de diciembre de 2003 [RJ 2003\9285] fj 6º, 23 de mayo de 2006 [RJ 2006\5827] fj 4º, 23 de marzo de 2007 [RJ 2007\1542] fj 2º, 10 de julio de 2007 [RJ 2007\3881], fj 3º, 30 de julio de 2007 [RJ 2007\4962] fj 3º, 18 de octubre de 2007 [RJ 2007\8621], fj 2º, 22 de octubre de 2008 [RJ 2008\5787], fj 4º, 24 de junio de 2010 [RJ 2010\3902], fj 4º y 23 de diciembre de 2010 [RJ 2011\147] fj 5º (aunque referida al término “asesor” y no a abogados); y también debemos atender a la jurisprudencia menor, la SAP Alicante de 1 de febrero de 2001 [JUR 2001\122945] fj 3º, SAP Barcelona 30 de septiembre de 1998 [AC 1998\8942] fj 2º, la SAP de Cádiz de 27 de noviembre de 2001 [JUR 2002, 55192] fj 3º, y de 21 de febrero de 2001 [JUR 2001\137890] fj 1º, SAP Cantabria 16 de abril de 2010 [AC 2010\1401] fj 2º, SAP Granada 15 de octubre de 1997 [AC 1997\2173] fj 1º, SAP Las Palmas de 17 de junio de 2003 [JUR 2004\23986] fj 1º y 8 de julio de 2011 [JUR 2011\7608] fj 5º, SAP Madrid 29 de enero de 2000 [AC 2000\681] fj 2º, 15 de febrero de 2003 [RJ 2004\258752] fj 6º, 17 de noviembre de 2005 [JUR 2006\32617] fj 3º, 26

consiste siempre en un hacer personalísimo por parte del abogado, por lo que no cabe sustitución alguna y la prestación debe llevarse a cabo personalmente por el abogado designado por el cliente.

No obstante, cabe advertir que una aplicación férrea de la doctrina anterior podría llevar a la conclusión de que el abogado no podría servirse de auxiliares dentro de su propio despacho para llevar a cabo el encargo encomendado por el cliente, ni tampoco que el abogado pueda ejercer la profesión en un despacho colectivo, en contra de lo que establecen los artículos 27.2 y 28.1 EGAE.

Por ello, compartimos la opinión de CRESPO MORA¹², y añadimos la anteriormente transcrita de DÍEZ-PICAZO, y sostenemos que el carácter de *intuitu personae* del abogado sólo será aplicable cuando (i) la cualidad y circunstancias de la persona del abogado hayan sido determinantes para establecer el encargo profesional, esto es, el cliente tendrá la intención de contratar a un determinado abogado, y no a otro, a pesar de que trabaje en la misma área de práctica del Derecho que el primero; (ii) y que dicha circunstancia quede plasmada en el encargo específico que se encomienda al abogado¹³.

de septiembre de 2006 [JUR 2006\268713] fj 3º, 11 de marzo de 2008 [JUR 2008\164636] fj 32º, 8 de mayo de 2009 [AC 2010\874] fj 5º, y 29 de marzo de 2010 [AC 2010\1213] fj 2º, SAP Málaga de 2 de marzo de 2005 [JUR 2005\149453] fj 3º, SAP Murcia 12 de noviembre de 2009 [JUR 2010\18659] 2º, SAP Navarra de 23 de febrero de 2000 [AC 2002, 97] fj 2º, SAP Tarragona 28 de abril de 2008 [JUR 2008\206052] fj 3º, SAP Toledo 15 de mayo de 2000 [AC 2000\2081], fj 2º, 29 de mayo de 2000 [AC 2000\3815] fj 2º, SAP Valencia 18 de diciembre de 2008 [2009\131040] fj 2º y SAP Zaragoza 16 de abril de 1993 [AC 1993\417] fj 1º.

¹² CRESPO MORA, M^a Carmen, “La responsabilidad del Abogado en el Derecho Civil”, op.cit., páginas 74 y 75, quien cita a la siguiente obra, comprobada por este autor: ALBALADEJO en su “Comentario al artículo 1161 CC”, en la obra colectiva Comentario del Código Civil, Tomo II, Ministerio de Justicia, Editorial Civitas, Madrid, 1993, páginas 180 a 182 para sostener su opinión.

¹³ Tiene importancia la presente cuestión en el plano práctico, pues podría entenderse incumplido un contrato cuando el encargo fuera ejecutado por Abogado distinto del contratado por el cliente. En este punto, cabe indicar que ALBALADEJO, en la obra referenciada en la nota anterior, incluso parece admitir la sustitución en el ámbito del artículo 1161 CC (cita el artículo 1158 CC que permite el pago o cumplimiento de la obligación llevada a cabo por un tercero, siendo la excepción a dicha regla el propio

3.- Naturaleza jurídica de la prestación principal del abogado.

Resulta fundamental la correcta calificación jurídica de la prestación principal que debe prestar el abogado a su cliente para que se tenga la certeza de qué preceptos regulan y califican la actuación del abogado que asesora, actúa en nombre del cliente en el marco de un procedimiento judicial, ante el Notario, el Registrador de la Propiedad o Mercantil, o bien representando al cliente en el marco de una junta general de accionistas, de comunidad de propietarios, etcétera.

A veces, la doctrina jurisprudencial del siglo pasado ofrece una visión ajustada, aún en nuestros días, del contenido y alcance de la profesión de abogado. Así, no podemos resistirnos a transcribir el contenido del Considerando Tercero de la STS de 22 de enero de 1930 (RJ 1930\598)¹⁴, en la que el Alto Tribunal decía lo siguiente:

“No puede admitirse que el abogado sea únicamente la persona que con el título de Licenciado o Doctor en Derecho se dedica a defender

1161 CC, que debe en consecuencia ser interpretado restrictivamente), aunque se debe advertir que la calidad de la ejecución debe ser similar a la que hubiera llevado a cabo el primitivo deudor, y dicha conclusión nos parece correcta a la luz del artículo 1258 CC y porque la satisfacción del acreedor elimina un elemento esencial de la responsabilidad civil del Abogado, cual es el daño. No obstante, CRESPO MORA, M^a Carmen, “La responsabilidad del Abogado en el Derecho Civil”, op.cit., página 76, indica que se podría lesionar el interés del cliente en los supuestos en los que el cliente quiera encomendar un asunto delicado a un determinado Abogado, finalmente ejecutado por otro. No estamos de acuerdo con el ejemplo proporcionado por dicha autora, habida cuenta que todo Abogado deberá guardar secreto profesional de todo hecho o noticia que reciba de su cliente en el ejercicio de su profesión, cuestión en la que profundizaremos más adelante en la presente obra; sí estamos de acuerdo con la cita de dicha autora del artículo 1721 CC (op. cit. página 77), que establece que el mandatario puede nombrar sustituto si el mandante no se lo ha prohibido; por ello, en los supuestos en los que el Abogado nombre un sustituto y en el contrato se haya plasmado la voluntad del cliente de encomendar el asunto sólo a dicho Abogado, entonces aunque el producto final tenga una calidad similar a la que hubiera ofrecido el Abogado designado por el cliente, entendemos que los Honorarios del Abogado deberán cobrarse en función de los criterios orientadores del Colegio de Abogados correspondiente, pues el daño para el cliente consistirá en satisfacer unos honorarios previamente pactados por encima de lo estipulado por el Colegio en función a las características del Abogado designado.

¹⁴ Citada por DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, “Memoria de Pleitos”, Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2005, página 109.

en juicio por escrito o de palabra los intereses y las causas de los litigantes, sino que es el consejero de las familias, el juzgador de los derechos controvertidos cuando los interesados lo desean, el investigador de las ciencias histórico-jurídicas y filosóficas, cuando éstas fueran necesarias para defender los derechos que se le encomiendan; el apóstol de la ciencia jurídica que dirige a la humanidad y hace a ésta desfilar a través de los siglos, y, por tanto, cuando a un abogado se le confiera la defensa de un pleito por una mancomunidad de pueblos y se hace necesario para ello aportar antes los resultados de investigaciones históricas o jurídicas, no puede separarse éstas de la ciencia y fin del trabajo, aunque haya que remunerar éste con la misma intensidad que representa el trabajo intelectual prestado. Puede suceder que un abogado especializado en otras materias, sin abogar en el foro, por otra clase de conocimientos técnicos, fuese el encargado de preparar el camino al abogado en ejercicio, requiriendo al primero al solo fin de hacer las investigaciones históricas en los Archivos de la Patria y aun en el extranjero y entregarlas después al compañero que ha de llevar su voz por escrito y de palabra ante los Tribunales; pero en este caso, el primero fundaría su intervención y pago en el arrendamiento de los primeros servicios, y el segundo, en los profesionales de abogado; mas si sucede lo contrario, como en el caso presente, no es posible marcar la línea divisoria de unos servicios y de los otros, y, por tanto, los Tribunales a quo, como este Supremo Tribunal, tienen que considerar todos ellos como profesionales del abogado; y así se deduce de las mismas alegaciones de las partes, y más aún de los actos anteriores, coetáneos y posteriores de la vida de este antiguo pleito”¹⁵.

Un abogado puede asesorar e intervenir en multitud de asuntos en nombre de su cliente, lo que sin duda ofrece una gran dificultad a la hora de determinar el régimen jurídico aplicable a la prestación principal que puede ofrecer el abogado. Así, debemos distinguir entre actuación procesal del abogado y extraprocesal.

Dicha distinción nos la ofrece el artículo 542.1 LOPJ, que establece que “corresponde en exclusiva la denominación y función de abogado al licenciado en Derecho que ejerza profesionalmente la dirección y defensa

¹⁵ Vid., por ser de la misma época, la crítica llevada a cabo a la abogacía por parte de CALAMANDREI, Piero, “Troppi avvocati”, Florencia, 1921. [Edición española: Demasiados abogados. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1926.]

de las partes en toda clase de procesos, o el asesoramiento y consejo jurídico”¹⁶.

Por ello, debemos distinguir la intervención del abogado que ejerce profesionalmente la dirección y defensa de las partes en toda clase de procesos (activa o pasivamente)¹⁷, frente al abogado que asesora y ofrece consejo jurídico al cliente¹⁸.

¹⁶ Con idéntica redacción, el artículo 6 EGAE.

¹⁷ Como indica CRESPO MORA, M^a Carmen, “La responsabilidad del Abogado en el Derecho Civil”, op.cit., página 78, el letrado no ostenta la exclusividad de la actividad procesal en todas las materias. Por ejemplo, el artículo 3.3 EGP establece que “el procurador podrá ostentar la defensa del cliente cuando no esté reservada por ley a otras profesiones”. Asimismo, y en el ámbito civil, no es preceptiva la intervención de abogado en los siguientes supuestos tasados por la ley: (i) en los juicios verbales cuya cuantía no exceda de 2.000 euros (artículo 31.2.1º LEC), (ii) en la petición inicial de procedimiento monitorio (artículo 31.2.1º LEC), (iii) en la presentación de escritos que tengan por objeto personarse en juicio (artículo 31.2.2º LEC), (iv) las medidas cautelares pueden solicitarse antes de la interposición de la demanda si quien en ese momento las pide y alega razones de urgencia o necesidad sin que sea preceptiva la intervención de Abogado (artículos 31.2.2º y 730 LEC), (v) la presentación de escritos que soliciten la suspensión urgente de vistas o actuaciones (excepto si la causa de la suspensión se funda en una causa que afecta personalmente al abogado, artículo 31.2.2º LEC), (vi) no es preceptiva la intervención de abogado en aquellos actos de jurisdicción voluntaria cuya cuantía no exceda de 2.404,50 euros (artículo 10.3º LEC 1881), (vii) no resulta preceptiva la intervención de abogado en los actos de conciliación (artículo 10.1º LEC 1881), (viii) tampoco para impugnar las resoluciones que, de modo definitivo, reconozcan o denieguen el derecho a la asistencia jurídica gratuita (artículo 20 Ley 1/1996), (ix) la acción de rectificación respecto a los hechos publicados que se consideren inexactos y cuya divulgación pueda causar perjuicios a la persona afectada, puede instarse sin intervención preceptiva de abogado (artículo 5 LO 2/1984), (x) en el marco del procedimiento concursal, los acreedores pueden comunicar sus créditos respecto al concursado sin intervención de abogado (artículo 184.3 Ley 22/2003), y (xi) en el marco de la ejecución regulada en el artículo 539.1 LEC, que establece que no será preceptiva la intervención de abogado en aquellos procesos de ejecución de resoluciones dictadas en procesos en que no sea preceptiva la intervención de abogado, y en el marco de la ejecución derivada de procesos monitorios en que no haya habido oposición, siempre que la cuantía no sea superior a 2.000 euros.

¹⁸ No obstante, el asesoramiento también puede ser llevado a cabo por licenciados en Derecho, sin necesidad de que estén incorporados a un Colegio de Abogados, tal y como establece la SAP Vizcaya de 6 de junio de 2000, AC 2000\3346, fj 3º, que distingue entre actuación en el ámbito judicial, en el que un cliente debe ser asesorado

3.1.- Actuación del abogado en el proceso.

La calificación jurídica de la intervención del abogado en el proceso judicial defendiendo los intereses de su cliente es compleja, puesto que cabe la posibilidad de entender que es un contrato de arrendamiento de servicios (artículos 1.583 y siguientes CC), un contrato de mandato (artículos 1.709 y siguientes CC), o bien que es un contrato atípico¹⁹ ya que, como veremos, la distinción entre arrendamiento de servicios y mandato resulta sumamente difícil.

3.1.1.- Breve apunte histórico y situación doctrinal actual.

Para comprender la polémica doctrinal²⁰, debemos realizar un breve apunte histórico de la regulación de la prestación del abogado a su cliente, partiendo del Derecho Romano, donde ya existía la distinción entre el arrendamiento de servicios (*locatio conductio operarum*) y las ocupaciones intelectuales (*operae liberales*).

Así, el arrendamiento de servicios se utilizaba para trabajos manuales a cambio del cual se obtenía una merced (*mercennarius*), o bien el servicio se

por abogado en ejercicio (artículo 542 LOPJ), y el asesoramiento jurídico, que puede ser prestado por un abogado en ejercicio, o bien (como el supuesto enjuiciado) por un licenciado en Derecho.

¹⁹ Incluso OSSORIO Y GALLARDO, Angel, “El alma de la toga”, Editorial Porrúa, México DF, 2005, página 27, defendía que la clave para determinar la calificación jurídica de la prestación del abogado nos la proporciona el sacerdocio, en tanto en cuanto la abogacía no es una carrera ni un oficio sino un ministerio y como tal hay que contemplarla sin que le alcance ninguna otra regulación.

²⁰ Buena muestra de esta complejidad son las doctrinas citadas por BONET RAMON, Francisco, en su “Comentario a la Sentencia de 18 de enero de 1941”, *Revista de Derecho Privado*, 1941, páginas 160 a 165, siendo las mismas las siguientes: (a) teorías extracontractuales (Aubry y Rau, Fosse), (b) teoría del mandato (Pothier, Marcadé Duramont, Troplong, Huc, Dernburg, Marty), (c) teoría del arrendamiento de servicios (Cujas, Duvergier, Laurent, Planiol y Ripert Bruno), (d) teoría del contrato de empresa (Planiol y Ripert), (e) teoría del contrato innominado (Garsonnet). Dichas teorías son asimismo citadas por CASTAN TOBEÑAS, José, en “Derecho Civil Español, Común y Foral”, Tomo IV, Derecho de Obligaciones, 9ª Edición, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1962, páginas 430 y 431.

llevada a cabo por esclavos²¹, sin merced alguna; por su parte, las ocupaciones intelectuales tenían un carácter tan privilegiado que sólo podían ser objeto de mandato²².

Por ello, los abogados no percibían un salario como contraprestación de los servicios prestados, sino que percibían honorarios, e incluso en los primeros tiempos el abogado no percibía remuneración alguna por sus servicios, por considerarse que la remuneración no era propia del hombre digno²³.

En la actualidad, se reconoce que el ejercicio de todas las profesiones debe llevar aparejada una retribución, ya sea por trabajos manuales o intelectuales²⁴, por lo que la situación respecto a la prestación del abogado, ha cambiado radicalmente tanto en la doctrina²⁵ como en la

²¹ FUENTESECA, P. “Derecho privado romano”, Madrid, 1978, página 275.

²² ALONSO PÉREZ, M^a T., “Los contratos de servicios de abogados, médicos y arquitectos”, Edit. J. M^a Bosch, Barcelona, 1997, página 61, indica que Ulpiano consideró profesionales intelectuales a los abogados en el D 50, 13, 1, 10.

²³ SCHULZ, Fritz, N. “Derecho romano clásico”, traducida de la edición inglesa por Santa Cruz Teijeiro, Edit. J. M^a Bosch, Barcelona, 1960, página 530, establece que en su origen el cumplimiento del mandato venía impuesto por las exigencias derivadas de la amistad y explica que la amistad en la Antigua Roma se implicaba e imponía ciertos deberes; a un amigo se le podía exigir hospitalidad, despliegue de actividades (sus servicios como abogado) e incluso solicitar préstamos.

²⁴ Vid. DIEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, “Sistema de Derecho Civil, Volumen II, Editorial Tecnos, Madrid, 2001, páginas 395-396, LACRUZ BERDEJO et alia, “Elementos de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones, contratos y cuasicontratos”, editorial Dyckinson, Madrid, 2002, página 205. Asimismo, cabe citar la siguiente doctrina jurisprudencial: SSTS 6 de octubre de 1989 (RJ 1989\6891), 24 de junio de 1991 (RJ 1991\4619), 23 de octubre de 1992 (RJ 1992\8277), 25 de marzo de 1998 (RJ 1998\1651), y 23 de mayo de 2001 (RJ 2001\3372). Vid. también SAP Segovia de 31 de julio de 2002 (JUR 2002\248043), y la SAP de León de 22 de noviembre de 2002 (AC 2002\830).

²⁵ Destaco a BONET RAMÓN, Francisco, “La naturaleza jurídica del contrato de mandato, y el carácter del contrato de servicios celebrado por los abogados y demás personas que ejercen profesiones liberales según la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Comentario a la STS de 16 de febrero de 1935”, *Revista de Derecho Privado*, número 22, 1935, páginas 391 a 396, y también DELGADO ECHEVARRÍA, Jesús, en

jurisprudencia²⁶, que entienden que dicha relación es la correspondiente al arrendamiento de servicios, habida cuenta que el abogado ofrece una prestación de medios, pero no de resultados²⁷.

Se entiende entonces que la prestación del abogado, consistente en defender las pretensiones de su cliente ante los Tribunales se califica jurídicamente de arrendamiento de servicios, como una obligación de medios o de actividad.

No obstante, y tal y como señala CRESPO MORA²⁸, dicha conclusión no se halla exenta de críticas, debidas básicamente a la parca regulación de la figura del arrendamiento de servicios en el Código Civil²⁹:

- i.- Porque en primer lugar los citados artículos parecen regular únicamente los servicios prestados en régimen de dependencia o por cuenta ajena.

la obra colectiva de LACRUZ BERDEJO et alia, “Elementos de Derecho Civil, II”, Volumen 2º, Edit. J. Mª Bosch, Barcelona, 1995, página 219.

²⁶ Vid., por ejemplo, en cuando a calificación como arrendamiento de servicios, SSTS de 4 de febrero de 1992 (RJ 1992\819), 23 de octubre de 1992 (RJ 1992\8277), 28 de enero de 1998 (RJ 1998\357), 3 de febrero de 1998 (RJ 1998\614), 25 de junio de 1998 (RJ 1998\357), 3 de octubre de 1998 (RJ 1998\8587), 8 de junio de 2000 (RJ 2000\5098), 23 de mayo de 2001 (RJ 2001\3372), 7 de abril de 2003 (RJ 2003\3003), 28 de junio de 2012 (JUR 2012\311147), FJ 13º.

²⁷ Vid., por ejemplo, en cuanto a obligación de medios, pero no de resultados, SSTS 30 de diciembre de 2002 [RJ 2003\333] fj 3º y 12 de diciembre de 2003 [RJ 2003\9285], fj 6º; vid. CRESPO MORA, Mª Carmen, “La responsabilidad del Abogado en el Derecho Civil”, op.cit., páginas 81 a 89; CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, “Obligaciones de actividad y de resultado”, Edit. J. Mª Bosch, Barcelona, 1993.

²⁸ CRESPO MORA, Mª Carmen, “La responsabilidad del Abogado en el Derecho Civil”, op.cit., páginas 91 a 93.

²⁹ Contenida en los artículos 1.583 a 1.587 CC, cuya Sección se titula “Del servicio de criados y trabajadores asalariados” que ha merecido la crítica de la doctrina, de la que destaco a TORRES LANA, José Ángel, “Comentario de los artículos 1583 a 1587 CC”, en *Comentario del Código Civil*, Tomo II, Ministerio de Justicia, Editorial Civitas, 1991, en cuya página 1170 indica que dicha regulación “constituye una buena muestra de normativa arcaica, absolutamente desfasada de la realidad actual, a la par que bien expresiva de los postulados ideológicos que inspiraron el CC”.

- ii.- En segundo lugar porque los preceptos del CC que regulan esta institución no mencionan de forma expresa los servicios prestados por profesionales liberales³⁰.
- iii.- En tercer lugar, los artículos 1.583 al 1.587 CC han sido derogados tácitamente por la normativa laboral, por lo que la doctrina restringe la vigencia tan sólo a los artículos 1.583 y 1.587 CC³¹.
- iv.- Asimismo, alguno de sus preceptos chocan con la sensibilidad actual³².

Frente a la situación anteriormente descrita, la doctrina actual propone la aplicación de la normativa del mandato a los servicios prestados por profesionales liberales, de tal forma que un sector doctrinal se posiciona a favor de aplicar los artículos del contrato de mandato a los servicios prestados por profesionales liberales³³, frente a otro sector doctrinal que acepta la aplicabilidad de la normativa del arrendamiento de servicios, pero

³⁰ En este sentido, RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. M^a, “El desistimiento en el contrato de servicios de los profesionales liberales”, Anuario de Derecho Civil, Tomo LIV, Fascículo II, 2001-1, páginas 681 a 751, concretamente en la página 690 indica que el hecho de que no se mencionen las profesiones liberales en los artículos 1.583 y 1.587 CC no obedece a un mero descuido del legislador, ya que sí los menciona en otros preceptos (por ejemplo, en el artículo 1967, párrafos primero y segundo; y añadimos el último párrafo del artículo 1.459, que también expresamente cita a los abogados.

³¹ TORRES LANA, José Angel, “Comentario al artículo 1587” en “Comentario del Código Civil”, Tomo II, Ministerio de Justicia, Civitas, Madrid, 1993, páginas 1173 y 1174, y vid. SSTS 25 de marzo de 1998 (RJ 1998\1651) y 23 de mayo de 2001 (RJ 2001\3372), y finalmente SAP Segovia 31 de julio de 2002 (JUR 2002\248043).

³² Por ejemplo, vid. artículo 1.584 CC: “(...) El amo será creído, salvo prueba en contrario (...)”. Con razón, TORRES LANA, José Angel, op. cit., páginas 1171 y 1172 indica que el precepto se halla derogado directamente por la Constitución.

³³ Así, vid. ALONSO PÉREZ, M^a Teresa, “Los contratos de servicios de abogados, médicos y arquitectos”, op. cit., páginas 162 y siguientes; CERVILLA GARZÓN, M^a Dolores, “La prestación de servicios profesionales”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, página 93; y RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. María, “El desistimiento del contrato de servicios de los profesionales liberales”, Anuario de Derecho Civil, Tomo LIV, Fascículo II, 2001-1, página 695; ídem “La muerte del oferente como causa de extinción de la oferta contractual”, Civitas, Madrid, 2003, página 98.

también la aplicación analógica de los artículos del mandato, para cubrir las lagunas existentes en el CC en materia de arrendamiento de servicios³⁴.

La principal duda radica en aplicar a las profesiones liberales el régimen del mandato o el régimen de arrendamiento de servicios, ya que ambas instituciones parten del mismo objeto (el artículo 1544 CC establece que su objeto consiste en que una de las partes se obliga a prestar a la otra un servicio, y el artículo 1709 CC establece que su objeto consiste en prestar algún servicio o hacer alguna cosa), también comparten ambas figuras el *intuitu personae* y el carácter fiduciario de la relación, por lo que la verdadera cuestión radica en distinguir ambas figuras, cuestión que por sí sola ya merecería un trabajo mucho más profundo que el presente, pero que intentaremos describir en el siguiente apartado.

3.1.2.- Distinción entre el arrendamiento de servicios y el mandato³⁵.

A la hora de tratar los diferentes criterios de distinción llevados a cabo por la doctrina para intentar diferenciar el contrato de arrendamiento de servicios y el mandato³⁶ tomaremos los criterios resaltados por CRESPO

³⁴ Vid. LUCAS FERNÁNDEZ, F, “Comentario a los artículos 1583 a 1587 CC”, en “Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales”, dirigidos por ALBALADEJO, Tomo XX, Volumen 1, 2ª Edición, Edersa, Madrid, 1986, página 44; CAMPINS VARGAS, Aurora, “La sociedad profesional”, Civitas, Madrid, 2000, página 321 (admite dicha aplicabilidad, pero circunscrita al régimen de responsabilidad), y SERRA RODRÍGUEZ, Adela, “La relación de servicios del abogado”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, página 172 a 174.

Asimismo, se debe tener en cuenta la Ley 562 del Fuero de Navarra, que establece la aplicabilidad supletoria de la normativa del mandato al contrato de prestación de servicios. No obstante, ARCOS VIEIRA, M^a Luisa, “El mandato de crédito”, Aranzadi, Pamplona, 1996, página 149, advierte las diferencias entre las normas del mandato del Código Civil y las contenidas en el Fuero de Navarra.

³⁵ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, “Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial”, Volumen IV, Aranzadi, Pamplona, 2010, páginas 467 a 506.

³⁶ Vid., por ejemplo, ARCOS VIEIRA, op. cit., páginas 105 y siguientes.

MORA³⁷, atendiendo a que dicha autora se centra en el análisis de los criterios de distinción bajo el prisma de la relación abogado-cliente.

3.1.2.1.- Onerosidad del arrendamiento de servicios frente a la gratuidad del mandato.

En primer lugar, se parte del carácter oneroso del arrendamiento de servicios (artículo 1544 CC), frente a la gratuidad del mandato (artículo 1711 CC)³⁸. No obstante, dicho criterio es desestimado porque el propio artículo 1711 CC, en su párrafo segundo, admite la posibilidad de que el mandato sea retribuido³⁹.

No obstante, si el abogado presta sus servicios con carácter gratuito (por ejemplo, por razones de amistad, parentesco o mera ayuda gratuita a título de amistad), entonces la relación debe ser calificada como un mandato, en tanto en cuanto es un elemento esencial del arrendamiento de servicios el pago de un precio cierto⁴⁰.

³⁷ CRESPO MORA, M^a Carmen, “La responsabilidad del Abogado en el Derecho Civil”, op.cit., páginas 93 a 98.

³⁸ BONET RAMÓN define el mandato de la siguiente forma: “aquel contrato de cooperación o fiducia que tiene por objeto la ejecución por cuenta ajena, naturalmente gratuita de cualesquiera actos o servicios –materiales o jurídicos- y accidentalmente onerosa de los relativos a la gestión de uno o varios asuntos, a que en todo caso se haya obligado una persona por cuenta o encargo de otra”; vid. BONET RAMÓN, Francisco, “Del contrato de mandato”, en *Código Civil de Scaevola*, tomo XXVI, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1949, página 237.

³⁹ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, “Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial”, Volumen IV, Aranzadi, Pamplona, 2010, página 467. A pesar de que exista la posibilidad de un mandato retribuido, diversos autores insisten en el elemento de la gratuidad del mandato para diferenciarlo del arrendamiento de servicios, añadiendo que en el supuesto del mandato oneroso no se pretende pagar el servicio sino compensar al mandatario, citamos a BONET RAMÓN, op. cit., página 387 y 388, y a TRAVIESAS, M. Miguel, “El mandato retribuido y el arrendamiento de servicios”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1918, número 132, páginas 90 a 106.

⁴⁰ Como así lo indica CRESPO MORA, M^a Carmen, “La responsabilidad del Abogado en el Derecho Civil”, op.cit., páginas 264 a 271.

3.1.2.2.- Naturaleza de los servicios prestados.

El segundo de los criterios de distinción se fija en la naturaleza de los servicios, habida cuenta que el Código Civil circunscribe la regulación del arrendamiento de servicios al servicio de criados y trabajadores asalariados, por lo que toda prestación fuera de dicho ámbito debe remitirse a la regulación del mandato.

Sostiene parte de la doctrina que la ejecución de cosas del orden material pertenece al arrendamiento de servicios, mientras que actos jurídicos a realizar pertenece al mandato⁴¹.

No obstante, compartimos el criterio de CRESPO MORA⁴², quien señala que tal distinción parte del Derecho Romano y no es correcta en la actualidad, puesto que hoy en día pueden constituir objeto de arrendamiento de servicios tanto los trabajos intelectuales como los manuales.

3.1.2.3.- Criterio de la juridicidad de la actividad.

El presente criterio de distinción parte de la base de que el objeto del mandato se dirige hacia determinados actos concretos (administrar, transigir, enajenar, etcétera)⁴³, frente a un criterio más amplio del

⁴¹ Así, vid. SIERRA POMARES, Francisco, voz “Mandato”, en *Enciclopedia Jurídica Española*, vol. XXI, Francisco Seix, Editor, Barcelona, 1910, página 581; aunque dicho autor reconoce que siguiendo dicho criterio es muy difícil en ocasiones distinguir; ALBALADEJO, M. “Derecho civil”, Tomo II, Volumen 2º, Edit. J. Mª Bosch, Barcelona, 1989, página 319; y finalmente citamos a GETE-ALONSO indica que en el mandato “no se trata del desarrollo o realización de una actividad material sino del cumplimiento de actos jurídicos (al menos de interés jurídico) por cuenta de otro (alienidad del interés)”; GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen, “Cuadernos de Teoría y Práctica de Derecho Civil”, *Derecho Civil II*, Editorial La Ley, Madrid, 1991, página 290.

⁴² CRESPO MORA, Mª Carmen, “La responsabilidad del Abogado en el Derecho Civil”, op.cit., página 94.

⁴³ Vid. SIERRA POMARES, Manuel, Voz “Mandato”, en *Enciclopedia Jurídica Española*, tomo 21, Francisco Seix, Editor, Barcelona, 1910, páginas 580 a 602, quien indica que el mandato “es un contrato en virtud del cual una persona llamada mandante confiere a otra (mandatario) poder para llevar a cabo, en lugar de la primera, uno o varios actos jurídicos” (página 580 en la reseña anteriormente transcrita); asimismo, el

arrendamiento de servicios, reservado para actos manuales o intelectuales⁴⁴.

La crítica al presente criterio de distinción la ofrece el artículo 1709 CC, que contempla la posibilidad de que el mandato incluya cualquier tipo de actividad a ejecutarse por parte del mandatario⁴⁵.

3.1.2.4.- Criterio de la representación.

El presente criterio se basa en el hecho de que en el mandato el mandatario actúa por encargo y también por cuenta de quien le encarga el servicio, a diferencia del arrendamiento de servicios⁴⁶.

La crítica al presente criterio la ofrece acertadamente CRESPO MORA⁴⁷: “aunque tradicionalmente representación y mandato se presentaban unidos⁴⁸, en la actualidad, la doctrina mayoritaria⁴⁹ y la jurisprudencia⁵⁰

artículo 1703 del *Codice Civile* italiano dice que “Il mandato è il contratto con quale una parte si obbliga a compiere uno o più atti giuridici per conto dell'altra”.

⁴⁴ ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, “Derecho civil. Derecho de obligaciones”, Tomo II, Volumen II, 8ª edición, Edit. J. Mª Bosch, Barcelona, 1989, página 352; CAPILLA RONCERO, Francisco “Arrendamiento de servicios”, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Vol. I, Civitas, Madrid, 1995, páginas 575 y 576; LÓPEZ Y LÓPEZ, Angel María, “Mandato”, *Enciclopedia Jurídica Básica*, Volumen III, Civitas, Madrid, 1995, páginas 4160 y 4161; y SOLE RESINA, “Arrendamiento de obras o servicios. Perfil evolutivo y jurisprudencial”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, páginas 114 y 115.

⁴⁵ GARCÍA VALDECASAS Y GARCÍA VALDECASAS, Guillermo, “La esencia del mandato”, en *Revista de Derecho Privado*, Octubre 1944, páginas 769 a 776, CASTÁN TOBEÑAS, “Derecho Civil español, común y foral, Tomo IV, op.cit., página 479.

⁴⁶ El principal defensor de este criterio fue SÁNCHEZ ROMÁN, quien indicaba que “es el mandato un contrato consensual, unilateral o bilateral, por el cual una persona (mandante) confiere su representación a otra que la acepta (mandatario)”, vid. SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe “Estudios de Derecho civil”, tomo IV, Editorial Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1899, página 490. Asimismo, vid. PUIG BRUTAU, José, Voz “Mandato”, en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Tomo XV, Francisco Seix Editor, Barcelona, 1974, páginas 833 a 840.

⁴⁷ CRESPO MORA, Mª Carmen, “La responsabilidad del Abogado en el Derecho Civil”, op.cit., página 95.

⁴⁸ CRESPO MORA cita la STS de 21 de abril de 1950 (RJ 1950\548), Cdo. 2º.

admiten que puede haber mandato sin representación y, a su vez, existen múltiples representaciones que no surgen del mandato”, basándose además en el artículo 1717 CC, que permite expresamente la hipótesis de que el mandatario pueda actuar en nombre propio.

3.1.2.5.- Criterio de la independencia de quien desarrolla la actividad frente a quien la encarga.

El presente criterio parte de la subordinación del mandatario a las estrictas directrices del mandante (artículos 1714 y 1719 CC) frente a la libertad de criterio y decisión por parte del arrendatario de servicios, coincidente con el criterio aplicable al abogado, quien, en el cumplimiento de su misión, “actuará con toda libertad e independencia”⁵¹, lo que, en principio, nos lleva a la conclusión de que el abogado actúa bajo una relación de arrendamiento de servicios.

⁴⁹ NUÑEZ LAGOS, “Mandatario sin poder”, RDP, septiembre 1946, páginas 609 y siguientes; ALBALADEJO GARCÍA, “La representación”, ADC, 1958, página 773, y SOLE RESINA, “Arrendamiento de obras o servicios. Perfil evolutivo y jurisprudencial”, op. cit., página 110. Por el contrario, LÓPEZ Y LÓPEZ, “La gestión típica derivada del mandato”, *Revista de Derecho Privado*, julio-agosto 1996, número 80, páginas 553 a 565; y HERNÁNDEZ MORENO, Alfonso, “Comentario al artículo 1725 CC”, Comentario del Código Civil, Tomo II, Ministerio de Justicia, Civitas, Madrid, 1991, páginas 1562 a 1564, defienden la tesis de que el mandato del Código Civil es siempre representativo.

⁵⁰ BONET RAMÓN, Francisco, “La naturaleza jurídica del contrato de mandato...”, op.cit., páginas 391 a 396, quien expone el cambio jurisprudencial en este punto. La unión entre mandato y representación está presente en las SSTs de 25 de abril de 1902 (Jurisprudencia civil, número 118, páginas 678 a 686) y 1 de junio de 1927 (Jurisprudencia civil, número 83, páginas 408 a 421). El cambio jurisprudencial consistente en la efectiva separación entre contrato de mandato y el poder de representación comienza con las SSTs de 8 de octubre de 1927 y 17 de octubre de 1932 (RJ 1932\1233), Cdo. 2º.

⁵¹ La libertad y la independencia son principios que han de presidir la actuación de cualquier abogado, como se indica en el artículo 542.2 LOPJ, en los artículos 1.1, 26.1, 33 y 34 EGAE, artículos 2, 3 y 13 CDAE y artículo 2 CDAUE.

No obstante, tal y como señala CRESPO MORA⁵², contra dicho criterio se pueden indicar los siguientes argumentos:

- i.- La sujeción del mandatario a las instrucciones del mandante no es total y absoluta, como se desprende del artículo 1715 CC⁵³, que establece que no se consideran traspasados los límites del mandato si fuese cumplido de una manera más ventajosa para el mandante que la señalada por éste, por lo que el propio Código Civil acepta y admite la extralimitación, siempre y cuando resulte más ventajosa para el mandante.
- ii.- En segundo lugar, ese criterio de independencia lo es atendiendo a la propia normativa que regula el arrendamiento de servicios, puesto que hace referencia a un trabajo dependiente y subordinado.

3.1.2.6.- Criterio de la ajenidad de los asuntos gestionados.

El siguiente criterio lo constituye la ajenidad de los asuntos gestionados y propia del mandato, que lleva a una relación triangular (porque el mandatario gestiona los asuntos del mandante frente a terceros), mientras que en el arrendamiento únicamente están implicadas dos partes⁵⁴.

Dicho criterio es criticable, porque es verdad que existen situaciones en las que tan sólo intervendrán el abogado y su cliente (por ejemplo, en la preparación y redacción de un dictamen, cuando se solventa una duda del cliente mediante un correo electrónico enviado por el abogado, en la redacción de un contrato, un poder, carta de representación, acta de junta general, de sesión de consejo de administración, o bien cuando el abogado simplemente asesora o aconseja al cliente, entre otros muchos ejemplos),

⁵² CRESPO MORA, M^a Carmen, “La responsabilidad del Abogado en el Derecho Civil”, op.cit., página 96.

⁵³ LEON ALONSO, José, “Comentario al artículo 1715 CC”, Comentario del Código Civil, Tomo II, Ministerio de Justicia, Civitas, Madrid, 1993, páginas 1538 a 1540.

⁵⁴ Así, CASTÁN TOBEÑAS define el mandato como “el contrato por el que una persona se obliga a realizar, por cuenta o encargo de otra, actos o servicios relativos a la gestión de uno o varios asuntos, con retribución o sin ella”; vid. “Derecho Civil español, Común y Foral”, Tomo IV (*Derecho de obligaciones. Las particulares relaciones obligatorias*), op.cit., página 530.

aunque otras veces la actuación del abogado también se dirige frente a terceros, diferentes del cliente (por ejemplo, en la gestión de asuntos del cliente frente a terceros, cuando redacta y negocia con la otra parte un contrato en nombre del cliente, o bien cuando interviene el abogado en nombre del cliente ante los tribunales de justicia); por ello, nótese que en este segundo bloque de ejemplos la prestación principal contratada entre el abogado y el cliente tiene trascendencia frente a terceros y no sólo *inter partes*; aunque, como resalta CRESPO MORA⁵⁵, la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria la califican como de arrendamiento de servicios.

3.1.2.7.- Criterio de la “sustituibilidad” del mandato.

Según este criterio ideado por GARCÍA VALDECASAS⁵⁶, sólo pueden “ser objeto posible de mandato aquellos casos en que quepa la sustitución, o sea los que el mandante realizaría normalmente por sí mismo, que pertenecen a la esfera propia de su misma actividad y que nada impide poderlos realizar por medio de otra persona”⁵⁷.

Así, el criterio de distinción se centra en el cliente (si conoce o no conoce el Derecho): si el cliente es lego en la materia, entonces la relación jurídica con el abogado es de arrendamiento de servicios (porque el abogado no sustituye al cliente), mientras que si conoce la materia, entonces el abogado actuará “en sustitución” de su cliente, con lo que la relación se circunscribe al contrato de mandato.

Dicho criterio de distinción también ha recibido críticas por parte de la doctrina:

⁵⁵ CRESPO MORA, M^a Carmen, “La responsabilidad del Abogado en el Derecho Civil”, op.cit., página 97, quien indica que en dicho sentido parecen pronunciarse DÍEZ-PICAZO/GULLÓN BALLESTEROS, “Sistema de Derecho Civil”, Volumen II, Editorial Tecnos, Madrid, 2001, página 420.

⁵⁶ GARCÍA VALDECASAS Y GARCÍA VALDECASAS, Guillermo, “La esencia del mandato”, op. cit., páginas 769 a 776.

⁵⁷ STS 14 de marzo de 1986 (RJ 1986\1252). Otras sentencias que recogen el criterio aquí expuesto son las SSTS 25 de marzo de 1988 (RJ 1988\2429) y 27 de noviembre de 1992 (RJ 1992\9596).

- i.- DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS⁵⁸ discuten la validez de dicho criterio, ya que hace depender demasiado la naturaleza jurídica de la relación que une a las partes, de las características personales del sujeto que contrata el servicio.
- ii.- CRESPO MORA⁵⁹ indica que el conocimiento o desconocimiento del Derecho es una circunstancia que, en su caso, podrá tener ciertos efectos sobre la relación jurídica abogado-cliente (por ejemplo, en apreciar la responsabilidad del abogado por el desconocimiento del Derecho o, en su caso, minorar el deber de información del abogado, sin necesidad de extenderse en detalles jurídicos), pero no puede condicionar la existencia de tipos contractuales distintos, por lo que dicha autora defiende el partir de la base de la calificación jurídica del contrato como arrendamiento de servicios, aplicándole analógicamente los preceptos del contrato de mandato, cuestión que abordaremos a continuación.

3.1.3.- Posición personal.

La discusión entre la aplicación de la normativa del mandato o del arrendamiento de servicios a la relación existente entre abogado y cliente resulta, sin duda alguna, apasionante y, como hemos tenido ocasión de analizar, especialmente compleja a la luz de las posiciones doctrinales anteriormente expuestas, por lo que no podemos con seguridad sostener dónde se halla el límite entre una figura contractual y otra, y vemos que la simple lectura de los artículos del Código Civil no ofrece respuesta alguna satisfactoria⁶⁰, llegando incluso algún autor a afirmar que no se puede distinguir uno del otro⁶¹.

⁵⁸ DÍEZ-PICAZO/GULLÓN BALLESTEROS, “Sistema de Derecho Civil”, Volumen II, Madrid, 2001, op. cit., página 420.

⁵⁹ CRESPO MORA, M^a Carmen, “La responsabilidad del Abogado en el Derecho Civil”, op.cit., página 98.

⁶⁰ LACRUZ BERDEJO llega incluso a afirmar que “nuestro Código no ayuda mucho para deslindar ambos contratos”, en “Elementos de Derecho Civil, II”, Volumen 2º, op.cit., página 228.

⁶¹ ARCOS VIEIRA, op. cit., páginas 144 y 145.

Otro sector doctrinal entiende que la regulación de la relación entre abogado y cliente debería ser la del mandato⁶², y siguiendo el planteamiento de CRESPO MORA⁶³, los argumentos que se utilizan son los siguientes:

- i.- En primer lugar, se recurre al argumento histórico, indicando que el legislador de 1889 quiso mantener la tradición jurídico-romana y someter los contratos celebrados entre particulares y ciertos profesionales a la disciplina del mandato. En contra de dicho argumento, se indica la equiparación de trabajadores manuales e intelectuales, sin que se pueda sostener en la actual sociedad la distinción que ofrecía el Derecho Romano⁶⁴.
- ii.- En segundo lugar se alude a la precaria, anticuada y derogada regulación del arrendamiento de servicios, lo que lleva a la aplicación de la normativa del mandato, al ser más completa y detallada (además de contener la posibilidad de llevar a cabo servicios profesionales onerosos y gratuitos), esto es, si hemos comprobado que no existe diferencia entre el arrendamiento de servicios y el mandato, ¿por qué no aplicar directamente los preceptos del mandato a las profesiones liberales? La crítica a este segundo argumento es la siguiente: el mandato sigue siendo

⁶² En este sentido, ALONSO PÉREZ, M^a Teresa “Los contratos de servicios de abogados, médicos y arquitectos”, op. cit, páginas 162 y siguientes, CERVILLA GARZÓN, “La prestación de servicios profesionales”, op. cit. página 93, y RODRÍGUEZ GUITIÁN, “El desistimiento en el contrato de servicios de los profesionales liberales, op. cit. página 695, así como “La muerte del oferente como causa de extinción de la oferta contractual”, op. cit. página 98.

⁶³ CRESPO MORA, M^a Carmen, “La responsabilidad del Abogado en el Derecho Civil”, op. cit., páginas 99 y 100.

⁶⁴ BONET RAMÓN, “La naturaleza jurídica del contrato de mandato y el carácter del contrato de servicios celebrado por los abogados y demás personas que ejercen profesiones liberales según la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Comentario a la STS de 16 de febrero de 1935”, op. cit. página 395 y LEÓN ALONSO, José, “Comentario al artículo 1711 CC”, en *Comentario del Código Civil*, Tomo II, Ministerio de Justicia, Civitas, Madrid, 1991, página 1529.

*esencialmente*⁶⁵ gratuito, lo que podría ser contrario con el derecho del abogado a percibir honorarios, además de que el cliente podría desistir libremente del contrato sin retribuir al abogado por los servicios prestados⁶⁶, extremo este último que incluso atentaría contra las exigencias de la buena fe contractual⁶⁷.

Para intentar ofrecer una solución al problema planteado, habida cuenta que ni la regulación concreta del arrendamiento de servicios frente a la del mandato ni la doctrina científica ofrecen soluciones a la cuestión planteada, debemos entonces partir del criterio jurisprudencial, complementador del sistema de fuentes *ex* artículo 1.6 CC, que califica mayoritariamente la prestación del abogado que defiende los intereses de su cliente ante los tribunales de arrendamiento de servicios⁶⁸, como criterio que supera la concepción romana analizada, que calificaba la actividad llevada a cabo por el abogado como mandato⁶⁹, habida cuenta su carácter esencialmente gratuito.

⁶⁵ La cursiva es nuestra, ya que, como indica el artículo 1711 CC el mandato, a falta de pacto en contrario, se supone gratuito, con lo que, en la práctica, obligaría al abogado a preparar y hacer firmar al cliente una propuesta de honorarios por los servicios que va a realizar, o bien a enviarla al cliente, lo que choca con el artículo 44.1 EGAE, que establece que “a falta de pacto expreso en contrario” el abogado tiene derecho a minutar en concepto de honorarios la cantidad que fijen los baremos orientadores su Colegio.

⁶⁶ Lo que implica una contravención con el contenido del artículo 44.1 EGAE y 15.2 CDAE.

⁶⁷ Vid. artículos 7 y 1258 CC y también vid., sobre un análisis de la buena fe contractual, orientado al Derecho Civil, vid. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, “Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial”, Volumen I, 6ª Edición (3ª en Civitas), Editorial Thomson-Civitas, 2007 Pamplona, páginas 59 a 67. Además de vulnerar la idea apuntada los citados artículos 44.1 EGAE y 15.2 CDAE.

⁶⁸ SSTS 23 octubre 1992 [RJ 1992, 8277], fj 5º , 16 julio 1990 [RJ 1990, 5881], fj 2º , 6 octubre 1989 [RJ 1989, 6891], fj 3º , 4 diciembre 1984 [RJ 1984, 6332], Cdo. 2º; y 6 junio 1983 [RJ 1983, 3291], Cdo 1º.

⁶⁹ Existe jurisprudencia, no obstante, que calificaba la relación entre abogado-cliente como mandato; nos referimos a las SSTS 14 junio 1907 (“Jurisprudencia Civil”, número 103, páginas 726 a 734) y 27 diciembre 1915 (“Jurisprudencia Civil”, número 159, páginas 1061 a 1072) y 4 de febrero de 1950 [RJ 1950\191] Cdos. 2º y 3º, doctrina jurisprudencial que cambió a partir de la Sentencia de 16 febrero 1935 (RJ 1935, 462)

Asumimos que la calificación jurídica es de arrendamiento de servicios, y nos encontramos sin duda ante una regulación parca, desfasada y que no ofrece soluciones a todos los supuestos jurídicos que puede plantear dicha relación, que podrían superarse si el legislador modifica los artículos 1583 a 1587 CC.

Ya que puede existir laguna de ley pero nunca laguna de derecho, por razones de seguridad y certeza jurídica⁷⁰, y porque el artículo 6 CC prohíbe que los jueces rehúsen fallar bajo el pretexto de oscuridad, silencio o insuficiencia de ley⁷¹, tenemos entonces la posibilidad de acudir a la aplicación analógica del derecho (artículo 4.1 CC) y aplicar las normas del contrato de mandato al arrendamiento de servicios, al ser el tipo contractual más próximo⁷².

que afirmaba en su Considerando 10º “que por lo que respecta a la condición de Letrados de la suspensión del Banco de Castilla, que ostentara el señor Ballestero, no presupone la idea de representación en sentido técnico, ni puede ser ligada a ella, pues, aunque de una manera eventual y accesoria puedan ser encomendadas a los abogados gestiones propias del contrato de mandato o poderes de representación, en su esencia los servicios de los Letrados, como los de las demás personas que ejerzan profesiones liberales, no constituyen más que una modalidad, siquiera lo sea muy elevada y destacada, del que la tradición jurídica y nuestro Código Civil vienen llamando contrato de arrendamiento de servicios”, lo que viene a indicar que los servicios que presta el abogado exceden de la regulación del arrendamiento de servicios del Código Civil, en similares términos vid. SSTs 17 de septiembre de 1983 [RJ 1983\4544], Cdo 3º y 28 de enero de 1998 [RJ 1998\357], fj 3º, que aplican el arrendamiento de servicios y las normas del EGAE para complementar la regulación contenida en el Código Civil sobre este particular.

⁷⁰ Sobre un análisis del principio de seguridad jurídica, orientado al Derecho Civil, vid. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, “Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial”, Volumen I, op.cit., páginas 68 a 72.

⁷¹ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, “Reflexiones sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo (la jurisprudencia en broma y en serio)”, Revista de Derecho Privado, 1964, compilada en “Ensayos Jurídicos”, Tomo I, editorial Aranzadi, 2011, Cizur Menor (Navarra), páginas 87 a 102.

⁷² Esa es la opinión de CRESPO MORA, M^a Carmen, “La responsabilidad del Abogado en el Derecho Civil”, op.cit., páginas 102 y 103, quien acertadamente indica que es posible aplicar íntegramente los artículos del mandato en ciertos supuestos (en materia laboral) en lo que no es preceptiva la intervención del procurador y en los que el letrado, junto a la defensa, asume también la representación de su cliente, apoyando dicha

Dicha solución es la que ofrece la Ley 562 del Fuero de Navarra, dentro del Título XIII, que regula el contrato de mandato, y establece que “las disposiciones del presente título se aplicarán al contrato de prestación de servicios, en la medida en que no esté regulado por disposiciones especiales”.

Así, con el objeto de cubrir la parca regulación contenida en los artículos 1583 a 1587 CC (arrendamiento de servicios), la jurisprudencia permite complementar la misma con los artículos del mandato (1709 y siguientes CC), así como con la regulación general de obligaciones y contratos contenida en los artículos 1088 y siguientes y 1254 y siguientes CC⁷³.

Así, en nuestra opinión, entendemos que la actividad procesal del letrado en nombre de su cliente debe calificarse como arrendamiento de servicios, pero que habida cuenta la parca regulación de la materia en el Código Civil, debe completarse la misma por la normativa del contrato de mandato⁷⁴, pero también por la normativa deontológica que regula la profesión, como fundamentalmente el EGAE, y también el CDAE y el CDAUE, y para ello, añadimos a los anteriores los siguientes motivos:

- i.- Si bien es cierto que el artículo 3.1.1. CDAUE habla de “mandato”, no menos cierto es que el objeto de la prestación del abogado es

opinión en BUSTO LAGO, “¿Puede incurrir en responsabilidad civil el procurador cuyo domicilio...?” op. cit., página 2517, sosteniendo dicha autora que pueden aplicarse directamente los artículos del mandato para aquellos servicios jurídicos gratuitos prestados por el abogado por razones de amistad, parentesco o buena vecindad.

⁷³ SSTS 16 febrero 1935 (RJ 1935\462), Cdo. 10º , 18 enero 1941 (RJ 1941\5) , 4 febrero 1950 (RJ 1950\191) , 7 marzo 1988 (RJ 1988\1559), fj 3º, que alude al “mandato judicial”, y 15 diciembre 1994 (RJ 1994\10114), fj 3º, que establecen el arrendamiento de servicios como marco normativo para regular los servicios propios del abogado, aunque pueden añadirse de forma eventual y accesoria gestiones propias del contrato de mandato o poderes de representación. Vid., asimismo, SAP Castellón de 15 de abril de 2008 (AC 2008\1373), fj 2º, y la SAP Murcia de 24 de diciembre de 2002 (JUR 2002\69141), fj 2º, que aplica analógica y directamente el artículo 1719 CC, sin proporcionar mayores explicaciones sobre el motivo de tal aplicación.

⁷⁴ De igual modo, Vid. CRESPO MORA, Mª Carmen, “La responsabilidad del Abogado en el Derecho Civil”, op. cit., páginas 98 a 103.

calificada como “servicio” en otros preceptos (por ejemplo, en el artículo 1.1 CDAE).

- ii.- Asimismo, resulta fundamental en la actualidad el reconocimiento para el abogado de su derecho a cobrar honorarios por su intervención profesional, cuestión reconocida, entre otros, en los artículos 15 y 44 EGAE, lo que chocaría con la concepción del mandato, que resulta esencialmente gratuito.
- iii.- Porque la jurisprudencia confirma la calificación de la actividad procesal del abogado como arrendamiento de servicios, pero completa la regulación del Código Civil (a la que critica) con la normativa del EGAE⁷⁵.
- iv.- Finalmente, porque la aplicación de la normativa deontológica (EGAE, CDA y CDAUE) comportan los usos del ejercicio de la profesión, que se deben entender incluidos en el contrato o encargo profesional que suscriben o convienen el cliente y el abogado, y ello en aplicación del artículo 1258 CC⁷⁶.

3.2.- Actividad extraprosesal del abogado.

⁷⁵ Vid. SSTS 25 de marzo de 1998 [RJ 1998\1651], fj 1º; 8 de junio de 2000 [RJ 2000\5098], fj 1º; 23 de mayo de 2001 [RJ 2001\3372], fj 3º; 30 de diciembre de 2002 [RJ 2003\333] fj. 3º; 12 de diciembre de 2003 [RJ 2003\9285], fj 6º; 23 de marzo de 2007 [RJ 2007\1542], fj 2º; y 18 de octubre de 2007 [RJ 2007\8621], fj 2º.

⁷⁶ Dicho precepto establece que “los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley”; vid. en este punto, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, “Comentario al artículo 1258 CC”, recogido en *Ensayos Jurídicos*, Tomo II, Aranzadi, Pamplona, páginas 2132 y 2133. Asimismo, vid. DÍEZ-PICAZO/GULLÓN BALLESTEROS, Sistema de Derecho Civil, Volumen II, Editorial Tecnos, Madrid, 2001, página 396, en la que consideran que, en el supuesto de prestación de servicios profesionales, la referencia que lleva a cabo el artículo 1258 CC a los usos, debe ser entendida realizada a los usos profesionales. Vid. también CERVILLA GARZÓN, María Dolores, “La prestación de servicios profesionales”, op.cit., página 292; GARCÍA VARELA, Román, “La responsabilidad civil de los abogados”, Revista Jurídica La Ley, D-135, 1998-3, páginas 1527 y 1528 (Referencia La Ley número 21635/2001).

Hasta aquí la actividad procesal del abogado; no obstante, el ejercicio de la profesión resulta más variada que la intervención y defensa de los intereses del cliente en el marco de un procedimiento judicial, puesto que el abogado puede recibir el encargo de su cliente para preparar un dictamen judicial, un contrato, un acta de junta general de accionistas, estudiar una deducción de un impuesto, o simplemente, asesorar y/o aconsejar periódicamente al cliente.

3.2.1.- Preparación de un dictamen judicial.

La doctrina⁷⁷ y jurisprudencia⁷⁸ indican unánimemente que se encaja dentro del arrendamiento de obra el encargo llevado a cabo por un cliente al abogado, consistente en el estudio y emisión de un dictamen sobre alguna cuestión jurídica, por lo que el cliente espera que el abogado resuelva la cuestión jurídica por él planteada, explicando, con mayor o menor extensión, lo que indica la Ley, la jurisprudencia y la doctrina para ofrecer una o varias soluciones al asunto concreto, mediante la redacción de un dictamen, que constituye la obra solicitada por el cliente.

⁷⁷ PUIG BRUTAU, José, “Fundamento de Derecho Civil”, Tomo II, Vol. II, Edit. J. M^a Bosch, Barcelona, 1956, página 350; LUCAS FERNÁNDEZ “Comentario a los artículos 1583 a 1587 CC”, op. Cit., página 36; CRESPO MORA, M^a Carmen, “La responsabilidad civil del Abogado en el derecho civil”, op. Cit., página 104; CABANILLAS SÁNCHEZ “Las obligaciones de actividad y de resultado”, op. cit. Página 70; EGUISQUIZA BALSAMEDA, María Ángeles, “La prestación de servicios del abogado: perspectiva jurisprudencial”, *Aranzadi Civil*, 1996-I, página 197; ALONSO PÉREZ, M^a Teresa, “Los contratos de servicios de abogados, médicos y arquitectos”, op.cit. página 154; YZQUIERDO TOLSADA, “Responsabilidad civil del abogado”, op.cit. página 59; SERRA RODRÍGUEZ, Adela, “Responsabilidad civil del Abogado: Comentario de la STS de 28 de enero de 1998 (RJ 1998\357)”, op.cit. página 303; PERÁN ORTEGA “La responsabilidad civil y su seguro”, editorial Tecnos, Madrid, 1998, página 313; LETE DEL RIO “Derecho de obligaciones”, op.cit. página 279; ENJO MAYOU, Cruz, “Comentario a la STS de 8 de junio de 2000”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, número 54, 2000, página 1312; y DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, “Sistema de Derecho Civil”, Volumen II, Tecnos, op.cit., página 396.

⁷⁸ SSTS 4 de febrero de 1950 [RJ 1950\191], Cdo 2º; 28 de noviembre de 1984 [RJ 1984\5688], Cdo. 1º; 3 de octubre de 1998 [RJ 1998\8587], fj 3º; y 23 de mayo de 2001 [RJ 2001\3372], fj 3º. Vid. también SAP Girona de 22 de marzo de 2002 [JUR 2002\162976], fj 3º, SAP Segovia de 31 de julio de 2002 [JUR 2002\248043], fj 2º y SAP León de 22 de noviembre de 2002 [AC 2002\830], fj 3º.

Entendemos acertada la opinión de CRESPO MORA, que indica que cuando el abogado empieza su labor con la preparación de un dictamen que posteriormente lleva a la defensa letrada de su cliente en un procedimiento judicial, representa desde el principio un único contrato de arrendamiento de servicios, y no de dos contratos consecutivos (arrendamiento de obra el primero y posteriormente arrendamiento de servicios), ya que el dictamen inicial es una prestación accesoria, complementaria o preliminar de la prestación principal, cual es la defensa del cliente en el marco de un procedimiento judicial⁷⁹.

3.2.2.- Preparación y redacción de otros documentos.

Nos referimos en este apartado a la actividad profesional del abogado consistente en la preparación y redacción de documentos extraprocesales, como por ejemplo, contratos, actas de juntas generales, de juntas de consejo de administración, poderes, requerimientos extrajudiciales, estatutos de una sociedad civil o mercantil, capitulaciones matrimoniales, etcétera; en estos supuesto, cuando el abogado se obliga frente al cliente a llevar a cabo un resultado material, se califica la prestación llevada a cabo como arrendamiento de obra. El cliente tan sólo obtendrá su satisfacción frente a la actuación llevada a cabo por el abogado cuando se le remita el documento que ha solicitado⁸⁰.

3.2.3.- Actividad de asesoramiento o “consulting”.

El abogado puede aconsejar y asesorar a su cliente a lo largo del tiempo, ofreciendo consejos a su cliente mientras dura su relación contractual, mediante labores de asesoramiento o “consulting” (por ejemplo, asesorar

⁷⁹ CRESPO MORA, M^a Carmen, “La responsabilidad del Abogado en el Derecho Civil”, op.cit., página 105, que cita a O’CALLAGHAN “Compendio de Derecho Civil”, op.cit., página 547.

⁸⁰ En este sentido, Vid. CRESPO MORA, M^a Carmen, “La responsabilidad del Abogado en el Derecho Civil”, op.cit., página 105, ALONSO PÉREZ, M^a Teresa “Los contratos de servicios de abogados, médicos y arquitectos”, op.cit. página 154; YZQUIERDO TOLSADA “Responsabilidad civil del abogado”, op.cit. página 59; y SANTOS BRIZ, Jaime, “Responsabilidad profesional. Abogados”, en *La responsabilidad civil. Temas actuales*; editorial Montecorvo, Madrid, 2001, página 246.

sobre las deducciones impositivas en el Impuesto sobre Sociedades a un cliente, sobre las causas de despido de sus trabajadores, sobre las diferencias entre el contrato de agencia y el de distribución, de comisión mercantil, etcétera), labores que se pueden llevar a cabo verbalmente o por escrito (en la actualidad, mediante cortas contestaciones a través de correo electrónico).

Dichas actuaciones del abogado constituyen obligaciones de medios, que no de resultado, y se engloban por la doctrina⁸¹ y la jurisprudencia⁸² en el marco del arrendamiento de servicios.

3.2.4.- Actividad de mediación o conciliación.

El abogado también puede llevar a cabo funciones de mediación o conciliación con terceros que tengan intereses contrapuestos a los del cliente, tendentes a solucionar conflictos y evitar así el inicio de un procedimiento judicial. Dicha actividad se puede encuadrar dentro del arrendamiento de servicios⁸³, y constituye una verdadera obligación de

⁸¹ CRESPO MORA, M^a Carmen, “La responsabilidad del Abogado en el Derecho Civil”, op.cit., página 105, CABANILLAS SÁNCHEZ, “Las obligaciones de actividad y de resultado”, op.cit., página 113.

⁸² Vid. SSTS 4 de febrero de 1950 [RJ 1950\191], 10 de junio de 1975 [RJ 1975\3265] y 15 de marzo de 1994 [RJ 1994\1982] que califica la actividad de asesoramiento jurídico como arrendamiento de servicios; y en el mismo sentido citamos las siguientes Sentencias, que indican que el asesoramiento fiscal se debe encuadrar dentro del arrendamiento de servicios: SAP de Las Palmas de 20 de mayo de 1997 [AC 1997\1218], fj 3º y la SAP Valencia de 23 de abril de 1998 [AC 1998\488], fj 2º. CRESPO MORA, M^a Carmen, “La responsabilidad del Abogado en el Derecho Civil”, op.cit. cita las anteriores Sentencias y asimismo la SAP de Madrid de 26 de febrero de 1997 que califica como arrendamiento de servicios en una liquidación o pago de impuestos del cliente; también la SAP Guipúzcoa de 5 de diciembre de 1997 admite lo mismo para el asesoramiento fiscal, laboral y contable, y la SAP de Córdoba de 5 de octubre de 1999, que establece el asesoramiento laboral como arrendamiento de servicios.

⁸³ Le es de aplicación a este punto las discusiones doctrinales referenciadas en el apartado 3.1.2 anterior, habida cuenta que existe doctrina que esta actividad reúne caracteres del arrendamiento de servicios y del mandato (SERRA RODRÍGUEZ, Adela, “La relación de servicios del abogado”, op.cit., páginas 175 a 188, quien se plantea si dichos servicios deben encuadrarse en los contratos de mediación o corretaje, de agencia o de comisión mercantil, habida cuenta que dichos tipos contractuales consisten

medios; por ello, en el supuesto de que fracase la actividad mediadora del abogado, no cabrá responsabilidad alguna imputable al mismo, a no ser que haya actuado con negligencia en el desempeño de sus funciones⁸⁴.

3.2.5.- Actos de mera gestión y ejecución de expresas instrucciones del cliente.

Finalmente, cabe hacer referencia a meros actos de gestión que puede encargar el cliente a su abogado (por ejemplo, enajenar en nombre del cliente un determinado bien, con todos los términos y condiciones de la compraventa ya cubiertos, limitándose la gestión del abogado a suscribir el contrato en nombre del cliente; obtener un certificado de nacimiento o matrimonio del cliente, mera presentación de una declaración tributaria ya rellenada anteriormente por el cliente, etcétera), y entendemos que dichas actuaciones se hallan muy próximas a la regulación del mandato⁸⁵.

3.3.- Conclusión.

A tenor de todo lo anteriormente indicado, para calificar la actividad profesional del abogado deberá atenderse fundamentalmente a cada caso concreto, y así llegar a la conclusión de si la actividad principal del

en la gestión de intereses ajenos por sujetos que se dedican profesionalmente a tal actividad); o bien se trata de un arrendamiento de servicios (MARTÍNEZ CALCERRADA Y GÓMEZ, Luis, “La responsabilidad civil profesional del abogado”, *La responsabilidad civil profesional de los teleinformáticos, auditores de cuentas, periodistas, arquitectos-peritos, médicos-peritos y de los peritos judiciales en general. Especial estudio de la responsabilidad civil de los médicos, administradores, consejeros de las sociedades mercantiles y de los abogados*, Editorial Colex, Madrid, 1999, página 371); e incluso por la normativa del mandato (vid. LACRUZ BERDEJO, José Luis *et alia*, “Elementos de Derecho Civil II”, Volumen 2º, op.cit., página 209).

⁸⁴ Vid., por ejemplo, STS 25 de noviembre de 1999 [RJ 1999\9133] fj 2º.

⁸⁵ Criterio que compartimos con CRESPO MORA, M^a Carmen, “La responsabilidad del Abogado en el Derecho Civil”, op.cit., página 108, quien asimismo cita la SAP de Málaga de 27 de febrero de 1999 [AC 1999\412], fj 3º, que analiza un supuesto en el que la letrada recibió el encargo de efectuar las gestiones y formalidades necesarias para que los actores adquirieran la propiedad de una parcela para construir en ella una vivienda. Aunque la audiencia provincial no se pronuncia sobre la naturaleza jurídica del contrato que une a ambas partes, reconoce que la sentencia de instancia encuadró la relación jurídica entre los actores y la abogada demandada en la figura del mandato.

abogado debe encuadrarse dentro del contrato de arrendamiento de servicios (lo más probable, atendiendo a lo anteriormente expuesto), de arrendamiento de obra (en el supuesto de encargo al abogado de ejecución de una obra concreta, como por ejemplo un dictamen, contrato o estatutos de una Sociedad) o, finalmente, de mandato (básicamente para actos concretos de mera gestión).

4.- Principales prestaciones accesorias del abogado.

El abogado asume frente al cliente no sólo la realización del encargo profesional que le ha encomendado, sino otros deberes accesorios, como el de informar a su cliente, darle consejo, guardar el secreto profesional, cumplir con sus instrucciones (con los límites que expondremos más adelante) y finalmente custodiar los documentos entregados por el cliente⁸⁶.

La obligación de secreto profesional será tratada en el capítulo siguiente de la tesis, con especial atención a su posible calificación como derecho fundamental, cuestión que, sin duda, influirá en el tratamiento procesal que debe darse a su vulneración a lo largo del proceso civil.

Las prestaciones accesorias se hallan contempladas en la legislación deontológica (como examinaremos en cada una de las mismas) y no suelen incluirse en el contrato que pueda vincular al abogado con su cliente, puesto que son obligaciones o deberes profesionales ya contemplados en dicha regulación o simplemente no previstas entre las partes a la hora de contratar⁸⁷. La vulneración de las prestaciones accesorias por parte del abogado puede implicar su responsabilidad contractual frente a cliente. No

⁸⁶ Dichas obligaciones accesorias son tratadas por CRESPO MORA, M^a Carmen, “La responsabilidad del Abogado en el Derecho Civil”, op.cit., páginas 133 y siguientes, y se refiere a ellas la jurisprudencia bajo el genérico deber de fidelidad del abogado con respecto a su cliente, que contiene el deber de información y consejo, custodia de documentación y entrega de la misma al terminar la relación, así, vid., por ejemplo, la STS 30 de diciembre de 2002 [RJ 2003\333] fj 3º.

⁸⁷ Reconocen esa posible falta de previsión CRESPO MORA, M^a Carmen, “La responsabilidad del Abogado en el Derecho Civil”, op.cit., página 134, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, “Comentario al artículo 1258 CC”, recogido en *Ensayos Jurídicos*, Tomo II, Aranzadi, Pamplona, 2011, páginas 2132 y 2133; SERRA RODRÍGUEZ, Adela, “La responsabilidad civil del Abogado”, Editorial Aranzadi, Elcano (Navarra), 2000, página 284.

obstante, al ser obligaciones en principio no contempladas en el contrato que liga al abogado con el cliente, ¿dicha responsabilidad es contractual o extracontractual?

Si bien, como dice CRESPO MORA⁸⁸, la jurisprudencia entiende que la responsabilidad del abogado es extracontractual, pues su actuación va más allá de lo pactado⁸⁹; por otra parte, gran parte de la doctrina entiende que dicha responsabilidad se debe encuadrar dentro de la responsabilidad contractual⁹⁰.

Estamos de acuerdo con DÍEZ-PICAZO, quien indica que “cualquier intento de fundar la distinción de los dos tipos de responsabilidad, sobre la naturaleza de las obligaciones incumplidas, colocando a un lado las obligaciones dimanantes de lo estrictamente pactado, que sería una responsabilidad contractual, y al otro, la extracontractual formada por la infracción de los deberes de conducta que, sin pacto expreso de las partes y como deberes accesorios, se integran en el contrato como consecuencia de la buena fe o de los usos, es un intento baldío. Por eso, hay que entender

⁸⁸ CRESPO MORA, M^a Carmen, “La responsabilidad del Abogado en el Derecho Civil”, op.cit., páginas 134 y 135.

⁸⁹ La Jurisprudencia suele indicar que dichas prestaciones se hallan “fuera de la órbita de lo estrictamente pactado”, con lo que califica su incumplimiento como responsabilidad extracontractual: SSTS 9 de marzo de 1983 [RJ 1983\1463], Cdo 2º; 10 de mayo de 1984 [RJ 1984\2405], Cdo. 2º; 9 de enero de 1985 [RJ 1985\167], Cdo. 2º; 16 de diciembre de 1986 [RJ 1986\7447], fj 3º; y 10 de junio de 1991 [RJ 1991\4434], fj 4º.

⁹⁰ Así, vid. PANTALEÓN PRIETO, Fernando “Comentario al artículo 1902 CC”, *Comentario del Código Civil*, Tomo II, Ministerio de Justicia, Civitas, Madrid, 1991, página 1977; CARRASCO PERERA, Antonio, “Comentario al artículo 1101 CC”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO, Tomo XV, Vol. 1, Edersa, Madrid, 1989, página 383; BUSTO LAGO, José Manuel, “¿Puede incurrir en responsabilidad civil el procurador...”, op.cit., páginas 2532 y 2533; SERRA RODRÍGUEZ, Adela “La responsabilidad civil del abogado”. Aranzadi, Navarra, 2001, página 151; DÍEZ-PICAZO “Derecho de daños”, Civitas, Madrid, 2000, página 265.

que cualquier incumplimiento de estos deberes accesorios integrados en la relación contractual genera también una responsabilidad contractual”⁹¹.

Por ello, entendemos que dichas prestaciones accesorias deben formar parte del contrato porque resulta de aplicación el artículo 1.258 CC, que establece que los contratos son obligatorios conforme a lo expresamente pactado entre las partes, y también obliga a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes al uso⁹², siendo los usos de la Abogacía el EGAE, CDAE, y el CDAUE, entre otros.

4.1.- Deber de información del abogado.

4.1.1.- Planteamiento.

La obligación de información resulta fundamental para que el cliente conozca el trabajo que desarrolla el abogado, básicamente porque éste tiene el conocimiento técnico del asunto encomendado del que, en principio, carece el cliente.

De hecho, la presente cuestión ha ganado suma importancia en la jurisprudencia de estos últimos años, destacando las siguientes resoluciones:

- a.- STS 16 de diciembre de 1996 (RJ 1996\8971), FJ 6º, en la que se aprecia la responsabilidad civil del abogado, quien en el marco de un supuesto de responsabilidad civil extracontractual, deja transcurrir el plazo de un año (art. 1968 CC, precepto de imposible ignorancia por parte del abogado) sin enviar requerimiento alguno, interpone demanda y continúa con el procedimiento judicial, a pesar de la

⁹¹ DÍEZ-PICAZO “Derecho de daños”, op.cit., página 265, y asimismo “Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial”, Tomo V, Civitas-Aranzadi, 2011, páginas 228 y 229.

⁹² El artículo hace referencia (por este orden) a la buena fe, al uso y a la ley, pero como bien indica CRESPO MORA, Mª Carmen, “La responsabilidad del Abogado en el Derecho Civil”, op.cit., nota 218 de la página 135, el orden de aplicación debe ser justo el contrario: debe aplicarse en primer lugar la ley (imperativa o dispositiva), el uso y finalmente la buena fe. Vid. asimismo, DÍEZ-PICAZO, “Comentario al artículo 1258 CC”, en *Comentario del Código Civil*, Tomo II, Ministerio de Justicia, Civitas, Madrid, 1993, páginas 436 a 438; y también incluido en *Ensayos Jurídicos*, Tomo II, Civitas, Madrid, 2011, páginas 2131 a 2134.

alegación de la prescripción efectuada por la demandada, sin haber advertido ni informado a sus clientes de lo inútil de la pretensión⁹³.

- b.- STS 25 de marzo de 1998 (RJ 1998\1651), FJ 1º, en la que se explica que el abogado incumplió su deber de información por la omisión de emitir informes periódicos sobre la marcha del procedimiento judicial.
- c.- STS de 14 de mayo de 1999 (RJ 1999\3106), FJ 4º. En este supuesto, se siguen unas diligencias previas penales como consecuencia del fallecimiento del hijo de los actores en una piscina municipal, que finalizan con un auto de sobreseimiento por parte del Juzgado de Instrucción. El abogado notifica el citado auto a sus clientes, recomendando no recurrir el mismo, pero omite que quedaba libre la vía civil para reclamar *ex* artículo 1902 CC. Cuando los clientes vuelven a contactar con el abogado, la acción civil había ya prescrito *ex* artículo 1968 CC, al haber transcurrido más de un año desde la fecha del accidente⁹⁴. El TS condena al abogado por incumplimiento de su deber de información al cliente, perfilando dicho deber en los siguientes términos:

“Pues bien, aun cuando no constase que el citado Letrado hubiese asumido una obligación genérica de defender los intereses del matrimonio actor en toda clase de procedimientos al haber sido designado en un apoderamiento «apud acta» en punto a la defensa en las concretas diligencias penales en que decidieron personarse, no cabe duda alguna de que en la carta que les dirigió en la fecha del 6 de febrero de 1992, no debió haberse limitado a aconsejar que no merecería la pena recurrir el auto de sobreseimiento de las referidas actuaciones penales, en cuanto que en buena técnica jurídica y en cumplimiento del deber de confianza que en él habían depositado sus

⁹³ De igual modo, vid. SAP Navarra 25 de mayo de 2000 (AC 2000\1669), FJ 3º.

⁹⁴ Sin embargo, no apreció la responsabilidad civil del abogado la STS de 23 de marzo de 2007 (RJ 2007\1542), FJ 2º, en un supuesto de hecho parecido, donde el abogado había iniciado un procedimiento verbal con base a la Disposición Adicional Primera de la LO 3/1989, de 21 de junio (RCL 1989\1352), cuando posteriormente se admite una excepción de inadecuación de procedimiento por parte de la Audiencia Provincial. Se exonera de responsabilidad al letrado porque la adecuación del procedimiento era una cuestión jurídicamente controvertida y, en consecuencia, la elección de dicho cauce procesal no fue producto de inexcusable ignorancia.

clientes y a tenor de la diligencia correspondiente al buen padre de familia que impone el artículo 1104 del Código Civil, tendría que haber extendido el consejo a las posibilidades de defensa de una reclamación en el orden civil por culpa contractual o extracontractual, y a la conveniencia de mantener una entrevista inmediata con el matrimonio para explicarles con detalle el alcance y significado de tales posibilidades, proceder el así indicado que, indudablemente, se habría acomodado al correcto y normal cumplimiento de las obligaciones deontológicas inherentes al ejercicio de la Abogacía rectamente entendida, y sin que sea factible exculpar el proceder enjuiciado por las circunstancias de que los clientes no hubieran solicitado al señor Letrado les informase acerca de otras posibilidades de satisfacer sus pretensiones y de que en una entrevista celebrada en fecha muy posterior, en junio de 1993, les indicase aquél «que quedaba la acción civil», pues esas circunstancias carecen de relevancia respecto a desvirtuar la omisión inicial en que se incurrió en la carta de referencia.»

- d.- STS 13 de octubre de 2003 (RJ 2003\7031), FJ 3º, donde se pretende imputar responsabilidad al abogado, al no informar al tribunal de la imposibilidad del acusado (su cliente) de asistir a la última sesión del juicio oral, razonando la STS que no se acreditó por el demandante la relación de causalidad entre el supuesto daño (tampoco acreditado) como consecuencia directa de la falta de comunicación del abogado al tribunal.
- e.- STS 18 de febrero de 2005 (RJ 2005\1682), FJ 2º, en la que reprende al abogado por no informar al cliente del plazo contenido en la sentencia para pagar el precio aplazado del inmueble, por lo que no pudo evitar la venta forzosa del mismo.
- f.- STS 14 de diciembre de 2005 (RJ 2006\1225), FJ 3º, en la que se aprecia la responsabilidad civil del abogado que no informó a su cliente de la posibilidad de interponer recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia, pese a que el mismo estimó parcialmente la demanda.
- g.- STS 27 de julio de 2006 (RJ 2006\6548), FJ 7º; referida a responsabilidad del procurador, que no informó al abogado del plazo para la formalización del recurso de casación preparado, con la pérdida de la oportunidad procesal de interponer el mismo.

- h.- STS 27 de septiembre de 2011 (RJ 2011\7423), FJ 20º; que establece la responsabilidad del abogado, por su inactividad y falta de información al cliente, dejando caducar la instancia.
- i.- STS 27 de octubre de 2011 (RJ 2011\7313), FJ 1º; que aprecia la responsabilidad del letrado, por prescripción de la acción a ejercitarse por el cliente.

Las anteriores sentencias⁹⁵ ponen de relieve que todo abogado que no informe, o informe mal a su cliente, responde patrimonialmente frente a éste si concurren todos los requisitos para apreciar responsabilidad civil: acción u omisión negligente (omisión de información o información inadecuada), daño y relación de causalidad entre ambos requisitos. Es decir, puede darse el supuesto en el que la información no sea correcta, pero que no exista responsabilidad civil al no concurrir todos y cada uno de los citados requisitos⁹⁶.

CRESPO MORA defiende, con acierto, que la falta de información o la información falsa podría dar lugar tanto a daño patrimonial como moral, poniendo el siguiente ejemplo: supongamos que un cliente no desea interponer demanda, al no estar convencido de las posibilidades de éxito

⁹⁵ Vid. CRESPO MORA, M^a Carmen, “La responsabilidad del Abogado en el Derecho Civil”, op.cit., nota 261 páginas 147 y 148, cita las siguientes, comprobadas por este autor, a las que se ha añadido el fundamento jurídico de interés para el lector: SSTS 7 de diciembre de 1989 (RJ 1989\8806), FJ 3º; 15 de abril de 1996 (RJ 1996\2951), FJ 2º; 4 de mayo de 1999 (Sala de lo Contencioso-Administrativo) (RJ 1999\4793), FJ 3º; y 8 de febrero de 2000 (RJ 2000\842), FJ 1º. También cita la siguiente jurisprudencia “menor”: SAP Zamora de 19 de enero de 1999 (AC 1999\110), FJ 3º; SAP Santa Cruz de Tenerife de 9 de octubre de 1999 (AC 1999\6451), FJ 3º; SAP Barcelona de 1 de febrero de 2000 (AC 2000\4400), FJ 3º; SAP Navarra de 25 de mayo de 2000 (AC 2000\1669), FJ 3º; SAP Álava de 22 de junio de 2000 (AC 2000\4025), FJ 3º; SAP Cantabria de 20 de octubre de 2000 (JUR 2001\25197), FFJJ 1º y 2º; SAP Guadalajara de 29 de noviembre de 2000 (JUR 2001\53612), FJ 1º; SAP Albacete de 8 de enero de 2001 (JUR 2001\97066), FJ 2º; SAP Asturias de 19 de enero de 2001 (AC 2001\111), FJ 3º; SAP Madrid de 27 de febrero de 2001 (AC 2001\1022), FJ 2º; SAP Madrid de 3 de julio de 2001 (JUR 2001\272609), FJ 4º; y SAP Barcelona de 26 de junio de 2002 (AC 2002\2313), FFJJ 3º a 7º. A las que añadimos la SAP Barcelona 6 de septiembre de 2002 (JUR 2002\275680), FFJJ 3º y 4º.

⁹⁶ Así lo indica CRESPO MORA, M^a Carmen, “La responsabilidad del Abogado en el Derecho Civil”, op.cit., nota 245 de la página 143.

del procedimiento; el abogado, pese a ser consciente de las bajas probabilidades de obtener sentencia favorable, le recomienda iniciar el procedimiento, que finaliza con una sentencia desestimatoria. Debe tomarse en consideración el sufrimiento padecido por el cliente durante la tramitación del procedimiento, que se podría haber ahorrado si el procedimiento judicial no se hubiera iniciado⁹⁷.

Asimismo, el daño patrimonial podrá ser acreditado en aquellos supuestos en los que exista responsabilidad civil del abogado, por ejemplo: celebración de un contrato contrario a los intereses del cliente; no informar sobre los requisitos administrativos para llevar a cabo una concreta actividad industrial, con la consiguiente sanción por parte de la Administración; no informar sobre el plazo concreto para prestar fianza ante el Juzgado, etcétera.

Por su parte, DE ANGEL YAGÜEZ sostiene que el elemento de mayor complejidad probatoria es el de la relación de causalidad en los supuestos en los que no se da información, o bien cuando la información proporcionada es inexacta o incorrecta⁹⁸, básicamente porque en el marco de un procedimiento judicial se debe acreditar sin ninguna duda que el daño patrimonial padecido por el cliente tiene causa directa de la deficiente (o inexistente) información proporcionada por el abogado⁹⁹.

⁹⁷ CRESPO MORA, M^a Carmen, “La responsabilidad del Abogado en el Derecho Civil”, op.cit., nota 247 de la página 143.

⁹⁸ DE ANGEL YAGÜEZ, Ricardo, en “Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio”, coordinados por MORENO MARTÍNEZ, Editorial Dykinson, Madrid, 2000, páginas 169 a 203; del mismo autor “La responsabilidad civil del Abogado”, de enero de 2008, cuyo texto se puede consultar en http://www.indret.com/pdf/521_es.pdf, visitada el 16 de enero de 2013.

⁹⁹ En cuanto a la determinación del nexo causal, vid. STS 30 de junio de 2000 (RJ 2000\5918), FJ 2º, que resume la doctrina jurisprudencial del TS en los siguientes términos: “Constituye doctrina de esta Sala que para la imputación de la responsabilidad, cualquiera que sea el criterio que se utilice (subjetivo u objetivo), es requisito indispensable la determinación del nexo causal entre la conducta del agente y la producción del daño (S. 11 febrero 1998 RJ 1998, 707), el cual ha de basarse en una certeza probatoria que no puede quedar desvirtuada por una posible aplicación de la teoría del riesgo, la objetivación de la responsabilidad o la inversión de la carga de la prueba (Sentencias 17 diciembre 1988 RJ 1988, 9476 y 2 abril 1998 RJ 1998, 9476). Es preciso la existencia de una prueba terminante (Sentencias 3 noviembre 1993 [RJ

La dificultad probatoria reside en que el demandante acredite un hecho negativo, cual es la omisión de información por parte del abogado, o bien probar la insuficiencia de la información proporcionada. La jurisprudencia, por su parte:

- i.- Con carácter general, no aplica la doctrina de inversión de la carga de la prueba para los supuestos de infracción de deberes profesionales¹⁰⁰.
- ii.- Sin embargo, existe en la jurisprudencia una inversión de la carga de la prueba de la culpa del médico cuando obtiene el consentimiento informado del paciente sin la previa información sobre los riesgos y complicaciones que pueden surgir de la misma, correspondiendo al facultativo la carga de acreditar que dicha información ha sido proporcionada al paciente en condiciones adecuadas¹⁰¹

1993, 8570] y 31 julio 1999 [RJ 1999, 6222]), sin que sean suficientes meras conjeturas, deducciones o probabilidades (Sentencias 4 julio 1998 [RJ 1998, 5414] , 6 febrero [RJ 1999, 1052] y 31 julio 1999 [RJ 1999, 6222]). El «como y el porqué» del accidente constituyen elementos indispensables en el examen de la causa eficiente del evento dañoso (Sentencias 17 diciembre 1988 [RJ 1988, 9476] , 27 octubre 1990 [RJ 1990, 8053] , 13 febrero [RJ 1993, 768] y 3 noviembre 1993 [RJ 1993, 8570]). La prueba del nexo causal, requisito al que no alcanza la presunción ínsita en la doctrina denominada de la inversión de la carga de la prueba, incumbe al actor, el cual debe acreditar la realidad del hecho imputable al demandado del que se hace surgir la obligación de reparar el daño causado (Sentencias 14 de febrero 1994 [RJ 1994, 1468] , y 14 febrero 1985 [RJ 1985, 552] , 11 febrero 1986 [RJ 1986, 544] , 4 febrero [RJ 1987, 680] y 4 junio 1987 [RJ 1987, 4026] , 17 diciembre 1988, entre otras)”. También vid. STS 28 de junio de 2012 (JUR 2012\311147), FJ 13°.

¹⁰⁰ SSTS 24 de mayo de 1990 (RJ 1990\3836), FJ 2°; 23 de diciembre de 1992 (RJ 1992\10715), FJ 6°; 23 de mayo de 2006 (RJ 2006\5827), FJ 4°; y STSJ Navarra de 17 de mayo de 1993 (RJ 1993\4064) FJ 3°. En cuanto a un estudio sobre la inversión de la carga de la prueba y teoría del riesgo, vid. ROCA i TRIAS, Encarna “El riesgo como criterio de imputación subjetiva del daño en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español”, de octubre de 2009, cuyo texto se puede encontrar en http://www.indret.com/pdf/688_es.pdf, visitada el 16 de enero de 2013.

¹⁰¹ CRESPO MORA, M^a Carmen, “La responsabilidad del Abogado en el Derecho Civil”, op.cit., página 145, SEOANE SPIEGELBERG, José Luis, “La Prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000. Disposiciones Generales y Presunciones”, Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2^a Edición, 2007, páginas 531 a 534, y la jurisprudencia citada por dicho autor: SSTS 12 de enero de 2001 (RJ 2001\3), FJ 2°; 21

Finalmente, cabe resaltar el contenido del artículo 467 CP¹⁰², que establece que “el abogado o procurador que, por acción u omisión, perjudique de forma manifiesta los intereses que le fueron encomendados será castigado con las penas de multa de doce a veinticuatro meses de inhabilitación especial para empleo, cargo público, profesión u oficio de uno a cuatro años”¹⁰³, llegando el Tribunal Supremo a penalizar el engaño y falta de información del abogado al cliente¹⁰⁴, lo que llevará en el futuro, como bien indica CRESPO MORA¹⁰⁵, a que los clientes no sólo se planteen el ejercicio de acciones civiles, sino que además lleven a cabo acciones penales contra los abogados que hayan incumplido con sus obligaciones profesionales (principal o accesoria), con manifiesto perjuicio para los intereses del cliente.

4.1.2.- Fundamento de la obligación de información.

Llegados a este punto, debemos preguntarnos dónde se halla regulada la obligación de información del abogado con respecto a su cliente.

de diciembre de 2006 (RJ 2007\396), FJ 3º; 26 de junio de 2006 (RJ 2006\5554), FJ 3º; 15 de noviembre de 2006 (RJ 2006\8059), FFJJ 2º y 3º.

¹⁰² Al respecto, vid. ECHANO BASALDUA, Juan Ignacio, “Los delitos de deslealtad de abogado frente a su cliente en la jurisprudencia (art. 467 CP)”, en la obra colectiva dirigida por CARRETERO GONZÁLEZ, Cristina y De MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico *Retos de la Abogacía ante la Sociedad Global*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2012, páginas 467 a 482.

¹⁰³ Asimismo, debemos citar el artículo 2.7 CDAUE, que establece que “sin perjuicio del debido cumplimiento de toda la normativa legal y deontológica, un abogado tiene la obligación de actuar en defensa de los intereses de su cliente, y debe anteponerlos a los suyos o a los de otros compañeros de profesión”.

¹⁰⁴ Vid. STS 16 de noviembre de 2001 (Sala de lo Penal), (RJ 2002\945), FJ 1º, que estima la culpa del abogado, que mintió a su cliente, manifestando que había requerido de pago al deudor, quedando insatisfecha la deuda; y asimismo vid. STS de 17 de diciembre de 1997 (Sala de lo Penal) (RJ 1997\8839), FJ 3º, condenó a una letrada que había manifestado a su cliente que ya había interpuesto una demanda reclamando responsabilidad civil, cuando era mentira, perjudicando con ello los intereses del cliente.

¹⁰⁵ CRESPO MORA, Mª Carmen, “La responsabilidad del Abogado en el Derecho Civil”, op.cit., página 150.

En primer lugar, cabe indicar que el EGAE no contiene una previsión específica de la obligación del abogado de informar a su cliente.

No obstante, el artículo 13.9. a y .e CDAE establece que “el abogado tiene la obligación de poner en conocimiento del cliente, incluso por escrito, cuando éste lo solicite del mismo modo: a) su opinión sobre las posibilidades de sus pretensiones y resultado previsible del asunto; (...) e) la evolución del asunto encomendado, resoluciones trascendentes, recursos contra las mismas; posibilidades de transacción, conveniencia de acuerdos extrajudiciales o soluciones alternativas al litigio”.

Asimismo, el artículo 3.1.2. CDAUE establece que “un abogado asesorará y representará a su cliente puntual, concienzuda y diligentemente. Deberá asumir la responsabilidad personal por el cumplimiento del mandato que le ha sido encomendado. Deberá mantener a su cliente informado sobre la evolución del asunto que le ha sido confiado”.

Finalmente, y para Cataluña, debemos destacar el artículo 20 NAC, que establece lo siguiente:

“Artículo 20. Información entre abogado y cliente.

1.- El cliente tiene derecho a ser informado por el abogado de las circunstancias siguientes:

- a) La colegiación del mismo abogado y el número de colegiado.
- b) Los posibles resultados de su actuación, sin prometer ninguno que no dependa exclusivamente de dicha actuación.
- c) El coste previsible de su actuación, incluyendo honorarios y gastos.
- d) Las actuaciones realizadas y los resultados que se vayan alcanzando.
- e) Y aquellas otras que, a petición del cliente, estén legalmente previstas.

2.- Al mismo tiempo, el abogado tiene derecho a reclamar al cliente toda la información que resulte relevante para la óptima consecución del encargo. El abogado deberá mantener la confidencialidad de la información que el cliente le suministre.

3.- En ningún caso el abogado podrá retener información o documentación del cliente.”

Encontramos así el fundamento legal de la referida obligación de información en el CDAE y CDAUE, aplicables como usos del ejercicio de la profesión, a través del artículo 1258 CC¹⁰⁶.

Estamos de acuerdo con CRESPO MORA, quien acude también al concepto de buena fe en la ejecución de todo contrato, a través del artículo 1258 CC, e incluso al artículo 7 CC en relación al deber de información a proporcionarse con anterioridad a la aceptación de la hoja de encargo por parte del cliente¹⁰⁷.

4.1.3.- Contenido del deber de información.

La jurisprudencia viene exigiendo que la información a proporcionarse por parte del abogado al cliente debe ser “adecuada”¹⁰⁸. Lo fundamental en este punto es que el cliente entienda sin ninguna duda en qué consiste la actividad de su abogado en relación al asunto encomendado. Por ejemplo, en el marco de un procedimiento judicial, el cliente debe conocer las distintas fases del mismo, los riesgos de su pretensión, así como una previsión de lo que pueda suceder en el futuro inmediato.

Por ello, “informar” no significa “imponer” un curso exhaustivo de Derecho al cliente ni dejar pasar fases procesales sin indicar nada al cliente, quien normalmente no es lego en la materia. Resulta en consecuencia imposible determinar un modelo-tipo de contenido del deber de información, puesto que el alcance de este deber dependerá también del nivel cultural del propio cliente.

¹⁰⁶ Vid. SSTS 25 de marzo de 1998 [RJ 1998\1651], FJ 1º; 8 de junio de 2000 [RJ 2000\5098], FJ [5º]; 23 de mayo de 2001 [RJ 2001\3372], FJ 3º; 30 de diciembre de 2002 [RJ 2003\333] FJ. 3º; 12 de diciembre de 2003 [RJ 2003\9285], FJ 6º; 23 de marzo de 2007 [RJ 2007\1542], FJ 2º; y 18 de octubre de 2007 [RJ 2007\8621], FJ 2º.

¹⁰⁷ CRESPO MORA, M^a Carmen, “La responsabilidad del Abogado en el Derecho Civil”, op.cit., página 161; de igual modo vid. DIEZ-PICAZO, Luis “Comentario al artículo 1258 CC”, en *Comentario del Código Civil*, op. cit., páginas 437 y 438; DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, Calixto, “Comentario al artículo 1258 CC”, en *Comentarios al Código Civil*, dirigidos por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, Editorial Aranzadi, 2001, páginas 1462 a 1464; GÓMEZ CALLE, Esther, “Los deberes precontractuales de información”, Editorial La Ley, 1994, página 18.

¹⁰⁸ Vid. referencias jurisprudenciales contenidas en el apartado (4.1.i) anterior.

En cuanto al contenido del deber de información, tomamos los requisitos referenciados por CRESPO MORA¹⁰⁹, con los que estamos de acuerdo, con los matices que se indicarán a continuación. Así, toda información que el abogado entregue al cliente debe contener los siguientes requisitos:

a.- La información ha de ser completa.

El cliente debe disponer de todos los elementos necesarios para hacerse una composición de lugar lo más exacta posible. En un procedimiento judicial, debe ser consciente del tipo de acción ejercitada, de las acciones que se han descartado, de los riesgos que entraña la acción escogida, de la prueba aportada junto con la demanda, consciente de que será sumamente difícil aportar más documentación después de la interposición de demanda, de las fases de las que consta el procedimiento, así como de las probabilidades de éxito.

En consecuencia, el abogado debe informar a su cliente también de aquellos extremos que el cliente no le agrade oír¹¹⁰. De hecho, la información incompleta puede ocasionar daños, y apreciar la responsabilidad del abogado, como en el supuesto contemplado en la SAP de Asturias de 19 de enero de 2001 (AC 2001\111), FJ 3º¹¹¹, así como por ejemplo la SAP de Barcelona de 6 de septiembre de 2002 (JUR 2002\275680), FJ 4º, en la que se condena al abogado que omitió la información que era desagradable para el cliente y que, finalmente, toma la decisión de iniciar un procedimiento judicial con escasas o nulas probabilidades de éxito.

En definitiva, la información debe cubrir aquellos interrogantes que el cliente pueda tener, sin tratarse de una lección magistral de

¹⁰⁹ CRESPO MORA, M^a Carmen, “La responsabilidad del Abogado en el Derecho Civil”, op.cit., páginas 164 a 169.

¹¹⁰ La STS de 23 de mayo de 2001 (RJ 2001\3372), FJ 3º establece que el abogado tiene la obligación de informar al cliente de “pros y contras”.

¹¹¹ En dicha Sentencia se enjuicia la actividad llevada a cabo por el abogado que decide no interponer recurso (ya preparado) siguiendo instrucciones del cliente, a quien había informado sesgadamente.

Derecho (pues una cosa es que la información deba ser completa y otra distinta es que deba ser exhaustiva)¹¹².

b.- La información ha de ser comprensible.

La información debe ser transmitida de forma que el cliente la entienda, y ello varía en función de sus condiciones culturales.

Además, hay que tener en cuenta que, normalmente, el lenguaje jurídico no resulta asequible para el ciudadano medio¹¹³. De hecho, existe una Comisión de Modernización del Lenguaje Jurídico¹¹⁴, perteneciente al Ministerio de Justicia que, entre otros documentos, ha elaborado uno que se titula “Convenio para promover la claridad del lenguaje jurídico”¹¹⁵, lo que acredita que éste dista mucho de ser comprensible para el ciudadano medio, sin que en modo alguno se

¹¹² CERVILLA GARZÓN, M^a Dolores, “La obligación de información del abogado”, *Revista General de Derecho*, número 676-677, enero-febrero 2001, página 91; también en “La prestación de servicios profesionales”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, página 257.

¹¹³ Vid. ORDOÑEZ SOLIS, David, “Lenguaje judicial: argumentación y estilo”, *Diario La Ley*, número 5564, de 12 de junio de 2012. De hecho, el propio TC ha establecido en varias Sentencias, que el legislador debe perseguir la claridad y no la confusión normativa, exigencia contenida en SSTC 120/2012, de 5 de junio, FJ 3º; 100/2012, de 8 de mayo, FJ 10º; 37/2012, de 19 de marzo, FJ 8º; 136/2011, de 13 de septiembre, FJ 9º; 31/2010, de 28 de junio, FJ 5 del Voto Particular; 90/2009, de 20 de abril, FJ 4º; 84/2008, de 21 de julio, FJ 8º; 238/2007, de 21 de noviembre, FJ 5º; 83/2005, de 7 de abril, FJ 5º; 156/2004, de 21 de septiembre, FJ 9º; 96/2002, de 25 de abril, FJ 5º; 234/2001, de 13 de diciembre, FJ 9º; 104/2000, de 13 de abril, FJ 7º; 212/1996, de 19 de diciembre, FJ 15º; 146/1993, de 29 de abril, FJ 6º; 142/1993, de 22 de abril, FJ 4º; 150/1990, de 4 de octubre, FJ 8º; 46/1990, de 15 de marzo, FJ 4º; AATC 307/2004, de 20 de julio, FJ 3º; 165/2001, de 19 de junio, FJ 2º.

¹¹⁴

Cfr.

<http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1288775399001/MuestraInformacion.html>, visitada el 10 de mayo de 2012.

¹¹⁵ Convenio de fecha 21 de diciembre de 2011, cuyo texto en pdf podemos descargar desde www.mjusticia.gob.es, visitado el 10 de mayo de 2012, y en el que se expone que “Esta Comisión considera que el derecho a comprender por parte de la ciudadanía es un elemento esencial para el correcto funcionamiento tanto del estado de derecho como de la administración de justicia”.

haya conseguido el lenguaje asequible y accesible que se indicaba en la Exposición de Motivos de la LEC¹¹⁶.

Lo anteriormente expuesto lleva consigo que se exige al abogado una postura activa, consistente en que no debe limitarse a dar la información, sino que además debe cerciorarse de que ésta ha sido efectivamente recibida y comprendida por su cliente¹¹⁷.

c.- La información ha de ser objetiva y cierta.

A diferencia del consejo o del asesoramiento que puede prestar el abogado, la información es neutra y, por lo tanto, desprovista de cualquier juicio de valor.

Asimismo, la información debe ser exacta, veraz o cierta, esto es, existe la obligación para el abogado de comprobar la vigencia y aplicabilidad de la norma en la que se fundamenta (por ejemplo, será responsable el abogado que informe a su cliente de la existencia de dos fases diferenciadas en el recurso de apelación civil -preparación e interposición-, tras la Ley 37/2011 y, en consecuencia, presente un escrito preparando el recurso de apelación y transcurran los veinte días hábiles desde la notificación de sentencia sin la interposición directa del recurso de apelación)¹¹⁸.

¹¹⁶ Nos referimos a la siguiente mención contenida en el punto IV de la citada Exposición de Motivos, que indica que “En otro orden de cosas, la Ley procura utilizar un lenguaje que, ajustándose a las exigencias ineludibles de la técnica jurídica, resulte más asequible para cualquier ciudadano”.

¹¹⁷ Vid. STS 14 de mayo de 1999 (RJ 1999\3106), FJ 4º; y SAP Guadalajara de 29 de noviembre de 2000 (JUR 2001\53612), FJ 1º.

¹¹⁸ Esta Ley ha dejado sin contenido el artículo 457 LEC (preparación del recurso de apelación) modificando el artículo 458 LEC, por lo que en la actualidad se debe interponer directamente el recurso de apelación civil, sin pasar por la fase de preparación.

d.- La información debe ser continuada.

La exigencia de información continuada se halla contenida en los artículos 13.9.e CDAE¹¹⁹ y 3.1.2 CDAUE¹²⁰.

La obligación de información surge incluso antes de la existencia formal del propio encargo profesional al abogado, puesto que para que el cliente preste válidamente su consentimiento y el abogado le asesore, debe conocer de antemano en qué consistirá su actuación profesional.

Dicho deber se extiende durante la tramitación de todo el procedimiento judicial encomendado, en el que el abogado deberá informar de las principales cuestiones procesales que surjan a lo largo del mismo (por ejemplo, escritos sometidos por la parte contraria, sobre la audiencia previa, admisión o inadmisión de un medio probatorio, el juicio, posibilidad de interponer recursos, etcétera). Dicho deber no se impone al abogado para que informe exhaustivamente de todas y cada una de las cuestiones procesales que surjan, sino de las más importantes, esto es, de las que el abogado necesite una toma de decisión por parte del cliente.

Finalmente, y tal y como indica la STS de 25 de marzo de 1998 (RJ 1998\1651), FJ 1º, la obligación de información persiste incluso cuando finaliza la relación contractual abogado-cliente. Sin embargo, añadimos que dicha obligación post relación contractual no se hallará vigente en los supuestos en los que un primer abogado sea sustituido por un segundo, mediante la correspondiente solicitud de venia.

¹¹⁹ “El Abogado tiene la obligación de poner en conocimiento del cliente, incluso por escrito, cuando éste lo solicite del mismo modo: (...) e) La evolución del asunto encomendado, resoluciones trascendentes, recursos contra las mismas; posibilidades de transacción, conveniencia de acuerdos extrajudiciales o soluciones alternativas al litigio”.

¹²⁰ “El Abogado asesorará y defenderá a su cliente rápida, concienzuda y diligentemente. Asumirá personalmente la responsabilidad del trabajo que le ha sido encargado. Informará a su cliente de la evolución del asunto que le ha sido encomendado”.

La información que proporcione el abogado a su cliente podrá ser verbal o escrita. La verbal es el medio más habitual y rápido que existe para informar al cliente. Además, sirve para comunicarse de una forma más fluida y espontánea con el cliente, quien podrá realizar las preguntas que le surjan hasta obtener toda la información que necesite¹²¹. El inconveniente de esta información facilitada por el abogado consiste en su prueba en el marco de un procedimiento judicial¹²².

Por ello, tal y como señala CRESPO MORA¹²³, la información escrita posee numerosas ventajas, puesto que suele ser más precisa, completa y elaborada, ya que el abogado procurará no dejar ninguna cuestión abierta, sino que proporcionará al cliente toda la información que necesite y, lo que resulta más importante a efectos de responsabilidad civil, facilitará la prueba del cumplimiento del deber de información. No obstante, a veces, es insuficiente la mera remisión de una carta por parte del abogado al cliente, sino que el letrado deberá comprobar la recepción y la comprensión de la carta por parte del cliente, siendo éste el supuesto de la STS de 14 de mayo de 1999 (RJ 1999\3106) FJ 4º, y la SAP Guadalajara de 29 de noviembre de 2000 (JUR 2001\53612), FJ 1º.

Finalmente, cabe indicar que el artículo 13.9 CDAE establece que el abogado tiene la obligación de informar por escrito al cliente si éste lo solicita del mismo modo.

¹²¹ Sobre la validez de la información verbal, vid. STS 13 de octubre de 2003 (RJ 2003\7031), FJ 3º, que indica que “entiende acreditado que, aunque no se envió por carta certificada, ni se lo comunicó por conducto telefónico la sentencia penal dictada en apelación desestimando el recurso, sí se le hizo saber verbal y directamente por el letrado el contenido de la sentencia dictada en apelación, hechos éstos que no ha rebatido el recurrente”.

¹²² En el ámbito de la responsabilidad médica, y para ilustrar la dificultad probatoria de la información prestada verbalmente por el profesional, vid. SSTS 13 de octubre de 2009 (RJ 2009\5564), FJ 3º y 29 de mayo de 2003 (RJ 2003\3916), FJ 1º, entre otras,, que establecen que cuando la información proporcionada al paciente es verbal, cuanto menos deberá quedar reflejada en el historial del paciente.

¹²³ CRESPO MORA, Mª Carmen, “La responsabilidad del Abogado en el Derecho Civil”, op.cit., páginas 168 y 169.

4.1.4.- Contenido de la información a suministrarse por el abogado.

Sobre este particular, CRESPO MORA¹²⁴ distingue dos fases diferentes en las que el abogado debe informar a su cliente: antes de suscribirse el contrato de prestación de servicios y durante su ejecución.

- a.- Contenido de la información con anterioridad a la suscripción del contrato.

Previamente a la relación contractual de prestación de servicios, el abogado deberá informar a su cliente sobre las condiciones jurídicas de la contratación del servicio (honorarios profesionales, gastos, posibilidad de entregar cantidades a cuenta, situaciones que puedan afectar a la independencia del abogado, etcétera), así como informaciones que se refieren a la consulta jurídica planteada (posibilidades de éxito de una determinada acción o recurso; breve explicación sobre en qué consiste la acción a ejercitarse, así como la prueba documental –o pericial- que se acompañaría al escrito de demanda o fases del procedimiento judicial, etcétera).

La información sobre el importe aproximado de los honorarios del abogado se halla prevista en el artículo 3.4.1. CDAUE (“el abogado deberá informar a su cliente del importe de sus honorarios, que será equitativo y estará justificado”), así como en el artículo 13.9.b CDAE que impone la obligación al abogado de informar sobre el “importe aproximado, en cuanto sea posible, de los honorarios, o de las bases para su determinación”), y en el artículo 20.1.c NAC (“el coste previsible de su actuación, incluyendo honorarios y gastos”).

Informar sobre la concreta cuantía de los honorarios es una tarea compleja, ya que muchas veces no se puede prever la carga de

¹²⁴ CRESPO MORA, M^a Carmen, “La responsabilidad del Abogado en el Derecho Civil”, op.cit., páginas 169 a 175, quien aplica, ante ausencia de ley que regule el contenido del deber de informar del abogado, el artículo 13 LGDCU, los usos profesionales (CDAE, CDAUE y CAC, cuando proceda), y la buena fe, en aplicación del artículo 1258 CC.

trabajo de un procedimiento judicial, ya que no es lo mismo litigar contra un demandado declarado en rebeldía que contra otro que recurra sistemáticamente todas y cada una de las decisiones judiciales, o bien que solicite y se acuerde la declaración de un gran número de testigos en el acto del juicio. Por ello, la jurisprudencia estima que no es necesario fijar el precio previamente por parte del abogado, sino que basta con indicar las bases sobre las que se calculará el importe de los honorarios¹²⁵, o bien basta la mera remisión a la normativa orientadora de honorarios del correspondiente Colegio de Abogados¹²⁶. Asimismo, el abogado tiene la obligación de informar a su cliente sobre la posibilidad de acogerse al beneficio de justicia gratuita con anterioridad al inicio del procedimiento judicial¹²⁷.

Asimismo, el abogado deberá informar al cliente sobre si existe alguna circunstancia que pueda afectar su independencia en el asunto que le encarga, como por ejemplo, relaciones familiares, de amistad, económicas o financieras con la parte contraria o sus representantes¹²⁸. Entendemos, junto a CERVILLA GARZÓN¹²⁹ que, durante la ejecución del encargo profesional, el abogado también deberá informar al cliente en el supuesto en el que exista alguna causa sobrevenida que afecte a su independencia.

¹²⁵ SSTS de 25 de octubre de 2002 (RJ 2002\9911). FJ 2º; 3 de febrero de 1998 (RJ 1998\614), FJ 3º; 15 de diciembre de 1994 (RJ 1994\10114), FJ 3º.

¹²⁶ Habida cuenta el contenido del artículo 44 EGAE, que establece que “a falta de pacto expreso en contrario, para la fijación de los honorarios se podrán tener en cuenta, como referencia, los baremos orientadores del Colegio en cuyo ámbito actúe, aplicados conforme a las reglas, usos y costumbres del mismo”.

¹²⁷ Artículo 3.7.2. CDAUE “cuando el cliente pueda ser beneficiario de la asistencia jurídica gratuita, el abogado deberá informarle de su posible derecho”; artículo 13.9.c CDAE “el abogado tiene la obligación de poner en conocimiento de su cliente: (...) si por sus circunstancias personales y económicas tiene la posibilidad de solicitar y obtener los beneficios de la asistencia jurídica gratuita”.

¹²⁸ Así lo estipula el artículo 13.9.d CDAE.

¹²⁹ CERVILLA GARZÓN “La obligación de información del abogado”, op.cit., páginas 89 y 90.

La principal información a proporcionarse por parte del abogado al cliente en esta fase inicial consiste en una primera indicación o análisis jurídico de la cuestión planteada por el cliente, posibilidades de éxito o fracaso, sucinta explicación de los pros y contras planteados por el cliente, y de las posibles acciones a ejercitarse, para que el consentimiento del cliente a la hora de contratar con el abogado sea lo más correcto posible¹³⁰.

Finalmente, el abogado también deberá informar al cliente sobre las posibilidades de transacción del asunto que le encomienda¹³¹, con el objeto de que el letrado no alargue innecesariamente el procedimiento judicial, perjudicando así a su cliente¹³².

b.- Contenido de la información con durante la ejecución del contrato.

¹³⁰ Vid. SSTS 23 de mayo de 2001 (RJ 2001\3372), FJ 3º; 30 de diciembre de 2002 (RJ 2003\333), FJ 3º y 12 de diciembre de 2003 (RJ 2003\9285), FJ 6º, en las que el TS manifiesta que el deber de información consiste en “«ad exemplum»: informar de «pros y contras», riesgo del asunto o conveniencia o no del acceso judicial, costos, gravedad de la situación, probabilidad de éxito o fracaso, lealtad y honestidad en el desempeño del encargo respeto y observancia escrupulosa en Leyes Procesales, y cómo no, aplicación al problema de los indispensables conocimientos de la Ley y del Derecho”; dicha doctrina también se reproduce en SAP Cádiz, de 27 de noviembre de 2001 (JUR 2001\55192), FJ 3º

¹³¹ Previsión contenida en el artículo 3.7.1. CDAUE que establece que “el abogado tratará, en todo momento, de encontrar una solución al litigio de su cliente (...) asesorándole en el momento oportuno sobre la conveniencia de llegar a un acuerdo o recurrir a soluciones alternativas para poner fin al litigio”.

¹³² El hecho de alargar innecesariamente un pleito por parte de un abogado fue objeto de crítica en la literatura clásica, citada, por ejemplo, por LUJÁN DE SAYAVEDRA, Mateo, en “*Segunda Parte del Pícaro Guzmán de Alfarache*”, de 1602, en cuyo Capítulo Segundo del Libro Tercero, titulado “En el que Guzmán muestra (...) y prueba que aunque son dañosos los pleitos, es bien que haya letrados en la república”, y dice “Mas bien entiendo que la avaricia de abogados y procuradores inmortaliza los pleitos; que siendo el pleito vocablo castellano antiguo, que en un tiempo significaba concordia (...) van agora tan trabados y mal tramados los pleitos (...) porque nunca el diablo acabe de proceder”. Podemos acceder al texto en http://es.scribd.com/doc/92122533/LUJAN-DE-SAYAVEDRA-MATEO-Segunda-parte-de-la-vida-del-picaro-Guzman-de-Alfarache#outer_page_89, visitada el 5 de junio de 2012.

Durante la ejecución del contrato “el abogado (...) informará a su cliente de la evolución del asunto que le ha sido encomendado” (artículo 3.1.2. CDAUE), “el abogado tiene la obligación de poner en conocimiento del cliente, incluso por escrito, cuando éste lo solicite del mismo modo: e) la evolución del asunto encomendado, resoluciones trascendentes, recursos contra las mismas (...)” (artículo 13.9.e CDAE), y finalmente “el cliente tiene derecho a ser informado por el abogado de las circunstancias siguientes: (...) d) las actuaciones realizadas y los resultados que se vayan alcanzando” (artículo 20.1.d NAC).

En este sentido, cabe destacar que la doctrina destaca que se debe informar sobre los aspectos procesales más relevantes y que requieran una toma de decisión por parte del cliente¹³³. Así, por ejemplo, se aprecia la responsabilidad del abogado en la SAP de Pontevedra de 10 de noviembre de 2009 (AC 2010\271), FJ 4º, con base a la falta de seguimiento del asunto encomendado por parte del abogado, con el resultado de la pérdida del traspaso del local de negocio y la resolución del contrato de arrendamiento; la SAP de Barcelona de 10 de marzo de 2009 (AC 2009\1331), FJ 3º, en la que se aprecia, entre otras cuestiones, falta de información del abogado al cliente sobre la viabilidad del recurso, así como del riesgo de pago de las costas del procedimiento; la SAP de Barcelona, de 23 de diciembre de 2008 (AC 2009\207), FJ 2º, en la que el abogado no informa al cliente sobre el asunto encomendado; la SAP de Alicante, de 8 de mayo de 2008 (AC 2008\1448), FJ 2º, en la que el abogado no informa a sus clientes sobre la posibilidad de interponer recurso de casación en unificación de doctrina, al considerar que el asunto tenía escasas posibilidades de éxito; la SAP de Girona de 5 de marzo de 2008 (JUR 2008\183018), FJ 3º; en la que se indica que “sí que es merecedora de reproche culpabilístico la conducta de la abogada demandada que durante nada menos que nueve años mantuvo una situación expectante respecto de la finca de sus clientes sin una clara información sobre los pros y los contras de la misma una vez frustrada la oportunidad de la tutela posesoria, faltando de este modo

¹³³ Vid. LUCAS FERNÁNDEZ, Francisco, “Comentario a los artículos 1583 a 1587 CC”, Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, dirigidos por ALBALADEJO, op.cit., página 41.

a la lealtad y honestidad en el desempeño del cargo generador de la responsabilidad profesional propugnada”; y la SAP de Ávila de 6 de noviembre de 2002 (AC 2002\1906), FJ 4º, habida cuenta que el abogado no mantuvo informado al cliente sobre la marcha del procedimiento, desatendiendo el mismo.

4.1.5.- Sobre el deber de colaboración del cliente.

Constituye éste el otro lado de la moneda del deber de información del abogado, pues mal podrá informar si el cliente no le proporciona todos los datos y documentos necesarios para que pueda informarle conforme a Derecho.

Dicho deber se halla regulado en el artículo 33.3 EGAE, cuando establece que “el deber de defensa jurídica que a los abogados se confía es también un derecho para los mismos por lo que (...) podrán reclamar, tanto de las autoridades como de los colegios y de los particulares, todas las medidas de ayuda en su función que les sea legalmente debidas”.

Más explícito resulta el artículo 20.2 NAC, que establece que “al mismo tiempo, el abogado tiene derecho a reclamar al cliente toda la información que resulte relevante para la óptima consecución del encargo. El abogado deberá de mantener la confidencialidad de la información que el cliente le suministre”.

Consciente de dicho deber, la jurisprudencia exime de responsabilidad al abogado en los supuestos en los que el cliente no le haya proporcionado todos los datos necesarios para asumir la defensa del pleito, así como por la falta de colaboración del cliente con el abogado, habida cuenta que es el propio cliente el que debería ser el primer interesado en conocer la marcha del asunto¹³⁴.

Asimismo, LUCAS FERNÁNDEZ¹³⁵ indica que el cliente que encarga un servicio profesional al abogado debe colaborar activamente con éste para

¹³⁴ Así, por ejemplo, vid. la SAP Palencia de 23 de febrero de 1998 (AC 1998\3203) FJ 2º y 3º; SAP Badajoz de 18 de febrero de 2003 (JUR 2003\157394), FJ 1º; y SAP León, de 31 de mayo de 2003 (JUR 2003\ 234030), FJ 4º.

¹³⁵ LUCAS FERNÁNDEZ, Francisco, “Comentario a los artículos 1583 a 1587 CC”, op.cit., página 92.

que el servicio pueda ser cumplido. De este modo, si le encarga la defensa de sus intereses en un procedimiento judicial, debe hacerle entrega de cuantos documentos disponga para acreditar su postura, así como cuantos antecedentes tenga para así alcanzar una adecuada defensa.

Finalmente, estamos de acuerdo con la opinión de CRESPO MORA¹³⁶, que recomienda al abogado que para protegerse de futuras responsabilidades es conveniente que emita la opinión o dictamen formulando ciertas salvedades o reservas que adviertan de que, una variación de los antecedentes de hecho facilitados por el cliente, puede hacer cambiar el dictamen emitido¹³⁷.

4.2.- Deber de consejo al cliente.

La segunda de las prestaciones accesorias del abogado respecto a su cliente es el deber de aconsejar o recomendar¹³⁸.

Dicho deber encuentra su encaje normativo en los artículos 6, 9 y 30 EGAE, 1.1. y 3.1.2 CDAUE y 2.2 y 13.10 CDAE, con el que el abogado tiene el papel de defensor y asesor de su cliente.

¹³⁶ CRESPO MORA, M^a Carmen, “La responsabilidad del Abogado en el Derecho Civil”, op.cit., página 181.

¹³⁷ Una cláusula-tipo podría ser la siguiente: “Cuanto antecede constituye nuestro opinión sobre la consulta planteada, con arreglo a nuestro leal saber y entender, y subordinamos a los criterios que la jurisprudencia pudiese establecer en el futuro, así como a la recepción o conocimiento de cualquier otro hecho o circunstancia que pudiese resultar relevante”.

¹³⁸ CRESPO MORA, M^a Carmen, “La responsabilidad del Abogado en el Derecho Civil”, op.cit., páginas 183 a 190 distingue entre informar (la información es neutra, pues consiste en la transmisión de datos o hechos objetivos) y aconsejar o recomendar, pues estas últimas implican una toma de posición acerca de un asunto determinado y tienden a obtener el convencimiento del cliente, influyendo en su voluntad. Así, también distingue entre asesoramiento (la prestación principal del asesor fiscal, laboral, etcétera), y consejo (que presta el abogado en la dirección letrada de un pleito). Finalmente, indica que la mayoría de la doctrina no distingue, por su cercanía, los términos informar y aconsejar; no obstante, dicha autora sostiene que informar no es lo mismo que aconsejar, en tanto en cuanto hemos visto que el abogado tiene la obligación de informar al cliente, y el consejo implica ir más allá de la mera información, obligación que también incumbe al abogado, como veremos.

Debemos diferenciar el deber de aconsejar cuando el abogado debe emitir un dictamen, al deber cuando el abogado defiende los intereses del cliente en el ámbito procesal:

4.2.1.- Deber de consejo cuando el abogado debe preparar un dictamen para su cliente.

Según CRESPO MORA¹³⁹, cuando el cliente solicita la emisión de un dictamen al abogado, éste también tiene la obligación de aconsejarle. La razón para ello consiste en que si el abogado se limitara a exponerle las diferentes opciones al cliente, éste no tendría ningún elemento para decidir entre una opción u otra, ya que es lego en la materia, frustrando así la finalidad del dictamen, que básicamente consiste en que el cliente no tenga dudas sobre la cuestión jurídica planteada. Por ello, el cliente, cuando solicita un dictamen, busca algo más de su abogado, busca que le indique qué alternativa resulta más conveniente para sus intereses¹⁴⁰.

4.2.2.- Deber de consejo en el ámbito procesal.

Este deber se regula en el artículo 13.9.a CDAE según el cual el abogado debe poner en conocimiento de su cliente “su opinión sobre las posibilidades de sus pretensiones y resultado previsible del asunto”. Nótese que el precepto establece que el abogado no se debe limitar a informar, sino que además debe emitir su opinión sobre las posibilidades de éxito del asunto encomendado.

¹³⁹ CRESPO MORA, M^a Carmen, “La responsabilidad del Abogado en el Derecho Civil”, op.cit., páginas 186 y 187.

¹⁴⁰ Vid. la SAP de Barcelona de 26 de junio de 2002 (AC 2002\2313), FJ 4º, que establece la obligación para el abogado del “cumplimiento, pues, no sólo de lo expresamente pactado, sino además de «todas las consecuencias que, según su naturaleza sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley» (1258 CC), alcanzando a las obligaciones de instrucción, información y consejo, acerca de las ventajas, inconvenientes y riesgos de determinada actuación”; asimismo, la SAP de Málaga de 27 de febrero de 1999, que afirma que “una de las funciones propias de la abogacía (...) es el de asesorar o dar su parecer o dictamen para que sus clientes compraran o no una parcela en cuestión”.

La información y la obligación de aconsejar en el marco de una obligación de medios es resaltada por DE ANGEL YÁGÜEZ¹⁴¹, SERRA RODRÍGUEZ¹⁴², SANTOS BRIZ¹⁴³, y CRESPO MORA¹⁴⁴, indicando esta última autora que, a falta de regulación legal, los requisitos y contenido del consejo deben ser similares a los exigidos en la obligación de información, estudiada en el apartado anterior.

4.3.- Sobre la obligación de cumplir con las instrucciones del cliente.

En principio, el abogado debe actuar con total libertad e independencia en el ejercicio de su profesión. El artículo 542.1 LOPJ establece que “corresponde *en exclusiva*¹⁴⁵ la denominación y función de abogado al licenciado en Derecho que ejerza profesionalmente la dirección y defensa de las partes en toda clase de procesos, o el asesoramiento y consejo jurídico”. Y como es obvio, la libertad e independencia del abogado se reconoce en numerosos preceptos del EGAE¹⁴⁶, CDAUE¹⁴⁷, CDAE¹⁴⁸ y NAC¹⁴⁹.

¹⁴¹ DE ANGEL YÁGÜEZ, Ricardo, “Comentario al artículo 1902 CC”, *Comentario del Código Civil*, coordinados por SIERRA GIL DE LA CUESTA, Tomo 8 (arts. 1790 al 1902), Edit. J. M^a Bosch, Barcelona, 2000, página 498.

¹⁴² SERRA RODRÍGUEZ, Adela, “La responsabilidad civil del Abogado”, op.cit., páginas 270-271.

¹⁴³ SANTOS BRIZ, Jaime, “Responsabilidad profesional. Abogados”, op.cit., página 246.

¹⁴⁴ CRESPO MORA, M^a Carmen, “La responsabilidad del Abogado en el Derecho Civil”, op.cit., página 189.

¹⁴⁵ La cursiva es nuestra.

¹⁴⁶ Concretamente nos referimos a los siguientes: artículo 1.1 “La abogacía es una profesión libre e independiente...”; artículo 26.1 “Los abogados tendrán plena libertad de aceptar o rechazar la dirección del asunto, así como de renunciar al mismo en cualquier fase del procedimiento, siempre que no se produzca indefensión al cliente”; artículo 33 “2. El abogado, en cumplimiento de sumisión, actuará con libertad e independencia, sin otras limitaciones que las impuestas por la Ley y por las normas éticas y deontológicas”; “3. El deber de defensa jurídica que a los abogados se confía es también un derecho para los mismos por lo que, además de hacer uso de cuantos remedios o recursos establece la normativa vigente, podrán reclamar, tanto de las autoridades como de los Colegios y de los particulares, todas las medidas de ayuda en

su función que les sean legalmente debidas”; “4. Si el letrado entendiere que no se le guarda el respeto debido a su misión, libertad e independencia, podrá hacerlo presente al Juez o Tribunal para que ponga el remedio adecuado”; y artículo 34.c “Son deberes de los colegiados: (...) c) Denunciar al Colegio cualquier atentado a la libertad, independencia o dignidad de un abogado en el ejercicio de sus funciones”.

¹⁴⁷ Artículo 2.1 (Independencia): “2.1.1. La multiplicidad de deberes que incumben al Abogado le imponen una independencia absoluta exenta de cualquier presión, en particular de la que resulte de sus propios intereses o de influencias externas. Esta independencia es tan necesaria para mantener la confianza en la Justicia como la imparcialidad del juez. El Abogado debe, por lo tanto, evitar cualquier ataque a su independencia y estar atento a no descuidar la ética profesional por complacer a su cliente, al juez o a terceros. 2.1.2. Esta independencia es necesaria tanto para la actividad jurídica como para los demás asuntos judiciales por cuanto el consejo del Abogado a su cliente no tiene ningún valor real si ha sido dado por complacencia, por interés personal o como resultado de una presión exterior.”

¹⁴⁸ Artículo 2. Independencia: “1. La independencia del abogado es una exigencia del Estado de Derecho y del efectivo derecho de defensa de los ciudadanos, por lo que para el abogado constituye un derecho y un deber. 2. Para poder asesorar y defender adecuadamente los legítimos intereses de sus clientes, el abogado tiene el derecho y el deber de preservar su independencia frente a toda clase de injerencias y frente a los intereses propios o ajenos. 3. El abogado deberá preservar su independencia frente a presiones, exigencias o complacencias que la limiten, sea respecto de los poderes públicos, económicos o fácticos, los tribunales, su cliente mismo o incluso sus propios compañeros o colaboradores. 4. La independencia del abogado le permite rechazar las instrucciones que, en contra de sus propios criterios profesionales, pretendan imponerle su cliente, sus compañeros de despacho, los otros profesionales con los que colabore o cualquier otra persona, entidad o corriente de opinión, cesando en el asesoramiento o defensa del asunto de que se trate cuando considere que no pueda actuar con total independencia.”; artículo 3: “1. El abogado tiene el derecho y el deber de defender y asesorar libremente a sus clientes, por lo que, en aras de la recta administración de Justicia, su libertad de expresión está amparada por el art. 437.1 de la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial. 2. El abogado está obligado a ejercer su libertad de defensa y expresión conforme al principio de buena fe y de forma responsable.”; Artículo 12.5 “El Abogado desarrollará sus mejores esfuerzos propios para evitar acciones de violencia, de la clase que sean, contra otros abogados defensores de intereses opuestos, debiéndolas prevenir e impedir por todos los medios legítimos, aunque provinieren de sus propios clientes a los que exigirá respetar la libertad e independencia del Abogado contrario”; Artículo 13.3 “El Abogado tendrá plena libertad para aceptar o rechazar el asunto en que se solicite su intervención, sin necesidad de justificar su decisión. Así mismo el Abogado podrá abstenerse o cesar en la intervención cuando surjan discrepancias con el cliente. Deberá hacerlo siempre que concurran circunstancias que puedan afectar a su plena libertad e independencia en la defensa o a la obligación de

Ahora bien, el propio encargo del asunto al abogado puede llevar consigo expresas instrucciones del cliente, quien además tendrá que adoptar decisiones durante la tramitación del procedimiento. ¿Qué sucede en consecuencia cuando el abogado desaconseja a su cliente interponer un recurso y el cliente, a pesar de todo, decide interponerlo? ¿Qué sucede cuando el cliente impone un medio de prueba para que lo utilice el abogado en el procedimiento, en contra de su criterio?

Estamos de acuerdo con el criterio de CRESPO MORA¹⁵⁰, quien indica que si las instrucciones se proporcionan al abogado en el momento de suscripción del contrato con el cliente, entonces el abogado tiene la opción de, simplemente, no suscribir el contrato, amparándose en el artículo 26.1

secreto profesional.”; Artículo 13.11 “11.- El Abogado tiene la obligación, mientras esté asumiendo la defensa, de llevarla a término en su integridad, gozando de plena libertad a utilizar los medios de defensa, siempre que sean legítimos y hayan sido obtenidos lícitamente, y no tiendan como fin exclusivo a dilatar injustificadamente los pleitos.”

¹⁴⁹ Artículo 4.1. “En su ejercicio profesional los abogados cumplirán las normas deontológicas aplicables y actuarán bajo los principios de libertad e independencia, como también bajo el principio de libre competencia con otros abogados y profesionales”; artículo 26 “1. La independencia ha de orientar en todo momento la actuación del abogado y, por tanto, este tendrá que rechazar cualquier encargo que pueda comprometerla. Además, deberá de informar al cliente de las situaciones personales, familiares, económicas o de amistad que le vinculen con la parte contraria y que puedan afectar a su actuación. 2. El abogado tiene plena libertad para decidir los medios de defensa que debe utilizar siempre que hayan sido obtenidos legítimamente. 3. El abogado no podrá renunciar a derechos o asumir obligaciones en nombre del cliente sin su autorización expresa. 4. El abogado que mantenga una relación permanente con el cliente, sea o no de naturaleza laboral, gozará de los mismos derechos y obligaciones que el resto de abogados y su actuación se rige igualmente por los principios de libertad e independencia”; artículo 34 “1. El abogado tiene derecho a la plena libertad de defensa y a la máxima independencia, si bien tendrá que obviar las prácticas exclusivamente dilatorias. 2. Si el abogado considera que el órgano judicial coarta su libertad e independencia lo deberá hacer constar and el mismo órgano judicial e informará a la Junta de Gobierno del Colegio correspondiente”; artículo 68.3 “El ejercicio de la abogacía a través de la sociedad no obstaculizará la aplicación a los abogados actuantes de la normativa profesional que corresponda. En especial, los abogados actuantes conservarán su plena libertad e independencia en el desarrollo de la actividad profesional”.

¹⁵⁰ CRESPO MORA, M^a Carmen, “La responsabilidad del Abogado en el Derecho Civil”, op.cit., página 211.

EGAE, en el artículo 13.3 CDEAE, o en el artículo 21 NAC; asimismo, respecto a las instrucciones que el cliente proporcione al abogado con posterioridad a la suscripción del contrato, el abogado deberá seguirlas siempre y cuando respeten su independencia técnica¹⁵¹, o bien cuando las mismas no sean contrarias a la ley o las buenas costumbres, puesto que vulnerarían el artículo 1258 CC.

Por ello, las instrucciones sólo serán imperativas cuando se traten de decisiones trascendentales para el ejercicio de los derechos que le asisten al cliente y que necesariamente han de ser adoptadas por él al abrir o cerrar una vía procesal (por ejemplo, la decisión de recurrir o no una sentencia), o bien cuando dichas instrucciones constan en el momento de suscribir el contrato con el abogado (por lo que éste era consciente de las instrucciones desde el primer momento), y todo ello aunque la opinión del abogado sea contraria a la del cliente¹⁵².

¹⁵¹ Dicha autora cita la STS de 13 de octubre de 2003 (RJ 2003\7031), fj 1º, que establece que “siendo, por otra parte, facultad del Letrado defensor como técnico en la materia procesal, la de escoger la línea más conveniente a la defensa de los intereses de su cliente”.

¹⁵² Así, por ejemplo la STS de 4 de febrero de 1992 (RJ 1992\819), FJ 2º, indica que no existe negligencia del abogado por no comparecer en un recurso de apelación, puesto que cumplió con las instrucciones del cliente. De igual modo, la SAP Madrid de 24 de junio de 2003 (JUR 2003\248304), fj 4º, que establece “Es indudable que no podemos negar al letrado la capacidad de decidir sobre la manera de plantear un procedimiento y para elegir alguna de las distintas opciones que ofrece la ley para defender una determinada pretensión; ahora bien, cuando está en juego el ejercicio de la pretensión ante los Tribunales o el mantenimiento y efectividad de la misma, como entendemos que ocurre con los recursos que afectan directamente a la continuación de la tramitación del proceso, creemos que debe ser el cliente quien decida sobre tal materia, debiendo el letrado, sino tiene orden expresa en contrario, mantener abiertas todas las posibilidades para que el procedimiento o el recurso pueda seguir su trámite, sobre todo cuando en cualquier momento posterior podría desistirse del procedimiento o del recurso formulado. Por tanto, no creemos que podamos resolver esta materia en función de las posibilidades de éxito que estimemos que pudiera tener el recurso al ser conocido por la Audiencia Provincial, salvo que al letrado expresamente se le haya concedido tal elección, pues la decisión en esta materia debe corresponder, en todo caso, al cliente a quien le corresponde decidir si desea continuar y agotar las sucesivas instancias que le concede la Ley o, por el contrario, poner fin al proceso o permitir que el mismo se paralice durante el tiempo que dure la tramitación de una causa penal. En definitiva, si un letrado entiende que la continuación del recurso no conduce a nada más que a un

No obstante, recomendaríamos al abogado que reciba instrucciones del cliente con las que se halle disconforme, pero que deba de seguir y asumir, la preparación y envío de una comunicación (carta, fax o correo electrónico) en el que se exponga por parte del abogado el motivo de su disconformidad, pero que indique que asume las expresas instrucciones del cliente, exonerándose de responsabilidad alguna.

4.4.- Sobre el deber de custodiar los documentos del cliente y entregarlos al finalizar el contrato.

El abogado tiene la obligación de custodiar los documentos que le entregue el cliente y devolvérselos en cuanto finalice su contrato de prestación de servicios.

Dicha obligación se establece en el artículo 13.12 CDAE según el cual: “La documentación recibida del cliente estará siempre a disposición del mismo, no pudiendo en ningún caso el abogado retenerla, ni siquiera bajo el pretexto de tener pendiente cobro de honorarios. No obstante podrá conservar copias de la documentación”¹⁵³. Asimismo, el artículo 20.3 NAC establece que “En ningún caso el abogado podrá retener información o documentación del cliente”.

Cabe destacar que el Tribunal Supremo basa el deber de custodia y devolución de documentos recibidos por parte del cliente en la buena fe contemplada en el artículo 1258 CC (deber de fidelidad). Así, en la STS de 25 de marzo de 1998 (RJ 1998\1651), FJ 1º podemos leer:

“Incurso en el deber de fidelidad se hallan, en relación con el contrato con abogado en el caso de autos, primero, el deber de información adecuada durante la vigencia de la relación contractual y también, con mayor fuerza, en el momento de la extinción y, segundo, *el deber de adecuada custodia de todos*

aumento innecesario de costas procesales, deberá comunicar su opinión a su cliente, o incluso renunciar a la defensa del cliente, pero nunca permitir que pierda alguna de las posibilidades que le concede el procedimiento para mantener viva y en tramitación la acción ejercitada.”

¹⁵³ La insuficiente regulación contenida en dicho precepto es criticada, con acierto, por CRESPO MORA, M^a Carmen, “La responsabilidad del Abogado en el Derecho Civil”, op.cit., páginas 216 a 223.

*los documentos, escritos, traslados y actuaciones que se derivan de la relación contractual y actuación profesional y, también con mayor intensidad, en el momento de la extinción, la entrega de toda aquella documentación al cliente.”*¹⁵⁴

La obligación de custodiar del abogado versa sobre los “documentos” que le entregue el cliente. Sin duda, la definición, alcance y vicisitudes del concepto procesal de documento excede con creces del presente estudio; no obstante, habida cuenta la redacción de los artículos 317 y 324 LEC, en relación con los artículos 13.12 CDAE y 20.3 NAC, debemos abogar por un concepto amplio, esto es, el abogado deberá devolver cualquier documento en cualquier formato: documentos públicos o privados, CDs, DVDs, lápices USB, etcétera¹⁵⁵.

Sin duda, como señala CRESPO MORA¹⁵⁶, podrán consistir en documentos acreditativos de la deuda (SAP Zaragoza 16 de abril de 1993, AC 1993\417, FJ 1º), escrituras (SAP Valladolid 13 de marzo de 2000, AC 2000\1020, FJ 3º), parte amistoso de un accidente (SAP Barcelona de 17 de enero de 2001, JUR 2001\145157, FJ 3º), una letra de cambio (SAP Madrid de 31 de octubre de 2001, AC 2002\91, FJ 5º), etcétera.

La obligación de custodia y devolución documental es una obligación de prestación accesoria de resultado, es decir, los documentos se deben custodiar y deben restituirse al cliente tal y como éste los entregó, quizás tan sólo con la numeración insertada en los mismos si han servido para ser acompañados a algún escrito procesal.

¹⁵⁴ La cursiva es nuestra. Asimismo, vid. las SSTs 3 de julio de 1990 (RJ 1990\5772), FJ 2º y 30 de diciembre de 2002 (RJ 2003\333), FJ 3º.

¹⁵⁵ Sobre el concepto de documento, vid. SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, “La prueba documental”, en *Instituciones del nuevo Proceso Civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil*, volumen II, coordinados por Alonso-Cuevillas Sayrol, Jaume, Editorial Dijusa, Barcelona, 2000; voz “Prueba documental”, en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Tomo Editorial Seix, Barcelona, 1968; ABEL LLUCH, Xavier, “Derecho Probatorio”, Edit. J. Mª Bosch, 2012, páginas 785 a 792; y MONTERO AROCA, Juan, “La prueba en el proceso civil”, Civitas, Madrid, 7ª Edición, 2012, páginas 279 a 286.

¹⁵⁶ CRESPO MORA, Mª Carmen, “La responsabilidad del Abogado en el Derecho Civil”, op.cit., página 218.

Así, la destrucción, inutilización u ocultación de documentos puede dar lugar a la comisión de los siguientes tipos delictivos: delito de infidelidad en la custodia de documentos, tipificado en el artículo 413 CP¹⁵⁷, o bien un delito de obstrucción a la justicia y deslealtad profesional, tipificado en el artículo 465 CP¹⁵⁸.

¹⁵⁷ “La autoridad o funcionario público que, a sabiendas, sustrajere, destruyere, inutilizare u ocultare, total o parcialmente, documentos cuya custodia le esté encomendada por razón de su cargo, incurrirá en las penas de prisión de uno a cuatro años, multa de siete a veinticuatro meses, e inhabilitación especial para el empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años”.

¹⁵⁸ “El que, interviniendo en un proceso como abogado o procurador, con abuso de su función, destruyere, inutilizare u ocultare documentos o actuaciones de los que haya recibido traslado en aquella calidad, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años, multa de siete a doce meses e inhabilitación especial para su profesión, empleo o cargo público de tres a seis años”.

CAPÍTULO SEGUNDO

Análisis del secreto profesional del abogado

1. - Introducción.

El respeto y cumplimiento del deber de secreto profesional del abogado resulta fundamental en el ejercicio de la Abogacía, puesto que el cliente le confía diversa información, a veces tan íntima, que no la transmitiría si no supiera que su letrado tiene el deber de mantenerla en la más estricta confidencialidad.

Advertía en su época OSSORIO que la materia del secreto profesional “es una de las más sutiles, quebradizas y difíciles de apreciar en la vida del abogado”¹⁵⁹.

Y MARTÍNEZ VAL advierte que “la existencia del secreto profesional del abogado es una de las condiciones esenciales –sine qua non- de la existencia y posibilidad de la Abogacía, que no puede ser quebrantada ni aun por exigencias de una ley que estimamos en esto sería intrínsecamente injusta”¹⁶⁰. En otra obra, destaca que “en esta materia lo que hay realmente es una tensión entre el derecho de una persona (el cliente) a que no se revelen hechos o documentos que afectan a su intimidad o su interés y el bien común de la sociedad que exige la realización de la justicia. Y precisamente en el centro de esa tensión, por el propio contenido de su función profesional, está el abogado”¹⁶¹.

Veremos a lo largo de las siguientes páginas que el secreto profesional del abogado se halla presente en multitud de disposiciones normativas, algunas de ellas tan básicas como la propia Constitución, y que se trata de una institución tan compleja, que sólo este capítulo podría ser objeto de tesis

¹⁵⁹ OSSORIO Y GALLARDO, Angel, “El alma de la toga”, Edición consultada, Editorial Porrúa, México DF, 2005, página 26.

¹⁶⁰ MARTÍNEZ VAL, José María, “Abogacía y Abogados”, Edit. J. M^a Bosch, Barcelona, 1993, página 235.

¹⁶¹ MARTÍNEZ VAL, José María, “Ética de la Abogacía”, Edit. J. M^a Bosch, Barcelona, 1996, página 144.

doctoral y de un mayor y más profundo estudio y que la institución excede del presente trabajo.

No obstante, y como acertadamente señala CRESPO MORA “aunque el deber de guardar secreto es el que disfruta de un mayor desarrollo legislativo, apenas existen sentencias sobre la indemnización de los daños derivados de su incumplimiento”¹⁶², por lo que, como veremos, la materia ha sido tratada en profundidad por la doctrina, pero apenas existe jurisprudencia sobre la misma.

Asimismo, es un tema recurrente cuando se analiza el contenido de la institución de la abogacía, y así fue tratado, por ejemplo, en los encuentros internacionales organizados por el Colegio de Abogados de París, en fecha 25 de noviembre de 2006¹⁶³; o bien la noticia de su existencia, ámbito de aplicación y, en su caso, exclusión, surge con bastante asiduidad en revistas de jurídicas y divulgativas¹⁶⁴.

Por ello, el estudio somero del secreto profesional del abogado constituye un ejercicio imprescindible para luego tratar los efectos de su vulneración

¹⁶² CRESPO MORA, M^a Carmen, “La responsabilidad del Abogado en el Derecho Civil”, op.cit., nota 75 de la página50.

¹⁶³ Tal y como se cita en la revista editada por el Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona, “Món Jurídic”, número 213, de diciembre de 2006/enero 2007, página 18, y cita las palabras textuales de la Ilma. Decana del Colegio de Abogados de Barcelona de la época: “El secreto profesional constituye el derecho fundamental de toda persona de ser protegida contra cualquier divulgación de la información que haya confiado a su abogado. Por este motivo, la protección del secreto profesional ha de ser absoluta. Los abogados participan en el respeto del orden público internacional y no pueden de ninguna manera ni apoyar ni aconsejar sobre operaciones financieras que participen o constituyan blanqueo. Por tanto, no tienen vocación de ser agentes del poder público y deben conservar su independencia bajo cualquier circunstancia”.

¹⁶⁴ Por ejemplo, citamos la Revista del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona, Món Jurídic, números 269 y 270, de Julio-Agosto 2012 (páginas 32 a 34) y Septiembre 2012 (páginas 34 a 36); y la Revista del Consejo General de la Abogacía Española, “Abogados”, número 63, de noviembre de 2010, en cuyas páginas 26 a 28 el abogado D. Tomás González Cueto comenta brevemente la Sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 14 de septiembre de 2010 (asunto Azko Nobel Chemicals y Arkros Chemicals Ltd.), a la que haremos referencia también en el presente estudio.

en el marco del proceso civil. Para ello, se intentará analizar el concepto, la naturaleza jurídica y la normativa promulgada en relación al secreto profesional del abogado, para llegar a la conclusión de que, a pesar de su extrema importancia en la profesión, no se trata de un derecho absoluto, sino que el secreto profesional puede ceder en determinadas situaciones.

2.- Concepto de secreto profesional, evolución histórica y distinción con figuras afines.

2.1.- Concepto.

Para hallar una definición del concepto de “secreto profesional” debemos acudir en primer lugar al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, que define “secreto” como “cosa que cuidadosamente se tiene reservada y oculta”. De la definición de secreto podemos extraer tres elementos: (a) “cosa”, que también define como “todo lo que tiene entidad, ya sea corporal o espiritual, natural o artificial, real o abstracta”, (b) “cuidadosamente”, de la que se podría extraer un mínimo deber de diligencia de sigilo, y (c) “reserva y ocultación” que implica que deben existir personas que ignoren la “cosa” que debe permanecer secreta.

OSSORIO afirma que el abogado ejerce un ministerio, similar al del sacerdote, a partir del cual ambos tienen la obligación de guardar el secreto profesional¹⁶⁵.

FENECH NAVARRO¹⁶⁶ obtiene el concepto de secreto profesional desde un punto de vista objetivo y subjetivo: en sentido objetivo el secreto es una cosa o hecho cuyo conocimiento no puede ser comunicado sin un motivo justo; y en sentido subjetivo, destaca el hecho de conocer algo y la obligación de no revelarla a nadie.

¹⁶⁵ OSSORIO Y GALLARDO, Angel, “El alma de la toga”, op.cit., página 27, que indica que “la alusión al sacerdote nos encamina hacia la solución. La abogacía no es una carrera ni un oficio sino un ministerio y como tal hay que contemplarla sin que le alcance ninguna otra regulación. [...] En cuanto nos detengamos a meditar sobre esas nobles características del abogado, nos persuadiremos de que no realiza un contrato sino que ejerce un ministerio y nos acercamos a entender lo que es el secreto profesional”.

¹⁶⁶ FENECH NAVARRO, Miguel, “El secreto profesional del Abogado”, en *Revista Jurídica de Catalunya*, 1949, página 380.

RIGÓ VALLBONA¹⁶⁷, citando a los moralistas¹⁶⁸, entiende que existen básicamente cuatro tipos de secreto, necesarios para comprender el concepto de secreto profesional del abogado:

- a.- En primer lugar, el secreto natural, que se constituye por toda noticia que de suyo exige reserva. Cabe destacar que el propio autor critica o cuestiona la existencia del secreto natural, ya que para él no existen jurídicamente noticias naturales y objetivamente secretas, sino que el secreto nace por la voluntad del cliente o bien del legislador.

En contra, FENECH¹⁶⁹, que estima que, con ciertos límites¹⁷⁰, el secreto natural obliga sin necesidad de requerimiento por parte de la persona a quien perjudicaría su revelación a tercero determinado o su divulgación, y todo ello por imperativo moral, pero también con base a una norma de convivencia social que califica de manera rotunda al incapaz de guardar para sí lo que pueda molestar o perjudicar gravemente a sus prójimos. Sigue dicho criterio FERNÁNDEZ SERRANO¹⁷¹, quien indica que el secreto natural debe mantenerse por caridad y por justicia.

¹⁶⁷ RIGÓ VALLBONA, José, “El secreto profesional de Abogados y Procuradores en España”, Edit. J. M^a Bosch, Barcelona, 1988, página46.

¹⁶⁸ También acude a los moralistas, como punto de partida de su exposición, FERNÁNDEZ SERRANO, Antonio, “El Secreto profesional”, Revista Internacional del Notariado, Buenos Aires, 1952, consultada la reproducción publicada en Madrid, 1953, páginas 117 y 118.

¹⁶⁹ FENECH NAVARRO, Miguel, “El secreto profesional del Abogado”, op.cit., páginas 380 y 381.

¹⁷⁰ FENECH distingue entre secreto natural a título de justicia y a título de caridad. En el primero, se enerva la obligación de secreto cuando una justa causa lo aconseje (por ejemplo, para evitar un perjuicio grave al depositario del secreto o al que le afecte). Asimismo, cuando se trate de secreto natural debido a título de caridad, la posibilidad de un grave perjuicio al depositario es bastante para hacer desaparecer la obligación, aunque con ello se cause disgusto o molestia.

¹⁷¹ FERNÁNDEZ SERRANO, Antonio, “El Secreto Profesional”, op.cit., página 118.

Como un subtipo del secreto natural, FENECH¹⁷² analiza el secreto prometido, que surge cuando existe promesa de guardar silencio, que tipifica de contractual el fundamento de la obligación de guardar dicho silencio.

- b.- Asimismo, el secreto confiado es toda confidencia que, de forma expresa o tácita, se encarga o se participa a otra persona.
- c.- En cuanto al secreto profesional dice el citado autor que es el que tiene su origen o nace del ejercicio de una profesión, añadiendo que será secreto profesional natural si el hecho o noticia exige en sí mismo secreto, o será secreto profesional encargado si el cliente encarga expresa o tácitamente reserva al profesional que recibe el hecho o la confidencia.
- d.- Y finalmente se refiere al secreto exigido coactivamente por el Estado mediante leyes o disposiciones especiales, pues dichos secretos tienen características típicas que los distinguen de los secretos meramente confiados, siendo dichos secretos los políticos, militares y administrativos.

En función de todo ello, este autor define el deber de secreto profesional como la “obligación de orden e interés público que, con fundamento moral y social, nace como consecuencia de un conocimiento adquirido por una persona, en razón o con motivo del ejercicio por la misma de una profesión cuya existencia y desempeño son necesarios a los miembros de la sociedad en un determinado estado de cultura, en virtud de la cual obligación el profesional no puede comunicar a otros aquel conocimiento”¹⁷³.

FENECH¹⁷⁴ distingue entre dos tipos de secreto del abogado:

¹⁷² FENECH NAVARRO, Miguel, “El secreto profesional del Abogado”, op.cit., páginas 381 y 382.

¹⁷³ RIGÓ VALLBONA, José, “El Secreto Profesional de Abogados y Procuradores en España”, op.cit., página 79.

¹⁷⁴ FENECH NAVARRO, Miguel, “El secreto profesional del Abogado”, op.cit., páginas 384 a 397.

- a.- En primer lugar se encuentra el secreto natural del abogado, que lo define como “la obligación del abogado de no revelar el conocimiento de un hecho o una cosa ocultos averiguada casual o deliberadamente (fuera de su ejercicio profesional), cuando por la naturaleza misma del objeto, su revelación causara perjuicio o molestia grave a una persona conocida o no”¹⁷⁵.

Y para el autor el secreto natural del abogado puede revestir tres tipos:

- Secreto conocido por el abogado en sus relaciones sociales, para aquellos supuestos en los que no se actúa como abogado, sino como persona totalmente desprovista de dicho carácter (cuando concurre a un espectáculo, a una cena, cuando pasea o visita un museo, en la sala de espera del médico, etcétera), en los que el abogado conoce hechos o cosas que pueden dar lugar a la obligación de guardar secreto sobre el hecho descubierto casual o deliberadamente. En estos supuestos, dicho autor advierte que no estamos ante un secreto profesional del abogado, sino que deriva la cuestión a un secreto natural, por lo que cuando su revelación pueda llevar consigo perjuicio o molestia grave para persona determinada, conocida o no, debe abstenerse de revelarlo.
- Secreto conocido con ocasión de sus funciones profesionales: es el secreto conocido por el abogado, no como consecuencia del ejercicio de la profesión, sino con ocasión de la misma, secreto que también lo deriva al secreto natural ya que el secreto profesional se origina como consecuencia de una obligación contractual de carácter oneroso que exige como presupuesto indispensable que se trate de un secreto confiado de modo consciente y no descubierto espontáneamente por el abogado.
- Secreto conocido en el ejercicio de su profesión: en este supuesto, el autor indica que “es indudable que todo aquello que sea conocido por el abogado por razón de su ejercicio profesional, cae

¹⁷⁵ Coincide con lo anterior FERNÁNDEZ SERRANO, Antonio, “El Secreto Profesional”, op.cit., páginas 127 y 128.

dentro de la órbita de lo que se denomina secreto profesional”, al que seguidamente haremos referencia.

- b.- Y en segundo lugar se halla el secreto profesional del abogado, que se extiende a los hechos o cosas ocultas reveladas por su cliente en el ejercicio de su profesión de abogado, y que le han sido comunicados precisamente por la profesión que ejerce.

Por su parte, SOLDADO GUTIÉRREZ lo define como “aquello conocido por alguien, por razón de su ejercicio profesional, cuyo conocimiento o debe dar a conocer y que tiene derecho a guardarse”¹⁷⁶.

SÁNCHEZ-STEWART indica que “la obligación de guardar el secreto profesional es de no revelar, es decir, no manifestar, declarar, informar, comunicar, cualquier hecho que haya llegado a conocimiento del abogado en razón de su ejercicio profesional. El hecho puede ser secreto o puede no serlo. Da igual: el abogado sólo debe considerar que un hecho de cualquier naturaleza del que haya tenido noticia por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional está cubierto por el secreto profesional”¹⁷⁷.

Finalmente nos centramos en el concepto dado por MARTÍNEZ VAL, para quien el secreto profesional es más riguroso que el secreto natural o el secreto confiado, porque esta clase de secreto no atañe sólo a dos partes (abogado y cliente), sino que además es integrante una estructura (Administración de justicia y en función de un interés que sobrepasa el de ambos: el interés general o bien común)¹⁷⁸.

Este autor acude a la definición de secreto profesional, proporcionado por el IV Congreso Nacional de la Abogacía

¹⁷⁶ SOLDADO GUTIÉRREZ, José, “El secreto profesional del Abogado”, *Revista Jurídica de Andalucía*, número 17, año 1995, página 1184.

¹⁷⁷ SÁNCHEZ-STEWART, Nielson, “La profesión de Abogado. Deontología, Valores y Colegios de Abogados”, Vol. 1º, Editorial Difusión Jurídica, 2008, Madrid, páginas 649-650.

¹⁷⁸ MARTÍNEZ VAL, José María, “Abogacía y Abogados”, op.cit., página 236.

Española, celebrado en León en 1970¹⁷⁹, que establecía el siguiente concepto: “El secreto profesional es aquel principio moral y jurídico que constituye al abogado en la obligación y en el derecho ineludibles de no revelar ningún hecho ni dar a conocer ningún documento de los que hubiere tenido noticia por razón del ejercicio de su profesión”.

En función de todo lo indicado, y volviendo al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, definimos el “secreto profesional” como el “deber que tienen los miembros de ciertas profesiones, como médicos, abogados, notarios, etcétera, de no descubrir a tercero los hechos que han conocido en el ejercicio de su profesión”¹⁸⁰, nótese que el propio Diccionario cita al abogado como destinatario de ese deber de secreto, y mientras que en el secreto el objeto de protección era una “cosa”, en el secreto profesional el objeto de protección son los “hechos”.

A pesar de la aparente sencillez de la definición del secreto profesional que ofrece la Real Academia, veremos que se trata de uno de los conceptos jurídicos más difíciles de aprehender y aplicar de nuestro ordenamiento jurídico¹⁸¹, y por ello debemos indicar brevemente cómo ha evolucionado el concepto a lo largo de la historia y qué evolución doctrinal ha tenido.

2.2.- Evolución histórica del secreto profesional del abogado, y referencias del mismo en los diferentes Congresos de la Abogacía celebrados hasta la fecha.

Conocer los antecedentes normativos de la figura del secreto profesional en España resulta muy útil para determinar y comprender el alcance de dicha

¹⁷⁹ MARTÍNEZ VAL, José María, “Abogacía y Abogados”, op.cit., páginas 238 y 239.

¹⁸⁰ Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, vigésima edición, Madrid, 1984, Tomo II, página 1.227 (asimismo, puede consultarse la vigésima segunda edición en <http://buscon.rae.es/draeI/>, búsqueda llevada a cabo el 5 de mayo de 2010.

¹⁸¹ De hecho, MARTÍNEZ VAL, José María, “Abogacía y Abogados”, op.cit., página 241 manifiesta que “pocas materias como éstas tan proclives al casuismo difícil e inacabable. A veces irresoluble, porque ningún dictamen parece, en ciertos límites, suficientemente fundado”.

figura en la actualidad, además de resultar un valioso criterio de interpretación de la normativa vigente¹⁸².

Como antecedente remoto de la figura jurídica, RIGÓ VALLBONA cita el famoso juramento de Hipócrates, del que extracta lo siguiente “todo cuanto, en el trato con los demás, tanto en el ejercicio de la profesión como fuera del mismo, viere u oyere, que no deba divulgarse, lo consideraré absolutamente secreto”¹⁸³.

Los antecedentes de la regulación del secreto profesional del abogado a lo largo de la historia de nuestro país son los siguientes¹⁸⁴:

La primera mención normativa al secreto profesional la hallamos en el Decreto Ley 25, De Testibus, en el Digesto:

“Advocati, procuratores, tutores, curatores, secretarii, scribae, graphiarii atque id genus similia qui secreta dominarum, pupilorum, adulterum, mastrarum, sourom pendut et propalant, aut qui instrumenta, literas aut

¹⁸² Y ello en aplicación de lo dispuesto en el artículo 3.1 CC, cuando señala que “las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas”. No obstante, la jurisprudencia que desarrolla dicho precepto tiene indicado que la Constitución debe ser un referente exegético a la hora de proceder a la interpretación de las normas jurídicas, tal y como se indica, entre otras, en las SSTC 273/2005, de 27 de octubre, 138/2005, de 26 de mayo, 98/2004, de 25 de mayo, 24/2004, de 24 de febrero, 233/1999, de 16 de diciembre, 71/1988, de 19 de abril, 39/1988, de 9 de marzo, 115/1987, de 7 de julio, 77/1985, de 27 de junio; y en las SSTS de 29 de abril de 2003 (RJ 2003\3041); y 21 de diciembre de 1989 (RJ 1989\8861).

¹⁸³ RIGÓ VALLBONA, José, “El Secreto Profesional de Abogados y Procuradores en España”, op.cit., página 81.

¹⁸⁴ SOLDADO GUTIÉRREZ, José, “El secreto profesional del Abogado”, op.cit., páginas 1184 y 1185. Su descripción de los antecedentes históricos de la regulación del secreto profesional coincide con la realizada por RIGÓ VALLBONA, José, en “El Secreto Profesional de Abogados y Procuradores en España”, op.cit., páginas 80 a 91; y CRESPO MORA, M^a Pilar, en “La Responsabilidad del Abogado en el Derecho Civil”, op.cit., páginas 191 a 194; y también coincide con los antecedentes referenciados por SÁNCHEZ-STEWART, Nelson, en “La profesión de Abogado”, op.cit., páginas 655 a 659.

informationes ostendut partibus aversarii, in puvienti sunt, quasi falsarii poena falsi”

El Fuero Real de España (Libro I, Título IX, Ley III) establece:

“Si alguno fuere Bozero¹⁸⁵, ó Consejero de otro en algún Pleyto no pueda de allí adelante ser Bozero de la otra parte, ni Consejero de aquel Pleyto; é si aquel de quien es el Pleyto, fuere demandar á otro Consejo o ayuda para su Pleyto; é aquel á quién lo demandare no le diere consejo, ó no le prometiere ayuda; pueda aconsejar, ó razonar por otra parte, si quisiere”.

Una más completa regulación se encuentra en Las Partidas (Ley IX, título VI. Partida III), donde hay una referencia expresa al deber de secreto:

“Guisada cosa es, e derecha, que los abogados, a quién dizen los omes las poridades de sus pleytos, que las guarden, e que non las descubran a la otra parte, nin fagan engaño en ninguna manera que ser pueda. Porque la otra parte, que en ellos se fía, e cuyos abogados son, pierdan su pleyto, o se les empeore. Ca pues que el recibio el pleyto de la una parte en su fe, e en su engañador de la otra. E cualquier que contra esto hiciere desde le fuere prouado, mandamos, que dende adelante sea dado por ome de mala fama, e que nunca pueda ser abogado nin consejero en ningún pleito. E además de esto, que el juzgador del lugar le pueda poner pena por ende, según entendiera que la merece por qual fuere el pleyto de que fue abogado y el yerro que fizo su abogado menoscabare alguna cosa de su Derecho, por tal engaño como dicho es, o fue dada sentencia contra el, que sea reuocada, e que no le empezca, e que torne el pleyto en aquel estado en que era ante que fuese fecho, si fuere auerigado.

La Ley X (Título VI, Partida III) contempla un supuesto de vigencia del secreto tras la conclusión del caso o, sencillamente, tras la consulta. Excepciona un supuesto típico de cierta picaresca que se ha dado principalmente en los lugares donde había pocos abogados. Señala:

“[...] vienen los omes a las vegadas e muestran a los abogados sus pleytos, e descubrenles sus poridades, porque puedan mejor tomar consejo e ayuda dellos. E acaece a las vezes, que después que ellos son

¹⁸⁵ RIGÓ VALLBONA aclara que el término “Bozero” se corresponde con el de “Abogado”, en “El Secreto Profesional de Abogados y Procuradores en España”, op.cit., página 86.

sabidores del fecho que se tienen maliciosamente diziendo que los non ayudaran, si non por precio desaguisado. En tal caso como este dezimos: que si la parte que descubriesse su pleyto al abogado, le quisiesse pagar su salario conuenible, o le fiziesse segurodeello a bien vista de omes buenos, que tenuto es el bozero de le ayudar e aconsejar abien o lealmente. Pero si alguno fiziesse esto maliciosamente diziendo e descubriendo el fecho de su pleyto a muchos bozeros, porque la otra parte non pudiesse auer ninguno dellos para si, mandamos, que el judgador non suffra tal engaño como este. E que de tales bozeros como estos a la otra parte, si gelos pidiere, mauer fuessen sabidores del pleyto de la otra parte, assi como sobredicho es [...].”

La Ley XV del Título VII de esa misma Partida llega a establecer lo siguiente:

“Preuaricator en latín, tanto quiere dezir en romance como abogado que ayuda falsamente a la parte por quien aboga: e señaladamente quando en poridad ayuda e conseja a la parte contraria, e paladinamente faze muestra, que ayda a la suya de quien recebio salario, o se auino de razonar por el. Onde dezimos que tal abogado como este, deue morir como aleuoso. E los bienes del deue ser entregado el dueño, de aquel pleyto a quien fizo la falsedad, de todos los daños, e los menoscabos, que recibio andando en juyzio[...]”.

Por su parte la Ley I del Título VIII de la Partida VII señala como falsedad la del abogado que:

“[...] E esso mesmo (del delito de falsedad), decimos que faria el abogado que apecibiesse a la otra parte contra quien razonaua a daño de la suya, mostrandole las cartas, o las poridades de los pleytos que el razonaua, o amapraua: e a tal abogado dizen en latin praeuaricator, que quiere tanto dezir en romance, como ome que trae falsamente al que deue ayudar [...]”

La Ley XI del Título XVI de la Partida VII, al tratar de los engaños, menciona también el que comete el abogado que:

“[...] Otrosi faze el abogado engaño muy grande, o el personero, o el mandadero de otro, que en el pleyto que es encomendado anda engañosamente ayudando a los aduersarios, e destorando la parte a que deuia ayudar: o en tal engaño como este es vuelta falsedad, que ha en si ramo de trayción.”

La Novísima Recopilación (Libro V, Título XXII, Ley XXII) refiriéndose al secreto señala:

“Mandamos, que si algunos abogados descubrieren los secretos de su parte a la parte contraria, ó á otro en su favor, ó si se hallare ayudar ó aconsejar á ámbas las partes contrarias en el mismo negocio, ó si no quisiere jurar lo contenido en la ley tercera de este título, que demás de las penas sobre esto en Derecho establecidas, por se mismo hecho sean privados, y, desde agora los privamos del dicho oficio de Abogacía; y si después usaren de él, y ayudaren en cualquier causa, que pierdan o hayan perdido la mitad de sus bienes, los cuales aplicamos para la nuestra Cámara y Fisco.”

En el ámbito del Derecho catalán, y como antecedente histórico de la institución del secreto profesional, RIGÓ VALLBONA¹⁸⁶ cita la Costum 2^a de la Rúbrica VII del Libro II de las “Costums de Tortosa”, que indica que “...no deuen esser testimonis ni Jutges ni Escriuans en aquel feyt o Pleyt; per ço, car en juhí avocat ni y deu esser sino una persona sola”.

Como indica SÁNCHEZ-STEWART “en la Ley Provisional de Organización del Poder Judicial, de 15 de septiembre de 1870, no hay mención alguna del secreto profesional como obligación que deben guardar los abogados, ni tampoco se encuentra en los Estatutos de los Colegios de Madrid, aprobados por Real Orden de 7 de noviembre de 1921”¹⁸⁷.

Siguiendo en el siglo pasado, el Estatuto General de la Abogacía aprobado por Decreto de 28 de junio de 1946 (BOE del día veinte de julio, num. 201, Aranzadi 103) señala en su artículo 29:

“Son obligaciones del abogado para con la parte por él defendida, además de las que deriven de la relación contractual que entre ellos existe, la del cumplimiento, con el máximo celo y diligencia y guardando el secreto profesional, de la misión de defensa que le es encomendada”.

¹⁸⁶ RIGÓ VALLBONA, José, “El Secreto Profesional de Abogados y Procuradores en España”, op.cit., página 90, que asimismo extrae la cita de Bienvenido Oliver, “Costumbres de Tortosa”, Madrid, 1881, Tomo IV.

¹⁸⁷ SÁNCHEZ-STEWART, Nielson, “La profesión de Abogado”, op.cit., página 658.

La Ley de Bases Orgánicas de la Justicia 42/1974, de 28 de noviembre, dispone en su Base XXI titulada: “De los Abogados y Procuradores”.

“Aun cuando la regulación se mantiene en la línea tradicional, se acentúa la función de defensa del abogado de los derechos individuales, pudiendo solicitar la intervención de los órganos jurisdiccionales, aún antes de formalizarse el proceso, y se refuerza el secreto profesional de abogados y procuradores, prohibiendo la pesquisa en los despachos profesionales sin resolución fundada de la autoridad judicial.”

Cabe asimismo citar las referencias al secreto profesional llevadas a cabo por los diferentes Congresos de la Abogacía¹⁸⁸:

Nada se indica sobre este particular en el I Congreso celebrado en San Sebastián (1917), si bien en el II Congreso, celebrado en Madrid (1932), se aprobó la siguiente conclusión:

“Garantías de libertad.- En el ejercicio profesional los abogados gozarán de la máxima libertad al emitir opiniones y juicios en el cumplimiento de su augusta misión de amparo. Todo letrado podrá solicitar la suspensión de una diligencia o de un juicio en caso de incidente para acudir al Decano del Colegio al que esté incorporado. Para garantizar en todo momento la libertad y secreto profesionales, todo letrado podrá solicitar de la Junta de su Colegio que un miembro de la misma presencie el registro de los libros y papeles de su estudio, en el caso de que dicho registro se hubiera acordado por autoridad competente. A esta petición no podrá negarse la referida Junta de Gobierno. Toda detención de un abogado deberá ser comunicada inmediatamente al Colegio en que estuviera incorporado.”

En el III Congreso, celebrado en Valencia (1954) tampoco se indicó nada sobre secreto profesional, pero sí en cambio en el IV Congreso, celebrado en León (1970), en el que se realizaba el siguiente comentario:

“El secreto profesional es aquel principio moral y jurídico que constituye al abogado en la obligación y en el derecho ineludibles de no revelar ningún hecho ni dar a conocer ningún documento de los que hubiere tenido noticia por razón del ejercicio de su profesión.

Este secreto alcanzará a los hechos que el abogado conozca por pertenecer a la Junta de Gobierno o al Consejo General, y a aquellos

¹⁸⁸ Referencias extraídas de SÁNCHEZ-STEWART, Nielson, “La Profesión de Abogado”, op. cit., páginas 714 a 717.

otros de los que tenga conocimiento como asociado, colaborador o pasante de un compañero.

Cuando se invoque el secreto profesional como garantía de su inviolabilidad no podrán los jueces, ni las Autoridades, insistir para que el abogado haga manifestaciones que supongan ataque al derecho de mantenerlo.

Cualquier duda acerca de si la manifestación que se interesa del abogado se relaciona o no con el conocimiento adquirido por su profesión, sea entendida, como regla general, a favor del deber de guardar secreto que hubiere invocado aquel.”

Dicho Congreso aprobó un Proyecto de Estatuto General que posteriormente no entró en vigor, del que destaca su artículo 47¹⁸⁹:

“Artículo 47. Cualquier duda acerca de si la manifestación que se interesa del abogado se relacione o no con el conocimiento adquirido por su profesión, será entendida, por regla general, a favor del deber de guardar secreto que hubiere invocado aquél.”

En el V Congreso de la Abogacía, celebrado en Palma de Mallorca (1989) no se llevaron a cabo grandes formulaciones sobre el principio del secreto profesional, sino meras manifestaciones de *lege ferenda*, relativas a la futura regulación de las sociedades profesionales¹⁹⁰ o de las incompatibilidades¹⁹¹.

¹⁸⁹ Citado por PLASENCIA MONLEÓN, Antonio, “Secreto profesional e independencia del Abogado, según el Derecho español”, en *Revista Jurídica de Catalunya*, número 4, 1987-3, página 957.

¹⁹⁰ La manifestación fue la siguiente: “Solicitar de los organismos Rectores de la Abogacía la creación de las comisiones que sean necesarias para el estudio, tanto del ejercicio profesional a través de despachos multiprofesionales como a través de despachos multinacionales, con especial referencia en cuanto a unos y a otros, tanto a las cuestiones de independencia como de deontología y secreto profesional”.

¹⁹¹ La manifestación fue la siguiente: “El marco normativo de las incompatibilidades requiere también de una clarificación, en norma de rango suficiente, para evitar deslealtades competenciales, situaciones de ‘clientela cautiva’ u ofertas que generen confusión para la clientela y riesgos para el deber de secreto, para la independencia y para la prohibición del conflicto de intereses”.

En el VI Congreso celebrado en A Coruña (1995) no se llevó a cabo ninguna reflexión sobre el secreto profesional, pero sí mereció el siguiente comentario en el VII Congreso celebrado en Sevilla (1999):

“El secreto profesional es uno de los valores indeclinables incorporados al ejercicio profesional de la Abogacía y su preservación requiere especialísimo compromiso de los abogados y atención permanente de sus organizaciones colegiales y de los poderes públicos.”

Asimismo, en el VIII Congreso celebrado en Salamanca (2003) se aprobó la siguiente conclusión¹⁹², que afecta al secreto profesional:

“Mantiene que el secreto profesional es un derecho de los ciudadanos proclamado en los Tratados Internacionales y en las leyes ordinarias de nuestro país, básico para el mantenimiento del Estado de Derecho que no puede ni debe ser limitado, suspendido, cercenado o dejado sin efecto por mor de ‘intereses económicos o sociales’ de determinados grupos o del Estado mismo, salvo en los casos en que se dé la doble condición de peligro real y concreto lesión para intereses individuales de superior categoría e inexistencia de perjuicio para el cliente concesionario de la noticia o dato bajo secreto.”

Finalmente, el IX Congreso, celebrado en Zaragoza (2007), se introduce una conclusión de *lege ferenda*, de propuesta de modificación del Estatuto General de la Abogacía Española¹⁹³, y una reflexión en relación a las Sociedades Profesionales¹⁹⁴.

¹⁹² Podemos encontrar el texto de las conclusiones del citado Congreso en el siguiente sitio web, visitado en fecha 16 de enero de 2013: http://www.icam.es/docs/ficheros/200509160006_6_1.pdf.

¹⁹³ La propuesta es la siguiente, contenida en la Conclusión número 36: “Se hace imprescindible reformar el Estatuto General de la Abogacía Española, estableciendo la necesidad de recabar la presencia del Decano de un Colegio de Abogados o a quien estatutariamente le sustituya, para estar presente en la práctica del registro de los despachos de los abogados adscritos a su Colegio, velando por la salvaguarda del secreto profesional y los intereses de terceros clientes que en modo alguno se pueden ver afectados por la causa que haya motivado registro”, extraída el 27 de diciembre de 2010 de <http://www.cgae.es/zaragoza/archivos/ficheros/1191240968123.pdf>.

¹⁹⁴ Concretamente, la segunda Conclusión sobre Sociedades Profesionales, que reza lo siguiente: “Que la configuración jurídica de los despachos sea compatible y respetuosa con la libertad e independencia de sus miembros con especial protección del secreto

2.3.- Breve referencia a la evolución doctrinal del concepto de secreto profesional.

Resulta fundamental para estudiar y apreciar la evolución doctrinal del concepto de secreto profesional la aportación de RIGÓ VALLBONA¹⁹⁵, quien hace alusión a diferentes tendencias doctrinales que podemos resumir de la siguiente forma:

- a. En primer lugar, cita la teoría escéptica, que niega la utilidad y/o necesidad del concepto de secreto, o bien descartan la posibilidad de concebir un concepto admisible del mismo¹⁹⁶, dicha teoría es desestimada por el propio autor, habida cuenta la creencia en la utilidad y necesidad del secreto profesional, cuestión que entendemos no se discute por ningún autor en la doctrina moderna.
- b. En segundo lugar, cita la teoría del criterio subjetivo, que establece que el secreto surge como tal por obra o consecuencia de una voluntad jurídicamente competente, la cual pone un límite a la posibilidad de

profesional”, extraída en fecha 27 de diciembre de 2010 de <http://www.cgae.es/zaragoza/archivos/ficheros/1191240989448.pdf>.

¹⁹⁵ RIGÓ VALLBONA, José, “El Secreto Profesional de Abogados y Procuradores en España”, op.cit., páginas 27 y siguientes.

¹⁹⁶ RIGÓ VALLBONA cita a De Marisco en “La nozione di segreto nei delitti contro la personalità dello statu”, en “Arch. Pen.” 1949, tomo I, página 231; y también cita a Schueicker, “Das geheimnis, sein Schutz und aserrat”, 1941, página 8.

extenderse el conocimiento de un hecho, un acto o una cosa¹⁹⁷, teoría a la que se adhiere el propio RIGÓ VALLBONA¹⁹⁸.

- c. Otra teoría consiste en la del criterio objetivo, que sostiene que existen hechos que en sí mismos tienen una naturaleza secreta, con independencia de una prohibición expresa de revelarlos¹⁹⁹.
- d. Cuando RIGÓ VALLBONA analiza la teoría del criterio objetivo se formula la pregunta de si existen hechos objetivamente secretos y, de existir, quién ostenta la potestad de determinar cuáles son secretos y cuáles no. Para contestar a dicha pregunta surge una cuarta línea doctrinal, consistente en la teoría del interés, que otorga a elementos físicos o morales la fuerza de determinar o transformar un hecho o su conocimiento en un “secreto” jurídicamente tutelable.

Tanto el criterio objetivo como la teoría del interés son desestimadas por RIGÓ VALLBONA, quien entiende que no existen hechos objetivamente secretos o bien secretos por su propia naturaleza, sino que

¹⁹⁷ RIGÓ VALLBONA, José, “El Secreto Profesional de Abogados y Procuradores en España”, op.cit., páginas 24 y siguientes cita, como ejemplos de la teoría subjetiva la definición de secreto profesional de Frank, para quien el secreto es “un hecho conocido sólo por un círculo limitado de personas y respecto del cual el afectado no quiere, conforme a su interés, que sea generalmente revelado”; y también la definición proporcionada por Novelli (Enciclopedia italiana, volumen XXXI, página 309), quien define el secreto como “todo lo que no está destinado a ser libremente conocido”, definición criticada por el propio RIGÓ VALLBONA ya que resulta demasiado vaga y de signo negativo.

¹⁹⁸ RIGÓ VALLBONA, José, “El Secreto Profesional de Abogados y Procuradores en España”, op.cit., página 30.

¹⁹⁹ RIGÓ VALLBONA, José, “El Secreto Profesional de Abogados y Procuradores en España”, op.cit., página 29, indica que son objetivistas las siguientes definiciones del concepto de secreto: (i) la proporcionada por Crespigni, quien define el secreto como “la noticia de un hecho conocido por uno o pocos y cuyo conocimiento por parte de otros puede acarrear un daño o perjuicio” (Diritto penale italiano, Vol. II, página 163), (ii) la indicada por Cuello Calón, quien lo define como “el hecho o acontecimiento desconocido cuyo mantenimiento oculto interesa a una o varias personas”, y (iii) finalmente, cita a Quintano Ripollés, quien dice que “secreto es simplemente lo que no es público, lo que *por su propia naturaleza* (cursiva de RIGÓ VALLBONA) no está destinado al comercio común” (Comentarios al Código Penal, tomo II, página 372).

para que exista secreto resulta necesaria una voluntad jurídicamente competente que declare esos hechos secretos. Así, la voluntad se puede manifestar por parte del propio cliente como del ordenamiento jurídico, cuando eleva al rango de secreto los hechos o noticias de las que tenga conocimiento el abogado en el ejercicio de su profesión²⁰⁰.

3.- Naturaleza jurídica y fundamentos del secreto profesional.

La legislación española contempla el secreto profesional como un derecho y un deber del abogado²⁰¹.

Se ha sostenido que dicha dualidad se basa en la relación de confianza entre el cliente y el abogado²⁰², o bien en el interés general que rige la institución de la abogacía misma. Se plantea la posibilidad de determinar si el secreto profesional del abogado tiene naturaleza contractual o bien si se basa en un interés social, más allá del encargo que pueda suscribir el abogado con su cliente, última opción que, como veremos, es la que adopta la doctrina científica²⁰³.

Pasamos a analizar en los siguientes apartados la fundamentación doctrinal de la naturaleza jurídica del secreto profesional del abogado, para lo que seguimos el planteamiento formulado por SOLDADO GUTIÉRREZ²⁰⁴, el deber de guardar secreto se halla fundamentado en una triple vertiente,

²⁰⁰ RIGÓ VALLBONA, José, “El Secreto Profesional de Abogados y Procuradores en España”, op.cit., página 31.

²⁰¹ Vid., artículo 2.3 CDAUE, artículo 5 CDAE y artículo 31 NAC.

²⁰² Vid. SOLDADO GUTIÉRREZ, José, “El Secreto Profesional del Abogado”, op.cit., nota 10 de la página 1187.

²⁰³ Vid. FERNÁNDEZ SERRANO, Antonio, “El Secreto Profesional”, op.cit., páginas 121 a 123. Dicha dualidad también es resaltada por CERVILLA GARZÓN, “La prestación de servicios profesionales”, op. cit., página 308; por RIGÓ VALLBONA, José, “El Secreto Profesional de Abogados y Procuradores en España”, op.cit., páginas 75 a 79, y por GARRIDO SUÁREZ, Hilda M^a, “Deontología del abogado: el profesional y su confiabilidad”, Edisofer, Madrid, 2011, página 139.

²⁰⁴ SOLDADO GUTIÉRREZ, José, “El secreto profesional del abogado”, op.cit., páginas 1186 a 1191.

consistente en el derecho a la intimidad del cliente y de terceros, el derecho de defensa del cliente y la función social de la Abogacía.

3.1.- Derecho a la intimidad del cliente y de terceros.

En primer lugar, para salvaguardar el derecho a la intimidad del cliente y de terceros, contemplado en el artículo 18 CE. SOLDADO GUTIÉRREZ justifica la extensión del secreto profesional a terceras personas distintas del propio cliente con base al artículo 534 LOPJ, el artículo 7 de la Ley de 5 de mayo de 1982, de Protección Civil al Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la propia Imagen, y el derogado 1.247.5º CC, ya que dichos preceptos establecen el deber del abogado de guardar secreto “por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional”, sin especificar cuál es el sujeto que se beneficia del secreto profesional del abogado²⁰⁵.

Esto es, lo importante, radica en que la Ley no especifica quién es el sujeto destinatario del secreto profesional, por lo que el mismo resulta aplicable no sólo al cliente, sino también a terceros, o al propio abogado, ya que el secreto profesional se configura como un derecho y un deber del abogado.

Por su parte, CALVET GIMENO²⁰⁶ también sostiene como fundamento del secreto profesional el derecho a la intimidad del cliente (siendo éste su

²⁰⁵ Dichos preceptos establecen lo siguiente:

Artículo 542.3 LOPJ: “Los abogados deberán guardar secreto de todos los hechos o noticias de que conozcan por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, no pudiendo ser obligados a declarar sobre los mismos”.

Artículo 7.4 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil de los derechos fundamentales al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen: “Tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección delimitado por el artículo 2 de esta Ley: (...) 4. La revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela.”

Y el derogado artículo 1247.5 CC establecía que para declarar como testigos “Son inhábiles por disposición de la ley: (...) 5.º Los que están obligados a guardar secreto, por su estado o profesión, en los asuntos relativos a su profesión o estado.”

núcleo esencial), ya que el cliente abre su propia intimidad al abogado, con el objeto de que éste le pueda prestar el mejor asesoramiento posible.

3.2.- Derecho de defensa del cliente.

Otro fundamento del secreto profesional del abogado se encuentra en la necesidad de salvaguardar el derecho de defensa del cliente, recogido en el artículo 24 CE²⁰⁷.

Excede del ámbito de este trabajo un estudio pormenorizado del ámbito, alcance y significado del derecho a la defensa contemplado en el artículo 24.2 CE²⁰⁸. No obstante, nos permitiremos estudiar dicho precepto únicamente en lo que haga referencia al secreto profesional.

3.3.- Función social de la abogacía.

También se estima que el secreto profesional tiene su fundamento en la función social de la abogacía, que la doctrina básicamente sustenta con el derecho fundamental a la asistencia letrada, contemplado en el artículo 24 CE.

Así, SOLDADO GUTIÉRREZ deduce dicha función del artículo 1 CE (Estado social y democrático de Derecho que propugna la justicia como valor superior del ordenamiento jurídico), y 24.2 CE (asistencia letrada al encausado); y de los artículos 8 y 39 EGAE, relativos a la exclusividad que tienen los abogados para la defensa de los intereses de sus clientes ante la jurisdicción y de la necesidad de asistencia letrada.

²⁰⁶ CALVET GIMENO, Federico, “Aproximación a las dispersas previsiones normativas de una garantía constitucional: el secreto profesional”, *Revista General de Derecho*, 1994, números 598-599, página 7862.

²⁰⁷ SOLDADO GUTIÉRREZ, José, “El secreto profesional del abogado”, op.cit., páginas 1189 a 1191; y FERNÁNDEZ SERRANO, Antonio, “El Secreto Profesional”, op.cit., página 122.

²⁰⁸ Al respecto, me remito a la tesis doctoral de CAROCCA PÉREZ, Álex, “Garantía constitucional de la defensa procesal”, Edit. J. M^a Bosch, Barcelona, 1998.

También fundamenta el secreto profesional en el propio interés público CALVET GIMENO²⁰⁹, destacando que en ciertas profesiones (médico, abogado o sacerdote), dicho interés se acentúa por la alta misión encomendada al profesional y, por ello, en la salvaguardia de ese secreto profesional reside el interés del colectivo profesional por conservar su prestigio social.

En la misma línea, citamos a MARTÍNEZ VAL, que acude al interés general o bien común para defender que el secreto profesional es más riguroso que el secreto natural o el secreto confiado, destacando que “parece criterio más seguro que el secreto profesional del abogado y en general de los juristas obligados a guardarlo, se funda en el interés social y no en el privado de las partes (cliente y profesional) entre los que inicialmente se establece”²¹⁰.

4.- El secreto profesional del abogado como derecho estrechamente ligado a los artículos 18 y 24 CE.

Habida cuenta los fundamentos anteriormente indicados debemos preguntarnos si el secreto profesional puede considerarse como derecho fundamental *per se*, o bien si es un derecho íntimamente ligado a algún otro derecho fundamental y, por ello, verse amparado por la protección que a tales derechos brinda el ordenamiento jurídico.

Entiendo que el secreto profesional del abogado se halla íntimamente ligado a los derechos fundamentales recogidos en los artículos 18 y 24 CE, con base a los siguientes argumentos y matizaciones²¹¹:

²⁰⁹ CALVET GIMENO, Federico, “Aproximación a las dispersas previsiones normativas de una garantía constitucional: el secreto profesional”, op.cit., páginas 7862 y 7863.

²¹⁰ MARTÍNEZ VAL, José María, “Abogacía y Abogados”, op.cit., páginas 236 y 237.

²¹¹ Asimismo, sin perjuicio de un mayor desarrollo de la presente cuestión posteriormente, cabe destacar, en relación al secreto profesional de los periodistas, que el mismo se halla reflejado en el artículo 20.1.d de la Constitución: “Se reconocen y protegen los derechos: (...) d. A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades”. Basta con avanzar y citar a GÓMEZ-REINO Y CARNOTA, Enrique, “El secreto profesional de los periodistas”,

4.1.- Elaboración parlamentaria del artículo 24 CE, en relación al secreto profesional.

MICHAVILA NÚÑEZ²¹² indica que el iter parlamentario del segundo párrafo del número 2 del artículo 24 CE en relación al secreto profesional se inició con la enmienda número 990, presentada en el Senado por el Grupo de Senadores Vascos con fecha 7 de julio de 1978 en la que se proponía añadir al final del apartado 2 del artículo 24 que “Nadie estará obligado a confesar un hecho que pueda causar perjuicio a su cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos, ni cuando los hechos hayan sido conocidos en virtud del secreto profesional” y justificaban dicha enmienda en los siguientes términos: “corresponde a la necesidad de consagrar constitucionalmente este derecho que ya viene recogido en los artículos 416 y 417 LECrim”.

La defensa de la enmienda la realizó el Senador Unzueta Uzcanga, en la sesión número 6 de la Comisión de Constitución del Senado, de 25 de agosto de 1978, de la que MICHAVILA NÚÑEZ²¹³ extrae la siguiente cita para su defensa: “el secreto profesional ha sido fragmentariamente considerado; así se habla de él con relación al abogado en el artículo 416 LECrim, de los eclesiásticos en el 417 (...), pero no basta, no es completa (...). Nos preocupa la ausencia de un principio general que sea salvaguardia de actividades profesionales, en algunos casos, o supuestos de actividades que nos atreveríamos de calificar como de consustanciales con la propia problemática inherente a la naturaleza humana, con profesiones tan viejas prácticamente como el hombre (...). Aplaudimos que el secreto profesional aparezca recogido con referencia a los periodistas y

Revista de Administración Pública, números 100-102, 1983, página 621, quien indica que “la intención del constituyente en el artículo 20 CE fue la de proteger sólo el secreto profesional de los periodistas; por ello, y para no dejar desamparado el secreto en el ejercicio de otras actividades profesionales, se introdujo, en el artículo 24, una referencia genérica al secreto profesional”.

²¹² MICHAVILA NÚÑEZ, José María, “El Derecho al secreto profesional y el artículo 24 de la Constitución: una visión unitaria de la institución”, en “Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría”, Tomo II, “De los Derechos y Deberes Fundamentales”, Editorial Civitas, Madrid, 1991, páginas 1415 a 1433.

²¹³ MICHAVILA NÚÑEZ, José María, Op. Cit., página 1424.

profesionales de los medios de difusión, pero nos sorprende, nos extraña y, repito, nos preocupa que este principio no aparezca claramente extendido a profesionales y a actividades que, de hecho, han disfrutado de él de alguna manera más bien imperfecta hasta este momento y que hasta ahora, sorprendentemente, parecen excluidos del texto constitucional”.

La enmienda, tras el debate parlamentario, fue incorporada al proyecto y su redacción final fue elaborada por la Comisión Mixta del Congreso-Senado, tras la cual disponemos el redactado actual del párrafo segundo del punto 2 del artículo 24 de la Constitución en los siguientes términos: “La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos”.

Si bien el iter parlamentario deja patente la voluntad del legislador, MICHAVILA NÚÑEZ²¹⁴ admite que no basta este argumento para sostener firmemente el hecho de que la Constitución consagra el derecho al secreto profesional, sino que se debe acudir a la jurisprudencia constitucional sobre este aspecto, así como a la doctrina científica.

Además, CALVET GIMENO²¹⁵, quien también analiza el iter parlamentario del precepto, finalmente encaja el secreto profesional fundamentalmente tanto en el artículo 24 CE como en sus artículos 18 y 20, como más adelante expondremos.

4.2.- Jurisprudencia que vincula el secreto profesional a los artículos 18 y 24 CE²¹⁶.

El secreto profesional (no sólo de abogados, sino de otras profesiones como periodistas o auditores) es elevado por la jurisprudencia al rango

²¹⁴ MICHAVILA NÚÑEZ, José María, op. cit., página 1425.

²¹⁵ CALVET GIMENO, Fernando, “Aproximación a las dispersas previsiones normativas de una garantía constitucional: el secreto profesional”, op.cit., páginas 7857 y 7862.

²¹⁶ Gran parte de la misma citada y comentada por SÁNCHEZ STEWART, Nielson, en “Manual de Deontología para Abogados”, Editorial La Ley, Madrid, 2012, páginas 140 y 141, comprobada por este autor, a la que hemos añadido la cita del fundamento jurídico de interés para el lector.

constitucional, por su estrecha relación, como veremos, con los artículos 18 y 24 de la Constitución.

En primer lugar, debemos destacar la Sentencia del Tribunal Constitucional 110/1984, de 26 de noviembre, que estudia si, desde el punto de vista constitucional, un requerimiento judicial que exija a una entidad bancaria que certifique los movimientos en determinadas cuentas corrientes de sus clientes, vulnera el secreto bancario o, en su caso, el secreto profesional.

Dicha sentencia analiza la diferencia constitucional entre el secreto bancario y el secreto profesional, y realiza la siguiente reflexión, de sumo interés para el presente estudio, en su Fundamento Jurídico nº 10: “El secreto profesional, es decir, el deber de secreto que se impone a determinadas personas, entre ellas los abogados, de lo que conocieren por razón de su profesión, viene reconocido expresamente por la Constitución, que en su artículo 24.2 dice que la Ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se está obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos. Evidentemente y «a fortiori» tampoco existe el deber de declarar a la Administración sobre esos hechos. La Constitución consagra aquí lo que es no un derecho sino un deber de ciertos profesionales que tiene una larga tradición legislativa (cfr. art. 263 de la LECr)”.

En la Sentencia del Tribunal Constitucional 6/1988, de 21 de enero, se indica en el Fundamento Jurídico 6 que “el recurrente -ésta es la primera advertencia- no utilizó o difundió indebidamente datos o asuntos de los que sólo tuviera conocimiento por razón del trabajo, ni quebrantó el secreto profesional, contravenciones éstas que, desde luego, nunca podrían legitimarse esgrimiendo una libertad de información que no existe, por definición, para comunicar o difundir datos que corresponden a la actividad y al tráfico ordinarios y regulares de la empresa, datos que pueden quedar lícitamente sustraídos al conocimiento público -y así ha de respetarlo el trabajador- por más relevante que pudiera pretenderse fueran para terceros.”

Resulta interesante la anterior observación del Tribunal Constitucional en cuanto a que en un supuesto de colisión entre el artículo 18 de la Constitución (derecho a la información) y el artículo 24 (secreto profesional) debe primar y prevalecer el secreto profesional.

Debemos destacar asimismo el Auto 600/1989, de 11 de diciembre, en cuyo Fundamento Jurídico 2º, el Alto Tribunal indica que “El secreto profesional, en cuanto justificar por razón de una actividad, la sustracción al conocimiento ajeno de datos o informaciones obtenidas que conciernen a la vida privada de las personas, está estrechamente relacionado con el derecho a la intimidad que el art. 18.1 de la Constitución garantizar en su doble dimensión personal y familiar, como objeto de un derecho fundamental. En tales casos, la observancia del secreto profesional puede ser garantía para la privacidad, y el respeto a la intimidad, una justificación reforzada para la oponibilidad del secreto de modo que se proteja con éste no sólo un ámbito de reserva y sigilo en el ejercicio de una actividad profesional que, por su propia naturaleza o proyección social se estime merecedora de tutelar sino que se preserve, también, frente a intromisiones ajenas, la esfera de la personalidad que el art. 18.1 de la Constitución garantiza.”²¹⁷

Asimismo, debemos citar la Sentencia del Tribunal Constitucional 386/1993, de 23 de diciembre, fj 7º, dictada en relación a un recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley 19/1988, de 12 de julio, de Auditoría de Cuentas, que establece que dicha Ley no vulneraba el secreto profesional, amparado por el artículo 24 de la Constitución, aunque es preciso indicar que el Tribunal Constitucional, *obiter dicta*, indica que el secreto profesional del citado precepto se ciñe a los supuestos de declaración, como testigos, en juicio penal, y su exacta regulación queda relegada a la ley.

Por otra parte, la Sentencia del Tribunal Constitucional 183/1994, de 20 de junio, en cuyo FJ 3º indica que “el secreto profesional solamente es invocable por el abogado defensor que sería, en su caso, el titular del derecho, y no por el demandante sobre el cual únicamente produce efectos meramente reflejos y carece de legitimación para pedir amparo de un derecho fundamental que le es ajeno [SSTC 141/1985 (RTC 1985\141) y

²¹⁷ Dicho Auto se refiere al secreto médico; no obstante, la SAP de Islas Baleares, de 12 de junio de 2000 (AC 2000\2473), FJ 3º, lo aplica al secreto profesional del abogado, en los mismos términos. Y en el ámbito del tratamiento de datos personales, vid. igualmente la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 10 de junio de 2011 (RJ 2011\5195), FJ 6º.

11/1992 (RTC 1992\11)]”²¹⁸. Dicha sentencia es resaltada por SOLDADO GUTIÉRREZ²¹⁹, para defender que las pruebas obtenidas con violación del secreto profesional han de considerarse ilícitas porque vulneran un derecho fundamental, ya que dicho secreto se menciona expresamente en el párrafo segundo de la regla 2 del artículo 24 de la Constitución, y además afecta a instituciones como el derecho a la intimidad (artículo 18 CE) y el de defensa (artículo 24 CE).

En este mismo orden de ideas, el Auto del Tribunal Constitucional 167/2000, de 7 de julio, en su Fundamento de Derecho 6º indica que “Ninguna lesión del derecho a un proceso con todas las garantías y del derecho a la tutela judicial efectiva puede anudarse a la práctica del registro en el despacho del abogado coimputado, pues aunque pudiera sostenerse que a la luz de la STEDH en el caso «Niemietz» –de 16 de diciembre de 1992, núm. 75– el registro en un despacho profesional debe verificarse bajo *garantías adicionales* a las exigidas en un domicilio de particular, tales como la presencia de un observador independiente cuya función se orienta a preservar el secreto profesional del abogado, como afirman la Audiencia Provincial y el Tribunal Supremo *esta garantía puede considerarse cumplida*²²⁰ en el caso examinado, toda vez que estuvo presente en el mismo el Secretario judicial, garante de la fe pública y observador imparcial y ajeno a las partes del proceso”.

Finalmente, resulta de interés traer a colación la SAP (Sección Primera de lo Penal) de Las Palmas de 12 de noviembre de 2001 (ARP 2001\881), en cuyos Fundamentos de Derecho 4º y 5º establece que el secreto profesional se halla íntimamente ligado a los artículos 18 y 24 CE, y que la vulneración del secreto profesional, violentando el derecho fundamental a la defensa de su cliente constituye prueba ilícita²²¹.

²¹⁸ Doctrina reiterada en la Sentencia del Tribunal Constitucional 197/1994, de 4 de julio, FJ Único.

²¹⁹ SOLDADO GUTIÉRREZ, José, “El secreto profesional del abogado”, op.cit., página 1200 y nota 57 de la misma.

²²⁰ La cursiva es nuestra.

²²¹ FJ 4º: “En general, el secreto profesional está íntimamente relacionado tanto con el derecho a la intimidad que el art. 18.1 de la Constitución garantiza en su doble vertiente

4.3.- Doctrina que configura el secreto profesional del abogado como un derecho estrechamente ligado a los artículos 18 y 24 CE.

En este sentido, SOLDADO GUTIÉRREZ sitúa el secreto profesional en el artículo 18 de la Constitución (derecho a la intimidad del cliente o de un tercero), y en el artículo 24 (derecho de defensa del cliente)²²², indicando en relación a este último que consiste en un “elemento que eleva el secreto

personal y familiar, como con el derecho de defensa y el de tutela judicial efectiva consagrados en el art. 24 de la Constitución. El secreto profesional es bastión de la independencia de los abogados y les exime tanto de la obligación de denunciar los hechos de que conozcan como consecuencia de las explicaciones de sus clientes (art. 263 de la LECrim) como de testificar sobre aquellos hechos que el imputado haya confiado a su Letrado en calidad de defensor (art. 416.2º de la LECrim). Sólo así el cliente puede hablar con libertad y con confianza con su abogado, contándole, narrándole todos los hechos, sean o no delictivos, de tal forma que el abogado con todos los datos en la mano, pueda plantear de la forma más conveniente la estrategia procesal que crea más conveniente para la defensa de su cliente. Si el cliente no pudiera facilitar a su abogado toda la información de que dispone, ni poner en su conocimiento todos los hechos por temor a que alguno de ellos pudiera ser utilizado en su contra, creemos que no se ejercería el derecho de defensa con la extensión, profundidad y plenitud que desea el legislador constitucional cuando dice en el art. 24 que «todos tienen derecho... a la defensa».”

FJ 5º: “Pues bien, si aplicamos tales normas al caso concreto –art. 437.2 LOPJ, normas deontológicas y art. 24 de la Constitución– llegamos a la conclusión, sin duda alguna para los miembros de esta Sala, que el abogado don Marcial H. C. ha vulnerado el secreto profesional a que estaba obligado violentando el derecho fundamental a la defensa de su cliente señor N. y, por tanto, «ex» art. 11.1 de la LOPJ deben considerarse sin efecto las pruebas así obtenidas que no pueden ser valoradas ni tenidas en cuenta.” En similares términos, vid. la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 17 de febrero de 1998 (RJ 1998\1633), FJ 2º; y la SAP Segovia, de 24 de febrero de 2000 (AC 2001\180), FJ 4º, que indica que el secreto profesional recibe su reconocimiento genérico en el artículo 24 CE, remitiendo su desarrollo legislativo a la LOPJ.

²²² Vid. SOLDADO GUTIÉRREZ, José, “El secreto profesional del abogado”, op.cit., página 1187, que indica que “De esos tres pilares el primero de ellos está reconocido como derecho fundamental en el art. 18 CE, el segundo también recibe rango constitucional, encontrándose en el art. 24 y el tercero puede deducirse de la regulación que nuestro Ordenamiento hace de la función del abogado, como veremos más abajo”. Los tres pilares o fundamentos del secreto profesional del abogado que realiza SOLDADO GUTIÉRREZ son (i) el derecho a la intimidad del cliente o de un tercero, (ii) el derecho de defensa del cliente, y (iii) la función social de la abogacía, criterios o pilares del secreto profesional que también compartimos en el presente estudio.

profesional al rango de la Constitución”²²³. Dicho autor incluso llega a indicar que “las pruebas obtenidas con violación del secreto profesional han de considerarse ilícitas porque ello implica violación de derechos fundamentales”²²⁴.

Por su parte, PLASENCIA MONLEÓN encaja el secreto profesional en el artículo 20 de la Constitución, admitiendo que el mismo parece dirigirse más hacia la libertad de información, y añade “pero no parecería difícil, llegado el caso, poder invocar también este artículo de la Constitución española, como básico para el Secreto Profesional en España”²²⁵.

DE TOLEDO Y UBIETO, al analizar el secreto profesional, parte del artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y del artículo 8 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, para ligar dichos preceptos con los artículos 18 y 20 de la Constitución²²⁶.

Asimismo, CALVET GIMENO indica que el secreto profesional se constitucionaliza de modo expreso en el párrafo 2º del apartado 2 del artículo 24 de la Constitución. Por su parte, el artículo 20, apartado 1, letra d) hace referencia más específica al secreto profesional en el ejercicio del derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión, y finalmente también menciona el artículo 18 de la Constitución, vinculando el secreto profesional con el derecho a la intimidad²²⁷. Y en concreto afirma: “Si, al mismo tiempo, constatamos la

²²³ SOLDADO GUTIÉRREZ, José, “El secreto profesional del abogado”, op.cit., página 1189.

²²⁴ SOLDADO GUTIÉRREZ, José, “El secreto profesional del abogado”, op.cit., página 1200.

²²⁵ PLASENCIA MONLEÓN, Antonio, “Secreto Profesional e independencia del abogado según el derecho español”, op.cit., página 953.

²²⁶ DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio Octavio, “Algunas reflexiones sobre el tratamiento jurídico del secreto profesional”, en *Revista Jurídica de Catalunya*, 1983-1, páginas 1134 y 1135.

²²⁷ CALVET GIMENO, Fernando, “Aproximación a las dispersas previsiones normativas de una garantía constitucional: el secreto profesional”, op.cit., página 7857.

existencia del artículo 20.1.d) de la Constitución, vemos que la dicción del artículo 24.2 de la Constitución pretende no dejar desamparado el secreto en el ejercicio de otras actividades profesionales”²²⁸.

Asimismo, GRANDE SANZ también basa y fundamenta el secreto profesional en los artículos 18.2 (al que liga con el derecho a la intimidad en su doble vertiente personal y familiar) y 24 (tutela judicial efectiva) de la Constitución²²⁹.

Por su parte, HERRÁN ORTIZ²³⁰ configura el secreto profesional del abogado en el artículo 18 CE, analizando dicho secreto en relación con la legislación de protección de datos de carácter personal.

RIGÓ VALLBONA entiende que el secreto profesional del abogado tiene encaje en el artículo 24 de la Constitución, e indica que “es indudable que este supuesto (el del artículo 24) comprende a abogados y procuradores porque las leyes: Código penal, civil y leyes de enjuiciamiento, como veremos seguidamente, regulan para ellos la obligación de no descubrir los secretos de sus clientes y los casos en los que no deben prestar declaración ante jueces y tribunales”²³¹. También vinculan el secreto profesional del

²²⁸ CALVET GIMENO, Fernando, “Aproximación a las dispersas previsiones normativas de una garantía constitucional: el secreto profesional”, op.cit., página 7862.

²²⁹ GRANDE SANZ, Marta, “El secreto profesional de los abogados de empresa”, en la obra colectiva dirigida por CARRETERO GONZÁLEZ, Cristina y De MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico, *Retos de la Abogacía ante la Sociedad Global*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2012, página 556. También vincula el secreto profesional del abogado con los artículos 18 y 24.2 de la Constitución, aunque referido al derecho a no declarar contra sí mismo (en lugar del derecho a la defensa) GRANDE YÁÑEZ, Miguel, “Ética de las profesiones jurídicas”, editorial Desclée, Bilbao, 2006, página 171.

²³⁰ HERRÁN ORTIZ, Ana Isabel, “La necesaria adecuación práctica de los Despachos Profesionales a la legislación española de protección de datos de carácter personal. La actuación de la Agencia Española de Protección de Datos”, en la obra colectiva dirigida por CARRETERO GONZÁLEZ, Cristina y De MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico, *Retos de la Abogacía ante la Sociedad Global*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2012, página 1078.

²³¹ RIGÓ VALLBONA, José, “El Secreto Profesional de Abogados y Procuradores en España”, op.cit., páginas 142 y 143. Dicho autor afirma que el secreto profesional del

abogado con el artículo 24 de la Constitución, de forma más o menos expresa, ANDRADE OTERO²³², APARISI MIRALLES²³³, CÓRDOBA RODA²³⁴, MARTÍNEZ FRANCISCO²³⁵, OTERO GONZÁLEZ²³⁶, VELÁZQUEZ COBOS²³⁷.

Compartimos la opinión de CERVILLA GARZÓN, quien indica que “el secreto profesional no es un derecho fundamental en sí mismo. Ahora bien, su existencia sirve para garantizar derechos fundamentales”, tales como el derecho a la intimidad del cliente (art. 18 CE), así como su derecho a la

abogado deriva del propio derecho de defensa en las páginas 156 a 158 de la obra citada.

²³² ANDRADE OTERO, Manuel, “Blanqueo de capitales y secreto profesional: ¿conciliación posible?”, en la obra colectiva dirigida por CARRETERO GONZÁLEZ, Cristina y De MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico, *Retos de la Abogacía ante la Sociedad Global*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2012, página 1544.

²³³ APARISI MIRALLES, Ángela, “Ética y deontología para juristas”, Ediciones Universidad de Navarra (EUNSA), Barañáin (Navarra), 2006, página 261, citada por DÍVAR BLANCO, Carlos, “Fundamentos éticos de la abogacía”, en la obra colectiva dirigida por CARRETERO GONZÁLEZ, Cristina y De MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico, *Retos de la Abogacía ante la Sociedad Global*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2012, página 169.

²³⁴ CÓRDOBA RODA, Juan, “Abogacía, secreto profesional y blanqueo de capitales”, Editorial Marcial Pons, Barcelona, 2006, página 25.

²³⁵ MARTÍNEZ FRANCISCO, M^a Nieves, “El impacto de la reforma del Código Penal del delito de Blanqueo de Capitales y la Ley 10/2010, de 28 de abril en el ejercicio de la abogacía”, en la obra colectiva dirigida por CARRETERO GONZÁLEZ, Cristina y De MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico, *Retos de la Abogacía ante la Sociedad Global*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2012, página 1570.

²³⁶ OTERO GONZÁLEZ, M^a del Pilar, “Justicia y Secreto Profesional”, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 2001, página 38.

²³⁷ VELÁZQUEZ COBOS, Almudena, “Derechos y deberes del abogado: en especial, el secreto profesional y los límites a la libertad de expresión”, en la obra colectiva dirigida por CARRETERO GONZÁLEZ, Cristina y De MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico, *Retos de la Abogacía ante la Sociedad Global*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2012, páginas 599 a 605.

defensa (art. 24 CE) ²³⁸. Compartimos dicho criterio porque la jurisprudencia analizada en el apartado anterior no establece el secreto profesional en general (y del abogado en particular), como un derecho fundamental autónomo, aunque su vulneración comporta la quiebra de los artículos 18 y 24 CE, por lo que dicha vulneración, tal y como se expondrá en la presente tesis, comporta la aparición de una prueba ilícita ²³⁹.

Finalmente, y como refuerzo de la opinión anteriormente resaltada, debemos recordar la importancia de la institución del secreto profesional del abogado consagrada en el artículo 2.3.1 CDAUE como obligación “fundamental y primordial del abogado”, y en el artículo 5.1 CDAE, que incluso justifica su existencia en “derechos fundamentales de terceros”.

²³⁸ CERVILLA GARZÓN, “La prestación de servicios profesionales”, op. cit., página 331. También debemos mencionar que dicha autora estima que la denuncia que pudiera interponer un abogado contra su cliente porque éste le confiesa la comisión de un delito debería carecer de validez alguna, ya que se habría interpuesto violentando un derecho fundamental (vid. página 313 de la citada obra). Vid., SAP Las Palmas (Sección 1ª), de 12 de noviembre de 2001 (ARP 2001\881), FJ 4º, que indica que “el secreto profesional está íntimamente relacionado tanto con el derecho a la intimidad que el art. 18.1 de la Constitución garantiza en su doble vertiente personal y familiar, como con el derecho de defensa y el de tutela judicial efectiva consagrados en el art. 24 de la Constitución”.

²³⁹ Vid. ASECIO MELLADO, José Mª, “Comentario al art. 287”, en *Proceso Civil Práctico*, Tomo IV, obra dirigida por GIMENO SENDRA, Vicente, Editorial La Ley, 2001; y CUADRADO SALINAS, Carmen, “La prueba ilícita en el proceso civil”, *Práctica de los Tribunales*, número 76, Sección Estudios, noviembre de 2010, La Ley 13389/2010, página 5 del documento generado en pdf, que establece que “Al respecto, y en primer lugar, ha de tenerse en cuenta que la obtención de fuentes de prueba por parte del Juez en la que puede existir restricción de derechos fundamentales sólo acoge, según lo establecido en la LEC las siguientes situaciones: (...) d) el deber de secreto profesional o religioso del art. 371.1 LEC 2000”; SOLDADO GUTIÉRREZ, José, “El secreto profesional del abogado”, op.cit., página 1200, quien indica que “Finalmente, las pruebas obtenidas con violación del secreto profesional han de considerarse ilícitas porque ello implica violación de derechos fundamentales”. En la misma línea podemos citar a MEDINA CEPERO, Juan Ramón, “La ilicitud de la prueba en el proceso civil”, *Repertorio de Jurisprudencia* número 37/2002, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2002 (Referencia Aranzadi BIB 2002\2153), quien afirma que “Así, por ejemplo, serían ilícitas unas pruebas obtenidas violando derechos amparados por el secreto profesional (grabaciones de unas conversaciones entre un abogado y su cliente), personal (la sustracción de unos diarios biográficos íntimos) o religioso (el registro de una conversación entre un penitente y su confesor)”, página 5 del pdf generado del documento impreso.

Asimismo, y a tenor de lo dispuesto en el artículo 34 NAC, el Colegio correspondiente tiene el deber de proteger al abogado cuando éste entienda que se está perturbando su derecho al secreto profesional.

5.- Objeto del secreto profesional.

5.1.- El objeto del secreto profesional en la legislación.

Para intentar delimitar el objeto del secreto profesional del abogado debemos, en primer lugar, partir de la legislación sobre dicha figura y determinar cuál es el objeto de protección.

Así, el artículo 2.3.2 CDAUE establece que “Un abogado debe respetar el secreto de toda información de la que tuviera conocimiento en el marco de su actividad profesional”.

Por su parte, el artículo 5.2 CDAE indica que “El deber y derecho al secreto profesional del abogado comprende las confidencias y propuestas del cliente, las del adversario, las de los compañeros y todos los hechos y documentos de que haya tenido noticia o haya recibido por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional”; y asimismo, el apartado tercero estipula que “El abogado no podrá aportar a los tribunales, ni facilitarle a su cliente las cartas, comunicaciones o notas que reciba del abogado de la otra parte, salvo expresa autorización del mismo”, y el cuarto indica que “Las conversaciones mantenidas con los clientes, los contrarios o sus abogados, de presencia o por cualquier medio telefónico o telemático, no podrán ser grabadas sin previa advertencia y conformidad de todos los intervinientes y en todo caso quedarán amparadas por el secreto profesional”.

Asimismo, el artículo 32.1 del NAC establece que “el secreto profesional ampara la información recibida del cliente y de la contraparte con independencia del medio o soporte utilizado”.

Y finalmente, el artículo 542.3 LOPJ, prescribe que “los abogados deberán guardar secreto de todos los hechos o noticias de que conozcan por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, no pudiendo ser obligados a declarar sobre los mismos” (contenido que transcribe el artículo 32.1 EGAE).

5.2.- El objeto del secreto profesional en la doctrina y en la jurisprudencia.

En la doctrina encontramos una doble posición: los autores que destacan el carácter absoluto del objeto de secreto profesional, que afecta a todo tipo de información, conocida por el abogado de su cliente, el adversario o los compañeros, en el ejercicio de su profesión, y los autores que limitan este absolutismo.

Los autores que destacan el carácter absoluto del secreto profesional del abogado defienden que el secreto alcanza a toda la información, noticia, hecho o documento que llegue al conocimiento o al poder del abogado con motivo del ejercicio de su profesión, ya que existe la presunción de que la voluntad del cliente consiste en que toda la información que proporcione sea confidencial²⁴⁰.

El segundo grupo de autores destacan que el secreto profesional del abogado debe versar sobre hechos o cosas ocultas que revela el cliente, conocidos por el abogado mediante el ejercicio de su profesión, bien porque el propio cliente manifiesta el carácter confidencial de la información o bien porque el propio abogado lo aprecia por él mismo y que por discreción no se pueden revelar²⁴¹.

²⁴⁰ Vid. PLASENCIA MONLEÓN, Antonio, “Secreto profesional e independencia del Abogado, según el Derecho español”, op.cit., página 961; RIGÓ VALLBONA, José, “El Secreto Profesional de Abogados y Procuradores en España”, op.cit., páginas 160 y 161. Dicho autor considera que existe una presunción de que todo lo que confía el cliente al abogado es secreto, esto es, existe una voluntad expresa o tácita por parte del cliente de que permanezca reservada toda información proporcionada al abogado; GARRIDO SUÁREZ, Hilda M^a, “Deontología del abogado: el profesional y su confiabilidad”, Edisofer, Madrid, 2011, página 138; y SÁNCHEZ-STEWART, NIELSON, “La profesión de Abogado”, op. cit., páginas 705 a 711. No se limita dicho autor a opinar sobre la presente cuestión, sino que basa y fundamenta su criterio en la STC 34/1996, de 11 de marzo, y en las STS de 16 de marzo de 2006, Sala Segunda, Aranzadi 2006/4778, de 16 de diciembre de 2003, Sala Tercera, Aranzadi 2005/3604, y de 19 de diciembre de 2004, Sala Tercera, Aranzadi 2004/2578.

²⁴¹ Vid. CALVET GIMENO, Fernando, “Aproximación a las dispersas previsiones normativas de una garantía constitucional: el secreto profesional”, op.cit., página 7863; CRESPO MORA, M^a Carmen, “La responsabilidad del abogado en el derecho civil”, op.cit., página 200; FENECH NAVARRO, Miguel, “El secreto profesional del abogado”, op.cit., páginas 387, 389 y 390; FERNÁNDEZ SERRANO, Antonio, “El

Finalmente, y dentro del grupo de autores que limita la concepción absoluta del secreto profesional del abogado, encontramos a SOLDADO GUTIÉRREZ²⁴², quien analiza el objeto del secreto profesional del abogado desde una triple vertiente, esto es:

En primer lugar, y atendiendo a la naturaleza de los hechos son objeto del secreto profesional aquellos que pueden incluirse dentro del derecho a la intimidad (art. 18 CE), sea éste del cliente o de terceros; y en cuanto a los hechos delictivos, estima que sólo pueden ser objeto de protección aquellos que hayan sido realizados por el propio cliente, habida cuenta que tales hechos no se pueden incluir dentro del derecho a la intimidad del cliente, y porque sólo el derecho a la no autoinculpación y el de defensa cobijan los hechos delictivos y el abogado sólo asiste el derecho de defensa de su cliente (art. 24 CE).

En segundo lugar, y en cuanto al modo de conocimiento de los hechos, indica que son objeto de protección por el secreto profesional sólo los conocidos como consecuencia del ejercicio profesional del abogado, y no los conocidos fuera de este ámbito profesional (por ejemplo, cuando es testigo de la comisión de un delito)²⁴³.

Y en tercer lugar, atendiendo a las personas a que afecten los hechos, entiende que son objeto de protección aquellos que afecten al cliente, al

Secreto Profesional”, op.cit., página 125, quien matiza que “el secreto profesional no comprende solamente la confidencia estricta del cliente, sino que debe extenderse a todo cuanto el abogado conozca por razón de su ministerio de defensa y en cuanto pueda perjudicar a ésta”; y OSSORIO Y GALLARDO, Angel, “El alma de la toga”, op.cit., página 34, quien pone el siguiente ejemplo de hechos que el abogado puede apreciar como confidenciales: “frecuenta nuestro bufete una señora casada acompañada de un caballero a título de amigo. Nosotros nos damos cuenta de que son amantes. Este hecho o esta suposición no pueden ser revelados”.

²⁴² SOLDADO GUTIÉRREZ, José, “El secreto profesional del abogado”, op.cit., páginas 1192 a 1195.

²⁴³ Así, serían objeto de protección los hechos conocidos por el abogado por razón de su ejercicio profesional, y tanto los hechos de conocimiento directo (por ejemplo, si el abogado asiste a la negociación de un contrato, a la celebración de una Junta General de accionistas, etcétera), como a los hechos de conocimiento indirecto (adquiridos por confidencias o por acceso a determinadas fuentes, documentales o testificales, etc.).

propio abogado, y a terceros, entendiendo como tales a personas ajenas al litigio, a la parte adversa como al abogado contrario.

5.3.- Posición personal.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, y sobre todo con base y fundamento a la legislación sobre la materia, entendemos que el secreto profesional comprende lo siguiente:

Toda la información, hechos o noticias de los que tenga conocimiento el abogado en el marco de su actividad profesional, tanto las que sean explicadas directamente por su cliente, como los que averigüe el abogado por su cuenta.

Confidencias y propuestas del cliente, del adversario y de sus compañeros.

Comunicaciones o notas que reciba el abogado del letrado contrario, esto es, el secreto profesional comprende la correspondencia entre letrados.

Y también comprende las conversaciones mantenidas con los clientes, los contrarios o sus abogados (las cuales no se pueden grabar sin previa advertencia y conformidad de todos los asistentes).

Todo lo anterior, con independencia del medio o soporte en la que conste el objeto del secreto profesional.

No obstante, y sin perjuicio de los supuestos de revelación lícita del secreto profesional del abogado, a los que haremos referencia posteriormente, entendemos que el secreto profesional no se extiende a la información proporcionada por el cliente que sea de carácter público²⁴⁴, esto es, en el supuesto en el que la información haya sido publicada con anterioridad a la revelación por parte del cliente a través de cualquier medio, pues en este caso ya no existe información secreta, al haber sido publicada; tampoco se extiende el secreto profesional a toda aquella información que el abogado

²⁴⁴ Supuesto de la STS de 5 de marzo de 1981 (RJ 1981\899), Cdo. 2º, que estima que el abogado no se halla sujeto a secreto profesional, pues las preguntas que se le formulaban como testigo versaban sobre una actividad documentada que por serlo adquirió publicidad.

conozca no en virtud de su profesión, sino por cualquier otro motivo²⁴⁵, y tampoco a aquellos hechos que, explicados por el cliente, sirvan y tengan que ser utilizados por el abogado en el marco de un procedimiento judicial para defender a su cliente²⁴⁶.

5.4.- Cautelas para salvaguardar el secreto profesional.

Al objeto de ser cauteloso con el deber de secreto profesional, APARISI MIRALLES²⁴⁷ recomienda lo siguiente:

- No comentar ni discutir asuntos profesionales en lugares públicos. Al respecto, añadiría la cautela de no comentar asuntos profesionales en alto cuando el abogado recibe llamadas a su teléfono móvil y se halla fuera del despacho (por ejemplo, en una cafetería, en un transporte público, etcétera).
- Mantener un orden estricto en el archivo de documentos y, en especial, en el modo de llevar el despacho. Cuidar que los documentos estén sólo al alcance de las personas que deben trabajar con ellos²⁴⁸.

²⁴⁵ La información o los hechos conocidos por el abogado sin ejercicio de su profesión no son considerados secreto profesional, sino secreto natural, según se ha indicado anteriormente en el apartado 2 (Concepto de secreto y secreto profesional) del presente capítulo. Vid. SAP Segovia de 24 de febrero de 2000 (AC 2001\180), FJ 4º, que entiende que no se ha vulnerado el secreto profesional, en tanto en cuanto, entre otras cuestiones, se exige haber comunicado el contenido de alguna confidencia adquirida en el ejercicio de la profesión, estimando que en el caso concreto no ha existido ni confidencia ni ejercicio de profesión de abogado por parte del denunciado.

²⁴⁶ Este es el supuesto de hecho de la SAP de Alicante, de 19 de junio de 2002 (JUR 2002\202738), FJ 2º, en el que la Audiencia estima que el abogado no vulneró el secreto profesional para con su cliente por el mero hecho de aportar la documentación facilitada por el propio cliente al procedimiento judicial, ya que dichos documentos habían sido entregados al abogado con la exclusiva finalidad de practicar su defensa.

²⁴⁷ APARISI MIRALLES, Ángela, “Ética y deontología para juristas”, op.cit., páginas 264 y 265.

²⁴⁸ Cautela que coincide con la manifestada por MARTÍNEZ VAL, José María, “Abogacía y Abogados”, op.cit., página 245; del mismo autor, “Ética de la Abogacía”, Edit. J. Mª Bosch, Barcelona, 1996, página 147.

- Evitar mantener en el despacho, sala de espera del despacho, sala de juntas, etcétera, documentos sobre un cliente que puedan ser visualizados por otra persona (otro cliente, otro abogado).
- No despreocuparse de los documentos (así, por ejemplo, no entregarlos a una persona desconocida para que los fotocopie).
- Tener actualizados los archivos, destruyendo, una vez finalizado definitivamente un proceso, aquellos documentos innecesarios o que contengan datos especialmente relevantes de un cliente.
- Utilizar grabaciones magnetofónicas sólo en casos necesarios. Ser especialmente cuidadoso en los supuestos en que tales grabaciones contengan confidencias íntimas del cliente.
- Aquellos abogados que ejerzan la docencia deberán guardar la necesaria discreción al facilitar a los alumnos materiales teóricos o prácticos (modelos de demandas, contratos, actas de junta, etcétera) sobre asuntos tramitados en su despacho, para que ni los alumnos ni terceros puedan identificar al cliente y el asunto concreto tratado en el despacho.
- Hay que ser cuidadoso en las entrevistas con periodistas, conferencias de prensa, llegando algún autor a recomendar que la relación con la prensa sea siempre por escrito²⁴⁹.

Por nuestra parte, añadimos las siguientes:

- Precintar en sobre cerrado cualquier documento que tenga que ser transportado fuera del despacho, ya sea por un tercero ajeno al despacho o por algún miembro del despacho, habida cuenta que el documento puede ser leído por terceros en un transporte público o en la calle si quien lleva el mismo no es todo lo cauteloso que debiera ser.
- En las comunicaciones con otros abogados, insertar lo siguiente “La presente comunicación tiene la calificación jurídica de correspondencia

²⁴⁹ Vid. DE LA TORRE, Javier, “Deontología de abogados, jueces y fiscales. Reflexiones tras una década de docencia”, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2008, página 173.

entre letrados, con prohibición expresa de incorporarla a cualquier procedimiento judicial, siendo la misma privilegiada y confidencial”.

6.- Los sujetos del secreto profesional.

En cuanto a los sujetos del secreto profesional, la doctrina distingue entre los sujetos obligados a mantener el secreto y los sujetos beneficiados por dicho secreto.

6.1.- Sujetos obligados a mantener el secreto profesional.

En cuanto al sujeto obligado a mantener el secreto profesional, citamos en primer lugar al abogado a quien el cliente confía directamente el secreto profesional, y dicho deber se extiende a todas aquellas personas que participen en la función profesional del abogado, como por ejemplo, a los pasantes, sean abogados o licenciados en Derecho o meros estudiantes de la carrera, así como auxiliares de cualquier tipo (secretarias, traductores, informáticos, etcétera), e incluso al procurador de los tribunales²⁵⁰.

Dicha previsión resulta acorde con el artículo 5.5 CDAE, que establece que “en caso de ejercicio de la abogacía en forma colectiva, el deber de secreto se extenderá frente a los demás componentes del colectivo siempre que el cliente expresamente lo solicite”, añadiendo el punto 6 del citado artículo 5 que “en todo caso, el abogado deberá hacer respetar el secreto profesional a su personal y a cualquier otra persona que colabore con él en su actividad

²⁵⁰ Vid. CERVILLA GARZÓN, “La prestación de servicios profesionales”, op. cit. Página 297; FENECH NAVARRO, Miguel, “El secreto profesional del abogado”, op.cit., páginas 388 y 389; MARTÍNEZ VAL, José María, “Abogacía y Abogados”, op.cit., página 240; RIGÓ VALLBONA, José, “El Secreto Profesional de Abogados y Procuradores en España”, op.cit., páginas 125 a 132; SOLDADO GUTIÉRREZ, José, “El secreto profesional del abogado”, op.cit., página 1199. Vid. STC 197/1994, de 4 de julio, FJ Único, y STC 183/1994, de 20 de junio, FJ 3º. Sin embargo, CALVET GIMENO, Federico, “Aproximación a las dispersas previsiones normativas de una garantía constitucional: el secreto profesional”, op.cit., página 7864, sostiene que el sujeto primario del secreto profesional es el particular, cuya intimidad se protege con dicho secreto, mientras que el profesional es sujeto del deber de guardar lo confiado.

profesional”²⁵¹. En similares términos se pronuncia el artículo 2.3.4 CDAUE y el artículo 32.2 NAC.

Llegados a este punto, estamos de acuerdo con RIGÓ VALLBONA, quien se pregunta si la obligación de secreto obliga también a aquella persona que ejerce ilícitamente la profesión de abogado, sin ostentar el título de Licenciado en Derecho, o bien sin estar debidamente colegiado²⁵², llegando a la conclusión de que el deber de secreto profesional sólo obliga al abogado (aunque de *lege ferenda* solicita un cambio del Código Penal para incriminar también a dichas personas un delito de revelación de secreto profesional). No obstante, la ausencia de vulneración de secreto profesional no exonerará al infractor de la correspondiente responsabilidad por revelación del secreto confiado por parte del cliente. Y de igual modo se cuestiona si el abogado está siempre obligado a escuchar las confidencias del cliente, o bien puede rechazarlas²⁵³, llegando a la conclusión de que el abogado es libre de aceptarlas o rehusarlas, con una única excepción: en los supuestos de asistencia jurídica gratuita, ya que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley 1/1996²⁵⁴, el abogado podrá rechazar el asunto encomendado por el cliente cuando considere insostenible la pretensión que pretende, consideración que tan sólo podrá llevarse a cabo después de escuchar al cliente.

²⁵¹ Vid., en cuanto al ejercicio de la profesión de abogado en forma colectiva, la Norma Segunda de la Circular 80/1999, del Consejo General de la Abogacía Española, cuyo texto se reproduce en el Apéndice Normativo de la presente obra.

²⁵² RIGÓ VALLBONA, José, “El Secreto Profesional de Abogados y Procuradores en España”, op.cit., páginas 134 a 136.

²⁵³ RIGÓ VALLBONA, José, “El Secreto Profesional de Abogados y Procuradores en España”, op.cit., páginas 118 a 122.

²⁵⁴ Artículo 32 Ley 1/1996, de 10 de enero, regula la Asistencia Jurídica Gratuita: “Cuando el abogado designado para un proceso considere insostenible la pretensión que pretende hacerse valer, deberá comunicarlo a la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita, dentro de los 15 días siguientes a su designación, exponiendo los motivos jurídicos en los que fundamenta su decisión. Transcurrido dicho plazo sin que se produzca tal comunicación, o sin que el abogado pida su interrupción por falta de la documentación necesaria para evaluar la pretensión, éste queda obligado a asumir la defensa”.

Asimismo, el abogado queda obligado por el deber de secreto profesional desde el primer momento en el que se le consulta, aunque después rehúse el asunto o el cliente no se lo encomiende²⁵⁵.

Finalmente, la muerte del cliente no libera al abogado de su obligación de guardar secreto, ya que siendo el cliente el único que puede liberarle de dicho deber, su muerte actúa como verdadera causa impeditiva para que dicha autorización pueda producirse, esto es, el secreto profesional no está limitado en el tiempo²⁵⁶, como así se estipula en el artículo 5.7 CDAE, el artículo 2.3.3 CDAUE y en el artículo 32.3 NAC.

6.2.- Sujetos beneficiados por el secreto profesional.

El beneficiario del secreto profesional es toda aquella persona a quien aprovecha o en cuyo beneficio se establece el deber de no revelar el secreto. Así, se distingue entre el propietario del secreto de su beneficiario, confluyendo ambas facetas en el cliente, que es aquel que comunica el

²⁵⁵ Vid. CERVILLA GARZÓN, “La prestación de servicios profesionales”, op. cit., página 314; FERNÁNDEZ SERRANO, Antonio, “El Secreto Profesional”, op.cit., página 119; MARTÍNEZ VAL, José María, “Abogacía y Abogados”, op.cit., página 245; OSSORIO Y GALLARDO, Angel, “El alma de la toga”, op.cit., página 32, quien fundamenta dicho deber en dos razones: una, que el abogado es abogado siempre y aunque se limite a escuchar una consulta, repeliendo después el asunto; y otra, que si se dispensara el deber de secreto profesional, se podría llegar a la inmoralidad de que el abogado se juzgara en libertad para buscar a la parte contraria y transmitirle todo lo que acaba de saber y ponerse a su disposición para defenderle.

²⁵⁶ Vid. FENECH NAVARRO, Miguel, “El secreto profesional del abogado”, op.cit., páginas 388 y 389; MARTÍNEZ VAL, José María, “Abogacía y Abogados”, op.cit., página 245; SOLDADO GUTIÉRREZ, José, “El secreto profesional del abogado”, op.cit., página 1198; RIGÓ VALLBONA, José, “El Secreto Profesional de Abogados y Procuradores en España”, op.cit., páginas 136 a 138, quien da las siguientes razones para no limitar en el tiempo el secreto profesional: porque el secreto confiado por el difunto puede afectar a otras personas distintas del fallecido; porque la indiscreción profesional puede perjudicar tanto al recuerdo del desaparecido como pudo en vida perjudicar su honor o sus intereses; pero fundamentalmente, porque el secreto profesional descansa sobre la confianza que tiene el particular para exponer a su abogado cuantas confidencias estime necesarias, con la seguridad de que no será traicionado en sus confidencias, por lo que sería razonable que dichas confidencias no se explicarían ante el temor de que el abogado pudiera revelarlas a la muerte del cliente, porque su recuerdo sería hollado y despreciado incluso por sus amigos, hijos o demás parientes.

secreto al abogado, mientras que beneficiarios (que no propietarios) pueden ser la familia del cliente, o bien los miembros de una determinada sociedad o grupo al que pertenezca el cliente²⁵⁷.

Finalmente, cabe recordar que el abogado tiene la obligación de guardar el secreto profesional, pero también es un derecho que le corresponde al abogado²⁵⁸, que le exime de revelar el secreto aunque exista consentimiento del cliente. Sin embargo, la jurisprudencia indica que el abogado deja de ser beneficiario del derecho al secreto cuando éste se convierte en partícipe, en cualquiera de sus modalidades, de un delito cometido por su cliente, es decir, si se implica en la infracción penal perpetrada, convirtiendo sus labores de defensa y asesoramiento aparentemente profesionales en delictivas²⁵⁹.

²⁵⁷ Vid. FENECH NAVARRO, Miguel, “El secreto profesional del abogado”, op.cit., páginas 388 y 389.

²⁵⁸ El secreto profesional del abogado se halla configurado como un deber y un derecho en el art. 2.3.1 CDAUE, art. 5.2 CDAE, y art. 31.1 NAC.

²⁵⁹ Vid. STS (Sala de lo Penal), de 16 de marzo de 2006 (RJ 2006\4778), FJ 4º; y Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal), de 23 de enero de 2009 (JUR 2009\59567), FJ 1º.

7.- Secreto profesional de los abogados de empresa en la Unión Europea²⁶⁰.

En el ámbito europeo, debemos en primer lugar destacar el artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea²⁶¹, que establece lo siguiente:

“Artículo 41. Derecho a una buena administración.

1.- Toda persona tiene derecho a que las instituciones y órganos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable.

2.- Este derecho incluye en particular: (...) 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*²⁶² y comercial.”

El secreto profesional del abogado de empresa es un tema polémico, sobre todo después de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 14 de septiembre de 2010 (TJCE 2010\275), asunto Azko Nobel Chemicals Ltd. y Arkros Chemicals Ltd., que niega al abogado el

²⁶⁰ Vid. GRANDE SANZ, Marta, “El secreto profesional de los abogados de empresa”, op.cit., páginas 555 a 570; y también SIGNES DE MESA, Juan Ignacio, “La independencia de los abogados de empresa y la protección del secreto profesional en la Unión Europea, en *Revista de Derecho Mercantil* número 279/2011, (Referencia Aranzadi BIB 2011\1482). Asimismo, para un estudio de Derecho comparado sobre la presente cuestión, vid. Varios Autores “Lex Mundi In-House Counsel and the Attorney Client Privilege”, publicado por Lex Mundi, 2009, informe que se puede consultar y descargar en http://www.lexmundi.com/images/lexmundi/PracticeGroups/LADR/Attorney_Client_Update8.09_Main_Document.pdf, visitada el 9 de julio de 2012. Asimismo, vid. DAL. Georges-Albert, “Legal Professional Privilege and European Case Law”, Editorial Larcier, Bruselas (Bélgica), 2011.

²⁶¹ Publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas número C-83, de 30 de marzo de 2010, páginas 389 y siguientes. Sobre la importancia del secreto profesional o “legal privilege” del abogado en el marco de la Unión Europea vid. BARLETTA, Amedeo, “El ‘legal privilege’ como derecho fundamental en la UE y sus límites: el caso de la normativa sobre blanqueo de capitales”, *Estudios y Comentarios Legislativos* (Civitas), Madrid, enero de 2010 (Referencia Aranzadi BIB 2010\7454).

²⁶² La cursiva es nuestra.

secreto profesional por el asesoramiento legal que haya podido prestar a la empresa básicamente porque indica que el abogado interno carece de independencia para asesorar a la empresa. Por ello, todas las comunicaciones que haya enviado a su empresa en el desempeño de sus funciones, como asesor legal, no estarán amparadas por el secreto profesional.

El diferente tratamiento del secreto profesional en los países de la Unión Europea no hace sino acrecentar dicha polémica²⁶³.

Sin perjuicio de posterior estudio crítico de esta sentencia, vamos seguidamente a exponer sus antecedentes y contenido:

7.1.- Antecedentes de la Sentencia Azko Nobel.

Hasta el año 1982 la Comisión de la Unión Europea podía requerir y obtener documentos de empresas. Una vez obtenidos, decidía sobre su carácter y naturaleza, y en los casos en los que existía controversia acerca de si un determinado documento quedaba o no cubierto por la confidencialidad rectora de las comunicaciones entre abogado y cliente, y siempre que la empresa presentara pruebas que demostraban que la documentación en cuestión estaba protegida por el beneficio de dicha confidencialidad, la Comisión se abstenía de valoración alguna, correspondiendo la decisión sobre el mantenimiento de la confidencialidad al Tribunal de Justicia de la Unión Europea²⁶⁴.

Nótese que hasta dicho año ni la Comisión ni el TJCE distinguían entre abogados externos y abogados de empresa.

²⁶³ Vid. Informe “Regulated legal professionals and professional privilege within the European Union, the European Economic Area and Switzerland, and certain other European jurisdictions”, report to the CCBE, 2004, texto disponible en http://www.elixir.bham.ac.uk/Free%20Movement%20of%20Professionals/Links_docs/fish_report_en.pdf, página visitada el 19 de junio de 2012.

²⁶⁴ Referencia contenida en la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, de 22 de julio de 2002 (JUR 2002\204082), Caso Pepsi-Cola/Coca-Cola, FJ 4º.

Esta situación cambia en el año 1982, con el asunto AM&S Europe²⁶⁵, en el que el Reino Unido interpuso recurso contra la Decisión 79/670, de 6 de julio de 1979, que establecía que todos los documentos mencionados en el anexo de la carta que AM&S Europe envió a sus abogados debían exhibirse a los miembros de la Comisión, a pesar de que los afectados invocaron el secreto profesional de dicha comunicación. Finalmente se entendió que la comunicación provenía de un abogado independiente y, por ello, estaba protegida por el secreto profesional y era confidencial.

Vale la pena reproducir los apartados 18 a 21 de dicha sentencia:

- “18.- Sin embargo, la citada normativa no excluye la posibilidad de reconocer, siempre que se respeten determinadas condiciones, el carácter confidencial de determinados documentos profesionales. En efecto, 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 en materia de respeto de la confidencialidad, especialmente por lo que respecta a la comunicación entre los abogados y sus clientes. Esta confidencialidad responde, en efecto, a la exigencia, cuya importancia se reconoce en todos los Estados miembros, 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.
- 19.- Por lo que respecta a la protección de la correspondencia entre los abogados y sus clientes, los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros ponen de manifiesto que, si bien el principio de protección se reconoce con carácter general, su alcance y los criterios para su aplicación varían, como, por otra parte, admiten tanto la parte demandante como las partes coadyuvantes que intervienen en apoyo de sus pretensiones.

²⁶⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas AM&S (Australian Mining & Smelting Europe Limited, Sociedad establecida en el Reino Unido), de 18 de mayo de 1982, cuyo texto en pdf se puede obtener de <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61979CJ0155:ES:PDF>, visitada el 26 de junio de 2012.

- 20.- Si bien en determinados Estados miembros la protección de la confidencialidad de la correspondencia entre abogados y clientes se fundamenta principalmente en el reconocimiento de la propia naturaleza de la profesión de abogado, como profesión que coopera al respeto de la legalidad, en otros Estados miembros, esta misma protección se justifica por la exigencia más específica -por lo demás, también reconocida en los primeros Estados- del respeto de los derechos de defensa.
- 21.- Más allá de estas diversidades, 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.”

Por ello, nótese que la Sentencia AM&S Europe es importante pues, en primer lugar, reconoce la confidencialidad de toda comunicación abogado-cliente, protegida por el secreto profesional, dentro del propio ordenamiento jurídico comunitario (apartado 18 de la Sentencia).

Asimismo, resulta un derecho de especial relevancia en todos los estados miembros, que permite al cliente dirigirse con plena libertad a su abogado (apartado 18 de la Sentencia).

La figura del secreto profesional es tratada de forma diferente en la legislación interna de los Estados Miembros (apartados 19 y 20 de la Sentencia).

En definitiva, se protege el secreto profesional en las comunicaciones abogado-cliente, siempre y cuando concurren dos requisitos (apartado 21 de la Sentencia), que la comunicación debe versar sobre los derechos de defensa del cliente, y que provenga de un abogado independiente, esto es, sin vinculación al cliente mediante relación laboral, siendo éste el requisito que será ampliado posteriormente por la Sentencia Azko Nobel.

La segunda resolución a tener en consideración es el Auto Hilti²⁶⁶. En este supuesto la empresa encargó a un abogado externo la redacción de varios dictámenes jurídicos, reproducidos posteriormente en notas internas de la empresa, a fin de permitir su examen por parte del personal directivo. Esta resolución extiende el secreto profesional a las notas internas que se limitan a reproducir el texto o el contenido de dichas comunicaciones (vid. apartado 18 del Auto).

Posteriormente, en la STJCE *Ordre des barreaux francophones et germanophone y otros*, de 26 de junio de 2007 (Aranzadi TJCE 2007\152), se determina que no existe la obligación para el abogado de delatar determinadas conductas sospechosas de las que tiene conocimiento en el ejercicio de sus funciones, y ello porque se halla protegido por el secreto profesional. Así, debemos destacar sus apartados 30 a 32:

“30.- El artículo 6 del CEDH reconoce a toda persona el derecho a que su causa sea oída equitativamente, tanto en los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil, como en el marco de un procedimiento penal.

31.- Según reiterada jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el concepto de «proceso justo» contemplado en el artículo 6 del CEDH está integrado por diversos elementos, entre los que se incluyen el derecho de defensa, el principio de igualdad de armas, el derecho de acceso a los tribunales y el derecho a disponer de un abogado tanto en materia civil como penal (véase Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencias *Golder c. Reino Unido*, de 21 de febrero de 1975, serie A núm. 18, § 26 a 40²⁶⁷; *Campbell y Fell c. Reino Unido*, de 28 de junio de 1984, serie A núm. 80, § 97 a 99,

²⁶⁶ Auto del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, de 4 de abril de 1990, asunto *Hilti Aktiengesellschaft / Comisión*, cuyo texto se puede encontrar en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61989TO0030:ES:PDF>, página visitada el 26 de junio de 2012.

²⁶⁷ TEDH 1975\1.

105 a 107, y 111 a 113²⁶⁸, así como *Borgers c. Bélgica*, de 30 de octubre de 1991, serie A núm. 214-B, § 24²⁶⁹).

32.- El abogado no estaría en condiciones de cumplir adecuadamente su misión de asesoramiento, defensa y representación del cliente, quedando éste, por tanto, privado de los derechos que le confiere el artículo 6 del CEDH, si, en el contexto de un procedimiento judicial o de su preparación, aquél estuviera obligado a cooperar con los poderes públicos transmitiéndoles la información obtenida con ocasión de las consultas jurídicas efectuadas en el marco de tal procedimiento.”

7.2.- Contenido de la Sentencia Azko Nobel.

Los hechos que dieron lugar a la Sentencia Azko Nobel son los siguientes²⁷⁰:

El 12 y 13 de febrero de 2003, funcionarios de la Comisión realizan una inspección en los locales de Azko Chemicals Ltd. sitos en Eccles, Manchester (Reino Unido).

En el curso de dichas operaciones, los representantes de Azko Nobel indicaron a los funcionarios de la Comisión que algunos de los documentos podían estar amparados por la protección de la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes.

En concreto, las discrepancias surgieron en relación a dos bloques de documentos, denominados documentos de la serie A y documentos de la serie B.

²⁶⁸ TEDH 1984\9.

²⁶⁹ TEDH 1991\47.

²⁷⁰ Vid. apartados 3 a 18 de la Sentencia Azko Nobel; así como los apartados 7 a 16 de las Conclusiones de la Abogada General Sra. Juliane Kokott, de 29 de abril de 2010, disponibles en http://www.icam.es/docs/web3/doc/ABOGEMP_SecretoJULIANE_KOKOTT.pdf, visitada el 28 de junio de 2012.

La serie A constaba de dos documentos: un memorando mecanografiado de dos páginas de 16 de febrero de 2000 del Director general de Akcros a uno de sus superiores que, según Azko Nobel, contiene informaciones recogidas por su autor en el marco de consultas internas con otros empleados con el fin de recabar un dictamen jurídico externo en el marco del programa de cumplimiento del Derecho de la competencia establecido por Azko. El segundo de estos documentos es otro ejemplar del mencionado memorando, en el que figuran notas manuscritas referidas a los contactos mantenidos con un abogado de Azko y Akcros en las que se menciona, en particular, su nombre.

Ante la duda sobre la confidencialidad de los documentos, los funcionarios de la Comisión decidieron hacer copias de los documentos de la serie A y guardarlos en sobre lacrado que se llevaron consigo al término de la inspección.

Por su parte, la serie B también consta de varios documentos. Se trata, en primer lugar, de una serie de notas manuscritas del Director General de Akcros que fueron redactadas con ocasión de conversaciones mantenidas con empleados y utilizadas para la redacción del memorando mecanografiado de la serie A. En segundo lugar, consta de dos correos electrónicos entre el Director General de Akcros y un abogado que, en el momento de producirse los hechos, pertenecía a los servicios jurídicos del grupo de empresas Azko y, en consecuencia, estaba empleado de forma permanente por dicha empresa.

En cuanto a los documentos de la serie B, y una vez oídas las explicaciones de Azko y Akcros, la responsable de la inspección consideró que ciertamente no estaban protegidos por la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes. En consecuencia, hizo copias de ellos y las incorporó al resto del expediente sin aislarlas en sobre lacrado.

Mediante decisión de 8 de mayo de 2003, la Comisión denegó a Azko y Akcros la solicitud de protección de los documentos controvertidos en virtud de la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes; la petición de devolución de los documentos de las series A y B; y la solicitud de destrucción de todas las copias que tuviera de ellos.

Contra dicha decisión, Azko y Akros interpusieron dos recursos de nulidad ante el Tribunal de Primera Instancia²⁷¹, que fueron resueltos en la Sentencia de 14 de septiembre de 2010.

Llegados a este punto, vale la pena tener en consideración las conclusiones de la Abogada General Sra. Juliane Kokott, de 29 de abril de 2010, y hacer referencia a las que inciden sobre el tema de estudio, esto es, el secreto profesional de los abogados de empresa (apartados 58 a 75), la alegada violación del principio de igualdad (que niega en los apartados 76 a 85, básicamente porque los abogados internos y externos tienen distinta independencia y por ello, no se está enjuiciando una situación igual), y estudia la necesidad de ampliar el secreto profesional alegado por las partes (apartados 87 a 121), ampliación que estima no es necesaria, habida cuenta la disparidad de normas internas de los Estados Miembros en materia de secreto profesional, así como el avance del Derecho, que no justifica, de momento un cambio de las conclusiones de la Sentencia AM&S.

La abogada, en sus conclusiones (apartados 58 a 75) niega el secreto profesional al abogado de empresa, y parte de la doctrina comunitaria de la Sentencia AM&S, en la que resulta fundamental el requisito de independencia del abogado, esto es, que el abogado no se halle vinculado a su cliente mediante una relación laboral.

Asimismo, defiende que aunque el abogado de empresa esté colegiado como abogado en ejercicio, no tiene el mismo grado de independencia que el abogado externo, ya que aquél no puede hacer frente a eventuales conflictos de intereses entre sus obligaciones profesionales y los objetivos y deseos de sus clientes de una forma tan eficaz como un abogado externo.

Según las conclusiones de la abogada, un primer indicio de que los abogados internos no tienen suficiente independencia es que, en su condición de empleado, en muchos casos están sometidos a las instrucciones que imparte su empresario y, en cualquier caso, se encuentran ligados a la estructura de la empresa o del grupo de empresas de éste, mientras que dicha situación no le afecta al abogado externo.

²⁷¹ Vid. apartado 17 de las Conclusiones de la Abogado General Sra. Juliane Kokott.

Las partes alegaron en el marco del procedimiento que, conforme a Derecho neerlandés (el abogado interno estaba colegiado en Holanda) el abogado de empresa está exento de la obligación de seguir las instrucciones de su empresario (suscribiendo al principio de la relación un acuerdo especial sometido al control del Colegio de Abogados correspondiente); que las discrepancias entre el empresario y el asesoramiento jurídico del abogado de empresa, de existir, no son suficientes para sustentar un despido disciplinario; y que existe un órgano en el Colegio de Abogados (*Raad van Toezicht*) que vigila profesionalmente la independencia del abogado de empresa.

No obstante, la abogada, en el apartado 64 de sus conclusiones, manifiesta que aunque tales medidas son ejemplares, no garantizan una independencia comparable a la de un abogado externo, ni que la relación entre el abogado interno y su empleador no esté efectivamente exenta de presiones e instrucciones directas o indirectas en el día a día, llegando a indicar que “la posibilidad de que el abogado interno proporcione asesoramiento jurídico realmente independiente depende mucho más en cada caso del comportamiento y la buena voluntad de su empresario”.

Y prosigue indicando que “además, existe el riesgo real de que los abogados internos, en su afán por obedecer al empresario, de *motu proprio* al asesoramiento legal el contenido que complazca al empresario”²⁷².

Asimismo destaca, para defender la tesis de la dependencia del abogado de empresa con su empleador, el elemento de la dependencia económica que preside, por regla general, las relaciones entre el abogado interno y su empresario. Admite la abogada que el elemento económico no debe analizarse desde el punto de vista de la libertad del cliente de resolver unilateralmente el contrato suscrito con el abogado externo (hecho que reconoce, además de la no exigencia de indemnización alguna por resolución de contrato), sino que se fija en el hecho de que, en principio, el abogado externo dispone de varios clientes, con lo que si existe una discrepancia, dispone de la libertad suficiente para renunciar por iniciativa propia a la propia representación del cliente y así mantener su independencia. En contra, el abogado interno se encuentra normalmente en

²⁷² Vid. apartado 65 de las conclusiones de la Abogada General Sra. Juliane Kokott.

una situación de completa dependencia económica y/o jerárquica de su empleador, motivo que influye en la minoración de su independencia.

Al anterior elemento de dependencia económica, añade el criterio de identificación personal del abogado con la empresa de que se trata y con su política y estrategia empresarial mucho más fuerte que la que existe entre abogados externos con la actividad comercial de sus clientes.

Finalmente, la Sentencia Azko Nobel, en sus apartados 40 a 51, hace suyas las anteriores conclusiones y, en consecuencia, el secreto profesional no ampara a los abogados internos de empresa incluso aunque se hallen autorizados para ejercer libremente la abogacía e inscritos en el correspondiente Colegio de Abogados.

7.3.- Crítica de la Sentencia Azko Nobel.

La Sentencia Azko Nobel ha sido muy criticada tanto a nivel nacional como internacional²⁷³, pues establece un precedente que no existe en otras jurisdicciones como, por ejemplo, en la norteamericana, habida cuenta la Sentencia de la Corte Suprema de 13 de enero de 1981, asunto Upjohn²⁷⁴, en la que se confirmó que el secreto profesional se aplica a las comunicaciones entre el abogado de empresa y empleados de grado inferior, siempre y cuando la comunicación sea realizada por el abogado en el desempeño de sus funciones y con el objetivo de emitir una opinión jurídica.

²⁷³ En el ámbito internacional, destaco los siguientes recortes de prensa, críticos con el contenido de la Sentencia: <http://www.bingham.com/Publications/Files/2011/01/Akzo-Nobel-Implications-for-American-Lawyers> (visitada el 26 de junio de 2012); <http://www.dlapiper.com/akzo-nobel-no-privilege-for-in-house-lawyers-under-eu-competition-law/> (visitada el 4 de julio de 2012), <http://www.lawgazette.co.uk/news/akzo-nobel-ruling-a-missed-opportunity-say-lawyers> (visitada el 4 de julio de 2012); y <http://www.natlawreview.com/article/challenges-house-counsel-multinational-corporations-preserving-attorney-client-privilege-aft>, visitada el 4 de julio de 2012.

²⁷⁴ Upjohn Co. V. United States, 449 U.S., 383 (1981); texto disponible en <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=449&invol=383>, visitada el 4 de julio de 2012.

En España²⁷⁵ debemos destacar los argumentos vertidos en la Declaración de la Junta de Gobierno del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid de 20 de julio de 2011, sobre abogados de empresa, que exponemos a continuación²⁷⁶.

En primer lugar, la Sentencia produce un serio agravio comparativo, ya que no debería cuestionarse la independencia de criterio del abogado de empresa frente al abogado externo²⁷⁷.

El criterio de dependencia no puede gravitar en torno a la existencia o no de una relación laboral, habida cuenta que la independencia del abogado debiera venir determinada ante todo por la voluntad de ejercer la abogacía con sujeción a un alto nivel de ética, capacidad de juicio, libertad de criterio y buen hacer profesional.

Asimismo, no se puede poner en entredicho “a priori” que un abogado interno pueda resolver de manera imparcial los eventuales conflictos de intereses o situaciones de diferencia de opinión con su empresa.

²⁷⁵ Vid. PLASENCIA MONLEÓN, Antonio, “Secreto profesional e independencia del Abogado, según el Derecho español”, op.cit., páginas 960 y 961, ya dudaba de la independencia del abogado empleado de banca, citando la Orden de 30 de junio de 1976 (Nuevo Diccionario de Legislación Aranzadi, Tomo I, apartado 18, página 59), cuyo artículo 1 establece que “Los abogados dependientes de las Empresas de Banca, tanto oficial como privada, actuarán a las órdenes directas e inmediatas del Jefe de la Asesoría Jurídica, si lo hubiere, del centro de trabajo correspondiente o, en caso contrario, del Director del mismo”, defendiendo dicho autor que “entiendo que la *independencia* del abogado no es una cuestión que esté en función de la relación con el cliente (laboral o no), sino que está en función de la conciencia personal del propio abogado”.

²⁷⁶ Cuyo texto se puede encontrar en http://www.icam.es/docs/web3/doc/AE_SecretoProfesionalComision211010.pdf, visitada el 4 de julio de 2012.

²⁷⁷ Vid. FUERTES LÓPEZ, Francisco Javier, “Ser o no ser...abogado”, Actualidad Jurídica Aranzadi número 806/2010, Pamplona, 2010 (Referencia Aranzadi BIB 2010\3772), quien critica dicha Sentencia, llegando a afirmar que “Resulta sorprendente, un poco al menos, que ya no podamos hablar del secreto profesional que debe guardar el abogado. La confidencialidad como un concepto único, como valor, ha dejado de existir, dado que los abogados externos tienen un deber de secreto profesional que ya no coincide con el de los abogados internos de la empresa”.

Resulta cuestionable el argumento de la cercanía e involucración del abogado de empresa para justificar la falta de independencia del abogado, cuando esa circunstancia facilita un conocimiento directo y profundo de las necesidades de la empresa.

Por ello, no guardan relación directa y concluyente la dependencia laboral, orgánica, jerárquica y funcional de un abogado interno con el concepto de independencia profesional.

Asimismo, si se niega el secreto profesional al abogado de empresa, entonces puede constituir un gravamen para la propia empresa, que se verá obligada a buscar asesores externos para aquellos asuntos que quiera mantener confidenciales.

Finalmente, el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid manifiesta que la Sentencia no aprecia en toda su dimensión la capacidad real que tienen las empresas para dotarse internamente de medidas, procedimientos y garantías que salvaguarden la independencia de sus abogados internos.

En nuestra opinión, la Sentencia Azko Nobel presenta un precedente que no se halla contenido en la legislación interna de los Estados Miembros²⁷⁸, que regulan el secreto profesional del abogado sin hacer distinción entre abogado externo y abogado de empresa. En consecuencia, la única distinción se lleva a cabo mediante la Sentencia Azko Nobel y su precedente, la Sentencia AM&S Europe. Además, entendemos que tanto las conclusiones de la abogada Julianne Kokott, como la Sentencia Azko Nobel, pasan por alto lo siguiente, que estimo relevante:

El abogado de empresa al que niegan el secreto profesional por vinculación laboral a su cliente estaba colegiado en Holanda (vid. apartado 64 conclusiones).

En Holanda el abogado de empresa está exento de la obligación de seguir las instrucciones de su empresario (suscribiendo al principio de la relación un acuerdo especial sometido al control del Colegio de Abogados correspondiente); asimismo, las discrepancias entre el empresario y el asesoramiento jurídico del abogado de empresa, de existir, no son suficientes para sustentar un despido disciplinario en dicho país; y también

²⁷⁸ Vid. apéndice de la regulación del secreto profesional en el derecho comparado.

existe un órgano en el Colegio de Abogados (*Raad van Toezicht*) que vigila profesionalmente la independencia del abogado de empresa.

Pues bien, la Sentencia Azko Nobel no debería omitir el contenido de la norma de Derecho Interno holandés que traspuso el apartado 4 del artículo 4 de la Directiva del Consejo 1977/249/CEE, de 22 de marzo (LCEur 1977\93), según el cual: “Para el ejercicio de las actividades que no sean las mencionadas en el apartado 1, el abogado quedará sujeto a las condiciones y normas profesionales del Estado miembro de procedencia, sin perjuicio del respeto a las normas, sea cual fuere su origen, que regulen la profesión en el Estado miembro de acogida y, *en particular*, a las que se refieran a la incompatibilidad entre el ejercicio de las actividades de abogado y el de otras actividades en ese Estado, *al secreto profesional*²⁷⁹ [...]”.

Por ello, la Sentencia Azko Nobel debería haber tenido en consideración, la regulación del secreto profesional en Holanda, puesto que el abogado se hallaba vinculado a la misma (y en especial al secreto profesional, como indica el texto de la Directiva), ya que el argumento esgrimido por la abogada Julianne Kokott se limita a alabar las medidas contenidas en Derecho holandés, pero añade que le parece que las mismas no son consistentes ni garantizan la independencia del abogado, lo que es una mera opinión frente a una concreta regulación, cuando entendemos debería haber tenido en cuenta el artículo 4.4 de la Directiva del Consejo 1977/249/CEE, anteriormente transcrito.

Llevada la doctrina de la Sentencia Azko Nobel a sus últimos extremos, entonces podría cuestionarse incluso la independencia del abogado externo, ya que debe tomar en consideración las instrucciones proporcionadas por su cliente, aunque no esté de acuerdo con ellas (según se ha analizado anteriormente en el marco del presente estudio).

Por su parte, GRANDE SANZ²⁸⁰, llega a una sugerente conclusión: la abogada Sra. Julianne Kokott, en los apartados 87 a 121 de sus conclusiones, indica y analiza la disparidad de criterios en la normativa de

²⁷⁹ La cursiva es nuestra.

²⁸⁰ GRANDE SANZ, Marta, “El secreto profesional de los abogados de empresa”, op.cit. página 569.

los Estados Miembros a la hora de regular el secreto profesional de los abogados; con ello, parece indicar la vía para extender la confidencialidad a las comunicaciones entre el abogado de empresa y su cliente, que no es otra que legislar internamente dicha ampliación, con lo que si en la mayoría de los Estados existe, dicha cuestión no puede ser ajena al Derecho Comunitario. Asimismo, dicha autora aconseja a los abogados de empresa identificar sus comunicaciones con un “Confidencial. Preparado con el objeto de obtener consejo legal externo”, y en nuestra opinión añadiríamos un “en aplicación de lo dispuesto en los artículos 2.3 y 5.3 CDAUE, ampliando su protección a la presente comunicación”.

8.- Secreto profesional y normativa sobre blanqueo de capitales.

Constituye ésta una cuestión novedosa en Derecho y que en la práctica plantea numerosos problemas. Todo ello ha motivado que el Consejo General de la Abogacía Española haya publicado un documento de medidas y recomendaciones para la prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo²⁸¹.

Seguidamente analizaremos el secreto profesional del abogado a la luz de de la Ley 10/2010, de 28 de abril, y llegaremos a la conclusión de que el artículo 22 de de dicha Ley es coherente con lo contemplado en el artículo 542 LOPJ, aunque en determinados supuestos, tasados por la Ley, donde antes primaba el “deber de no informar”, esto es, el secreto profesional, ahora se aplica la “obligación de informar” conforme a la normativa sobre blanqueo de capitales²⁸².

8.1.- Definición de blanqueo de capitales.

Podemos definir el blanqueo de capitales como el proceso que tiene por objeto integrar en un sistema económico legal bienes obtenidos

²⁸¹ Cuyo texto se puede encontrar en <http://www.icaib.org/circulares/2011/adj/201112/20111202/RECOMENDACIONES%20PBC%20ABOGADOS%20CGAE.pdf>, visitada el 8 de agosto de 2012.

²⁸² GARCÍA NORIEGA, Antonio, “Límites a la libertad de expresión por motivos profesionales”, Editorial Difusión Jurídica, Madrid, 2009, página 79.

ilícitamente, con apariencia de haber obtenido los mismos de forma legal, y posibilitando su disfrute en dicho sistema²⁸³.

En cuanto al concepto de bienes obtenidos ilícitamente, distinguimos entre dinero negro, que es el que se origina en actividades comerciales legales, pero que elude obligaciones fiscales; y el dinero sucio, que es el que procede de negocios delictivos²⁸⁴.

²⁸³ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, “El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas. La recepción de la legislación internacional en el ordenamiento español”. Revista *Actualidad Penal*, número 32, Madrid, 1994, página 609. MARTÍNEZ FRANCISCO, M^a Nieves, “El impacto de la reforma del Código Penal del delito de Blanqueo de Capitales y la Ley 10/2010, de 28 de abril en el ejercicio de la abogacía”, en la obra colectiva dirigida por CARRETERO GONZÁLEZ, Cristina y De MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico *Retos de la Abogacía ante la Sociedad Global*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2012, página 1563, quien indica que siguen el mismo criterio CALDERÓN CERESO, Antonio, “Análisis sustantivo del delito (I). Prevención y represión del blanqueo de capitales”, en *prevención y represión del blanqueo de capitales*, Revista *Estudios de Derecho Judicial*, dirigida por ZARAGOZA AGUADO, J., número 28, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, páginas 266 y siguientes; GÓMEZ INIESTA, Diego J., “El delito de blanqueo de capitales en el Derecho Español, Editorial Cedecs, Barcelona, 1996, página 21; HUERTA TOCILDO, Susana, “Aproximación crítica a la nueva regulación del delito de receptación y otras figuras afines”, *Cuadernos de Derecho Judicial. Los delitos socioeconómicos en el nuevo Código Penal*, Madrid, 1996, páginas 384 y 385; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio, “El blanqueo de capitales en el Derecho Español”, *Cuadernos Luís Jiménez de Asúa*, Editorial Dykinson, Madrid, 1999, página 5; y DEL CARPIO DELGADO, Juana, “El delito de blanqueo de capitales en el nuevo Código Penal”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, página 4; a los que añadimos a PALMA HERRERA, José Manuel, “Los delitos de blanqueo de capitales”, Editorial EDERSA, Madrid, 2000, página 823.

²⁸⁴ Distinción realizada por BLANCO CORDERO, Isidoro, “El delito de blanqueo de capitales”, Aranzadi, 2^a Edición, Navarra, páginas 87 y siguientes. Similar distinción, pero con los términos “blanqueo de capitales” y “blanqueo de capitales de origen ilícito”, vid. BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO SAGGESE, Derecho Penal Económico, Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 2001, páginas 676 y siguientes.

8.2.- El abogado como sujeto obligado.

El abogado es un sujeto obligado a informar al SEPBLAC²⁸⁵, en los términos que indicaremos a continuación, a tenor del artículo 2.1.º de la Ley 10/2010, a tenor del cual:

“Artículo 2. Sujetos obligados.

1. La presente Ley será de aplicación a los siguientes sujetos obligados: [...] ñ) Los abogados, procuradores u otros profesionales independientes cuando participen en la concepción, realización o asesoramiento de operaciones por cuenta de clientes relativas a la compraventa de bienes inmuebles o entidades comerciales, la gestión de fondos, valores u otros activos, la apertura o gestión de cuentas corrientes, cuentas de ahorros o cuentas de valores, la organización de las aportaciones necesarias para la creación, el funcionamiento o la gestión de empresas o la creación, el funcionamiento o la gestión de fideicomisos («trusts»), sociedades o estructuras análogas, o cuando actúen por cuenta de clientes en cualquier operación financiera o inmobiliaria.”

En relación al citado precepto, y en cuanto al concepto de “asesoramiento” SÁNCHEZ STEWART²⁸⁶ distingue entre “asesoramiento jurídico” y “asesoramiento de gestión”. Así, el artículo 542.1 LOPJ se refiere a un “asesoramiento jurídico”, consistente en determinar la situación jurídica de sus clientes y en ejercer la representación legal de los mismos en acciones judiciales. De esta forma, el asesoramiento de gestión entra dentro del ámbito de la Ley 10/2010, y el asesoramiento jurídico forma parte integrante del secreto profesional, pero, según dicho autor, decae en los casos en que el asesor se implique dentro de los casos de blanqueo de capital, que la finalidad del asesoramiento jurídico sea el blanqueo, o que el abogado sepa que el cliente recaba su asesoramiento jurídico al objeto de blanquear capitales.

²⁸⁵ Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias.

²⁸⁶ SÁNCHEZ STEWART, Nielson, “Abogados: blanqueo de capitales. Ataque al secreto profesional”, en la revista *Economist & Jurist*, número 120, Mayo de 2008, Madrid, página 102, así como la nota 42 de dicha página.

En cuanto al “asesoramiento de gestión”, dicho autor indica que se integra por los actos que recoge el artículo 2.1.º de la Ley 10/2010, y no pertenece al “núcleo duro de su actividad como abogado”, porque la LOPJ no lo contempla como “modalidad de actuación profesional”.

Dejemos, de momento, esta distinción, que cobrará sentido con lo que se expondrá más adelante en relación a la no sujeción regulada en el artículo 22 de la Ley, avanzando que dicho precepto establece que los abogados no estarán sometidos a las obligaciones de los artículos 7.3, 18 y 21 de la Ley respecto a la información que reciban de sus clientes para determinar la posición jurídica a favor de su cliente o desempeñar su misión de defender a su cliente en procesos judiciales. Por ello, nótese que la Ley 10/2010 respeta el secreto profesional de los abogados que actúen como tales, en ejercicio de su actividad profesional en defensa de los intereses de sus clientes.

8.3.- Obligaciones de información contenidas en la Ley 10/2010 y su relación con el secreto profesional.

La Ley 10/2010 intensifica las obligaciones de colaboración e información de los abogados con el SEPBLAC. Así, debemos destacar el contenido de los artículos 7.3, 18 y 23 de la citada Ley, que constituyen los deberes básicos del abogado como sujeto obligado, aún en detrimento de su deber de secreto profesional (con las excepciones del artículo 22, anteriormente transcrito):

“Artículo 7. Aplicación de las medidas de diligencia debida. [...] 3. Los sujetos obligados no establecerán relaciones de negocio ni ejecutarán operaciones cuando no puedan aplicar las medidas de diligencia debida previstas en esta Ley. Cuando se aprecie la imposibilidad en el curso de la relación de negocios, los sujetos obligados pondrán fin a la misma, procediendo a realizar el examen especial a que se refiere el artículo 17.

La negativa a establecer relaciones de negocio o a ejecutar operaciones o la terminación de la relación de negocios por imposibilidad de aplicar las medidas de diligencia debida previstas en esta Ley no conllevará, salvo que medie enriquecimiento injusto, ningún tipo de responsabilidad para los sujetos obligados.”

Por su parte, del artículo 18 de la Ley²⁸⁷ destacamos la obligación de comunicar al SEPBLAC cualquier hecho u operación, incluso la mera

²⁸⁷ “Artículo 18. Comunicación por indicio.

1. Los sujetos obligados comunicarán, por iniciativa propia, al Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias (en adelante, el Servicio Ejecutivo de la Comisión) cualquier hecho u operación, incluso la mera tentativa, respecto al que, tras el examen especial a que se refiere el artículo precedente, exista indicio o certeza de que está relacionado con el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo.

En particular, se comunicarán al Servicio Ejecutivo de la Comisión las operaciones que, en relación con las actividades señaladas en el artículo 1, muestren una falta de correspondencia ostensible con la naturaleza, volumen de actividad o antecedentes operativos de los clientes, siempre que en el examen especial previsto en el artículo precedente no se aprecie justificación económica, profesional o de negocio para la realización de las operaciones.

2. Las comunicaciones a que se refiere el apartado precedente se efectuarán sin dilación de conformidad con los procedimientos correspondientes según el artículo 26 y contendrán, en todo caso, la siguiente información:

a) Relación e identificación de las personas físicas o jurídicas que participan en la operación y concepto de su participación en ella.

b) Actividad conocida de las personas físicas o jurídicas que participan en la operación y correspondencia entre la actividad y la operación.

c) Relación de operaciones vinculadas y fechas a que se refieren con indicación de su naturaleza, moneda en que se realizan, cuantía, lugar o lugares de ejecución, finalidad e instrumentos de pago o cobro utilizados.

d) Gestiones realizadas por el sujeto obligado comunicante para investigar la operación comunicada.

e) Exposición de las circunstancias de toda índole de las que pueda inferirse el indicio o certeza de relación con el blanqueo de capitales o con la financiación del terrorismo o que pongan de manifiesto la falta de justificación económica, profesional o de negocio para la realización de la operación.

f) Cualesquiera otros datos relevantes para la prevención del blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo que se determinen reglamentariamente.

En todo caso, la comunicación al Servicio Ejecutivo de la Comisión vendrá precedida de un proceso estructurado de examen especial de la operación de conformidad con lo

tentativa, respecto al que, tras el examen especial a que se refiere el artículo 17 de la Ley, exista indicio o certeza de que está relacionado con el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo.

No obstante, y lo fundamental para el presente estudio, lo constituye el contenido del artículo 23 de la Ley 10/2010, que establece que “La comunicación de buena fe de información a las autoridades competentes con arreglo a la presente Ley por los sujetos obligados o, excepcionalmente, por sus directivos o empleados, no constituirá violación de las restricciones sobre divulgación de información impuestas por vía contractual o por cualquier disposición legal, reglamentaria o administrativa, y no implicará para los sujetos obligados, sus directivos o empleados ningún tipo de responsabilidad”.

Como bien señala ANDRADE OTERO²⁸⁸, la exención de responsabilidad del abogado gravitará sobre el principio de buena fe, esto es, sólo operará respecto de aquellas comunicaciones efectuadas conforme a las exigencias de la buena fe.

establecido en el artículo 17. En los casos en que el Servicio Ejecutivo de la Comisión estime que el examen especial realizado resulta insuficiente, devolverá la comunicación al sujeto obligado a efectos de que por éste se profundice en el examen de la operación, en la que se expresarán sucintamente los motivos de la devolución y el contenido a examinar.

En el caso de operaciones meramente intentadas, el sujeto obligado registrará la operación como no ejecutada, comunicando al Servicio Ejecutivo de la Comisión la información que se haya podido obtener.

3. La comunicación por indicio se efectuará por los sujetos obligados en el soporte y con el formato que determine el Servicio Ejecutivo de la Comisión.

4. Los directivos o empleados de los sujetos obligados podrán comunicar directamente al Servicio Ejecutivo de la Comisión las operaciones de que conocieran y respecto de las cuales estimen que concurren indicios o certeza de estar relacionadas con el blanqueo de capitales o con la financiación del terrorismo, en los casos en que, habiendo sido puestas de manifiesto internamente, el sujeto obligado no hubiese informado al directivo o empleado comunicante del curso dado a su comunicación.”

²⁸⁸ ANDRADE OTERO, Manuel, “Blanqueo de capitales y secreto profesional: ¿conciliación posible?, op.cit., página 1546.

8.4.- No sujeción.

El artículo 22 de la Ley 10/2010 establece lo siguiente:

“Artículo 22. No sujeción. Los abogados no estarán sometidos a las obligaciones establecidas en los artículos 7. 3, 18 y 21 con respecto a la información que 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 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.

Sin perjuicio de lo establecido en la presente Ley, los abogados guardarán el deber de secreto profesional de conformidad con la legislación vigente.”

Así, el abogado no está sometido a las obligaciones contenidas en los artículos 7.3, 18 y 21 de la Ley respecto de la información que reciban de sus clientes que se utilice para la defensa del cliente en el marco de un procedimiento judicial, supuesto que resulta acorde y encaja con la normativa sobre secreto profesional analizada en el presente capítulo; y tampoco cuando la información sirva para “determinar la posición jurídica a favor de su cliente”, con lo que surgen dudas para comprobar en qué consiste dicha expresión. En este sentido, debemos hacer referencia al Documento elaborado por el Consejo General de la Abogacía Española que recoge una serie de preguntas sobre las obligaciones del abogado en materia de blanqueo de capitales²⁸⁹, en cuya pregunta 3ª, según la cual: ¿Qué es determinar la posición jurídica?, responde el Consejo lo siguiente:

“Determinar la posición jurídica es asesorar para establecer el conjunto de derechos y obligaciones y las consecuencias que de ellos deriven para un sujeto –el cliente en caso del abogado- cuando concurren unas circunstancias y hechos específicos. Lo que los latinos formulaban como “da mihi factum dabo tibi ius”. Cualquier asunto para el que se solicita asesoramiento jurídico es susceptible de devenir en un conflicto judicial. El asesoramiento tiene por objeto evitarlo pero siempre es eventualmente precontencioso.”

²⁸⁹ Texto disponible en <http://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2012/06/LISTADEPREGUNTAS.pdf>, visitada el 8 de agosto de 2012.

Lo anteriormente expuesto es asimismo recogido por STEWART SÁNCHEZ²⁹⁰, y por BLANCO CORDERO²⁹¹.

Por todo ello, HERREROS ha llegado a afirmar que “El abogado, actuando como tal, nunca es sujeto obligado, reconociéndosele el deber y derecho de confidencialidad y secreto profesional que consagra el artículo 542 LOPJ en desarrollo de los artículos 18, 20 y, especialmente, el 24, de la CE. Es más, si el abogado, impulsado por la LPBCFT²⁹², comunicase la información recibida de su cliente, además de poder ser imputado como autor de un delito de revelación de secretos, aquella no podría ser utilizada ni servir de base a una prueba en cualquier tipo de procedimiento, por provenir de la violación de un derecho o libertad fundamental. Por tanto, no sólo debería abstenerse el abogado de efectuar ningún comunicado, sino que su silencio redundaría en beneficio de un hipotético proceso posterior si, efectivamente, el cliente resultase ser un blanqueador”²⁹³.

Por nuestra parte, entendemos que el abogado podrá ampararse en la no sujeción contemplada en el artículo 22 de la Ley 10/2010, habida cuenta que el contenido de la prestación característica de la obligación que le liga con el cliente²⁹⁴ se puede encajar, al menos teóricamente, en los conceptos de “determinar la posición jurídica a favor de su cliente”, o bien en la función de “desempeñar su misión de defender a dicho cliente en procesos judiciales o en relación con ellos, incluido el asesoramiento sobre la incoación o la forma de evitar un proceso”.

²⁹⁰ SÁNCHEZ STEWART, Nielson, “Las funciones del abogado en relación a las obligaciones que impone la normativa de prevención”, Diario *La Ley Penal*, número 53, 2008 (Referencia *La Ley* 39824/2008).

²⁹¹ BLANCO CORDERO, Isidoro, “Abogados como sujetos activos del blanqueo de capitales: El letrado como Gatekeeper, Parte II”, en *Grandes Tratados*, Editorial Aranzadi, Navarra, marzo de 2012 (Referencia Aranzadi BIB 2012\9206).

²⁹² Ley 10/2010.

²⁹³ HERREROS, Javier, “Ley de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo. Aplicación a los Abogados”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, número 9/2012 (Referencia Aranzadi BIB 2012\20).

²⁹⁴ Analizada en el capítulo primero.

9.- Vulneración del deber de secreto profesional.

La única una manera de guardar el secreto profesional es no diciéndoselo a nadie²⁹⁵. En el mundo, el hombre más reservado es aquel que no confía sus secretos a nadie. Así tenemos la certeza de no haber vulnerado el secreto profesional, puesto que a nadie se le ha comentado nada. Sin embargo, como veremos, la institución merece un tratamiento un poco más profundo.

Sobre este particular, seguiremos la sistemática de FENECH²⁹⁶, quien distingue entre revelación directa e indirecta del secreto profesional:

La revelación directa se produce cuando el abogado da a conocer voluntariamente (con o sin intención de perjudicar) el hecho o noticia oculta cuya revelación puede ser nociva, por causar un daño patrimonial o moral al cliente o a su familia, o incluso una mera molestia.

Dicha revelación se puede llevar a cabo en público o por medio de publicaciones, como en privado, aunque sólo se comunique a una sola persona, siempre que se pueda averiguar la persona a quien se refieren los hechos revelados.

En cuanto a supuestos recogidos en la jurisprudencia de revelación ilícita y directa del secreto profesional, podemos citar los siguientes ejemplos:

En primer lugar, la STSJ de Málaga (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 12 de noviembre de 2009 (JUR 2011\111979), en cuyo FJ 2º ratifica la sanción impuesta al letrado que acompañó junto a su escrito de demanda una comunicación mantenida con carácter previo con otro compañero²⁹⁷.

En segundo lugar, citamos la STSJ de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 21 de mayo de 2008 (JUR 2008\213275), en cuyo FJ 1º

²⁹⁵ Así lo indicó OSSORIO Y GALLARDO, Angel, “El alma de la toga”, op.cit., página 25.

²⁹⁶ FENECH NAVARRO, Miguel, “El secreto profesional del abogado”, op.cit., páginas 390 a392.

²⁹⁷ Vid. asimismo la STSJ de Castilla y León, de 6 de julio de 2009 (JUR 2009\447228), FFJJ 1º a 3º.

ratifica la sanción al letrado que convocó una rueda de prensa y concedió una entrevista a un medio impreso en las que realizó unas manifestaciones que vulneraron su deber de secreto profesinoal.

En tercer lugar, la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 13 de mayo de 1999 (RJ 1999\6148), que estudia el supuesto en el que el abogado declara como testigo en contra de su antigua clienta, en el marco del procedimiento matrimonial que la enfrentaba contra su marido. El FJ 4º establece lo siguiente: “Este Tribunal de Casación ha de partir y así lo hace aquí, de los hechos que la Sala de Instancia declara probados, entre ellos el de que «lo declarado por el señor L. y recogido en el correspondiente acta estaba relacionado con lo "asesorado" a doña Elena R. M.». Con lo que basta y sobra para tener que coincidir con la calificación de la organización colegial de que semejante conducta está dentro del tipo previsto en el artículo 41 del Estatuto General de la Abogacía española, en el que se establece el deber y el derecho de guardar secreto profesional, y la obligación y el derecho de no revelar ningún hecho ni dar a conocer ningún documento que afecte a su cliente, de los que hubiere tenido noticia en razón del ejercicio profesional.”

En cuarto lugar, la STS (Sala Contencioso-Administrativa), de 10 de mayo de 1999 (RJ 1999\4799). Se trata de un supuesto en que el abogado vulnera el secreto que protege el artículo 5.4 CDAE, pues el cliente graba, sin el conocimiento de ninguno de los presentes, una reunión mantenida con su abogado, la parte contraria y su abogado. Posteriormente, el cliente solicita al abogado que aporte la grabación al procedimiento penal y el abogado accede, vulnerando en ese momento el secreto profesional, por revelación directa del mismo. Por su interés, transcribimos el FJ 5º de dicha Sentencia: “En el caso que enjuiciamos, haciendo total abstracción de la posible intervención o conocimiento que pudo tener el abogado sancionado en la desleal grabación de la conversación sostenida con un colega suyo, extremo en el que lógica y técnicamente no profundiza la sentencia impugnada, al reconocer las resoluciones sancionatorias que aquél estuvo al margen de la indigna maniobra realizada por su cliente con la aquiescencia y colaboración de unos detectives privados; lo cierto es que, al ser sabedor de la operación efectuada sin su consentimiento, tuvo que renunciar por razones de dignidad y decoro profesional a la defensa de su cliente, al quebrar por aquel comportamiento el deber de fidelidad exigible entre uno y otro.”

Y finalmente, la SAP de Las Palmas, de 12 de noviembre de 2001 (ARP 2001\881), que estima ilícita, por vulneración de los artículos 18 y 24 CE, la documental entregada por el abogado a requerimiento de la Fiscalía (fruto de una denuncia interpuesta por el abogado contra su propio cliente, quien, ante los medios de comunicación le imputaba un delito), existiendo manifestación de voluntad contraria a la entrega de la documentación llevada a cabo por su propio cliente. La Sentencia, en su Fundamento de Derecho 7º manifiesta que “He ahí la clave y, desde luego, ponderando la naturaleza y entidad del deber de guardar secreto profesional, por un lado, y la necesidad de autodefensa del abogado, por otro, que ha visto cómo un político ante los medios de comunicación ha dicho que ha falsificado un cheque poniéndole un sello del Ayuntamiento, y ante la evidencia de que no nos encontramos ni ante un perjuicio irreparable ni ante una flagrante injusticia, se colige de todo ello que no ha existido proporcionalidad entre la obligación que se infringe y el perjuicio personal que se trata de evitar por lo que debe prevalecer, sin duda, la obligación de secreto profesional y no entregar documentación que indiciariamente (pues en esta resolución no entraremos en el fondo del asunto) es constitutiva de un delito, entre otros, de un delito de cohecho no sólo imputable al señor M. M., sino también a su cliente del que recibió tal documentación. El hecho de que no obre en autos la dispensa que le otorgó el Colegio de Abogados del que él era Decano, nos impide examinar en qué términos se concedió, pero lo que sí obra en autos son los requerimientos tanto fiscal como judicial y tras su examen se estima que son demasiado genéricos, lo que se expresa con profundo y sincero respeto a las autoridades autoras de tales requerimientos”.

Por su parte, la revelación indirecta tiene lugar cuando por las declaraciones del abogado se pone en peligro o existe el riesgo de que se conozca la identidad del propietario o del beneficiario del secreto profesional, reflejando dos subtipos, la utilización indebida y la averiguación indiscreta de la información proporcionada por el cliente, protegida por el secreto profesional.

Con la utilización indebida, también se vulnera el secreto profesional cuando el abogado se vale de la posesión del secreto profesional para llevar a cabo un acto que pueda perjudicar de modo directo o indirecto al propietario o al beneficiario del secreto, esto es, que el abogado se sirva del secreto en contra de los intereses del cliente. Y respecto de la averiguación

indiscreta, FENECH manifiesta que “la necesidad de conocer hechos que pueden servir o que sean necesarios para la mejor solución de un problema jurídico, o para la recta conducción de la defensa de un asunto, no justifica que el abogado se valga de averiguaciones indirectas o de medios imprudentes para la obtención de estos hechos, ya que pueden dar lugar a que trascienda a persona ajena al propietario o al beneficiario del secreto el objeto de éste”²⁹⁸.

Por su parte, MARTÍNEZ VAL establece que, en caso de duda, el abogado debe decantarse por aquella solución que proteja el secreto profesional, esto es, no revelarlo²⁹⁹.

10.- Revelación lícita del secreto profesional por parte del abogado.

El secreto profesional no es un derecho absoluto, sino que puede ser revelado lícitamente bajo diversas circunstancias³⁰⁰. El abogado puede quedar liberado de su obligación de guardar secreto profesional tanto con el consentimiento del cliente como sin éste³⁰¹.

²⁹⁸ Sin embargo, puntualiza dicho autor que dicho criterio de vulneración indirecta del secreto profesional no debe confundirse con la necesidad que puede tener un abogado de pedir asesoramiento a un compañero al que estima más docto o especialista en alguna materia, aunque sería prudente pedir permiso al cliente, entiende que concurre justa causa siempre y cuando el abogado no de a conocer nombres ni circunstancias privativas de las personas o los hechos del caso particular, añadiendo que el compañero también quedará vinculado por dicho secreto profesional.

²⁹⁹ MARTÍNEZ VAL, José María, “Abogacía y Abogados”, op.cit., página 241, quien llega a dicha conclusión citando el artículo 47 del Proyecto de Estatuto de la Abogacía Española redactado en el IV Congreso Nacional de la Abogacía Española, celebrado en León en 1970.

³⁰⁰ Lo admite la inmensa mayoría de la doctrina; así, por ejemplo, vid. MARTÍNEZ VAL, José María, “Abogacía y Abogados”, op.cit., página 237. En cuanto a doctrina restrictiva, debemos citar a OSSORIO Y GALLARDO, Angel, “El alma de la toga”, op.cit., páginas 29 a 34; FERNÁNDEZ SERRANO, Antonio, “El secreto profesional de los abogados”, *Revista Internacional del Notariado*, Buenos Aires, 1952, consultada la publicada en Madrid, en 1953.

³⁰¹ Seguimos la distinción formulada por FENECH NAVARRO, Miguel, “Secreto profesional del abogado”, op.cit., páginas 392 a 396, quien sistematiza la revelación lícita del secreto profesional del abogado con el consentimiento del cliente o sin dicho

10.1.- Consentimiento del cliente.

Llegados a este punto, debemos analizar si la dispensa ofrecida por el propio cliente libera al abogado de su deber de guardar secreto, y si dicha dispensa obliga al abogado a revelar el secreto en su día confiado por parte del cliente.

En primer lugar, existe una corriente doctrinal que estima que el consentimiento del cliente no libera al abogado de su deber de secreto profesional, cuando existan razones de interés moral o de interés general que obliguen al abogado por encima de la voluntad de su cliente³⁰².

Por nuestra parte, estamos de acuerdo con la segunda corriente doctrinal³⁰³, que estima que la dispensa del cliente al abogado *faculta*³⁰⁴ a éste a revelar

consentimiento (supuestos de revelación del secreto en beneficio de la comunidad, en beneficio de un tercero, del propio cliente o del abogado).

³⁰² Vid. CERVILLA GARZÓN, “La prestación de servicios profesionales”, op. cit., páginas 309 y 310, quien entiende que existen ocasiones que ni siquiera el consentimiento del cliente permite al abogado revelar el secreto profesional, ya que si la autorización choca de algún modo con el interés general, el consentimiento o autorización del titular del derecho a la intimidad no faculta al abogado a revelar la materia objeto del secreto; vid. asimismo MARTÍNEZ VAL, José María, “Abogacía y Abogados”, op.cit., página 237, aunque matiza su opinión aceptando que en Portugal se permitía revelar el secreto cuando existe consentimiento del cliente y así lo acepta el Colegio de Abogados correspondiente.

³⁰³ Así, RIGO VALLBONA, José, op. cit. páginas 99 a 113, SOLDADO GUTIÉRREZ, José, “El secreto profesional del Abogado”, op.cit., página 1192 a 1197; CRESPO MORA, M^a Pilar, op. cit., páginas 203 a 205; FENECH NAVARRO, Miguel, “Secreto profesional del abogado”, op.cit., páginas 392 y 393, aunque dicho autor sostiene que el consentimiento del cliente libera al abogado respecto al secreto profesional, pero no así respecto al secreto natural, que siempre obliga al abogado; FERNÁNDEZ SERRANO, Antonio, “El Secreto Profesional”, op.cit., página 131; SOTO NIETO, Francisco, “Revelación del secreto profesional por abogado. Consentimiento del cliente”, *Diario La Ley* (Referencia La Ley 11965/2001), 1997-I, páginas 2019 a 2021. Vid. asimismo STS (Sala Contencioso-Administrativo) de 16 de diciembre de 2003 (RJ 2005\3604), FJ 6º, que estima lícita la revelación del secreto profesional cuando el abogado tiene el consentimiento de su cliente que, además, en este caso concreto, también existía el previo consentimiento del decano del correspondiente Colegio de Abogados.

³⁰⁴ La cursiva es nuestra.

los hechos objeto de secreto, pero no le *obliga*³⁰⁵ a efectuar dicha revelación, básicamente porque el secreto profesional es un deber y un derecho del abogado (artículo 542.3 LOPJ). Asimismo, en el supuesto en que el cliente autorice al abogado a revelar el secreto profesional, recomendaríamos que dicha autorización constara por escrito³⁰⁶.

10.2.- Revelación del secreto profesional en los expedientes disciplinarios colegiales y en impugnación de los honorarios del abogado.

Cabe preguntarse si es lícito al abogado revelar sus secretos en caso de que se vea obligado a acudir a los tribunales para reclamar el pago de sus honorarios, o bien si es objeto de expediente disciplinario en el propio Colegio de Abogados.

En respuesta a ambas preguntas, la mayoría de la doctrina responde afirmativamente³⁰⁷, pues la verdad es que el artículo 33.c NAC contempla expresamente la posibilidad de levantar el secreto profesional en el marco de los expedientes disciplinarios colegiales y en materia de impugnación de honorarios, previa dispensa concedida por la correspondiente junta de gobierno.

Sobre esta cuestión, MARTÍNEZ VAL manifiesta que es lícito el levantamiento del secreto profesional del abogado “para la percepción de sus honorarios, legítimamente devengados, pero en este caso no haciendo de la revelación arma de coacción, lo cual sería un chantaje indigno, sino sólo cuando sea medio único para conseguirlo”³⁰⁸.

³⁰⁵ La cursiva es nuestra.

³⁰⁶ Vid. DE LA TORRE, Javier, “Deontología de abogados, jueces y fiscales. Reflexiones tras una década de docencia”, op.cit., página 173.

³⁰⁷ Las únicas excepciones vienen representadas por OSSORIO Y GALLARDO, Angel, “El alma de la toga”, op.cit., página 33; RIGÓ VALLBONA, José, “El secreto profesional de Abogados y Procuradores en España”, op.cit., páginas 113 a 115; CERVILLA GARZÓN, “La prestación de servicios profesionales”, op. cit., página 315; y ³⁰⁷ Vid. DE LA TORRE, Javier, “Deontología de abogados, jueces y fiscales. Reflexiones tras una década de docencia”, op.cit., página 174.

³⁰⁸ MARTÍNEZ VAL, José María, “Ética de la Abogacía”, op.cit., página 150.

Por su parte, FERNÁNDEZ SERRANO³⁰⁹ dice que constituye éste un supuesto de revelación lícita del secreto profesional, siempre y cuando su revelación sea inocua, si puede hacerse sin causar ningún mal ya que, en caso contrario (cuando se irroge algún perjuicio al cliente) deberá el abogado sacrificar sus intereses en aras del secreto.

10.3.- Supuesto en el que el cliente comunica al abogado su intención de cometer un delito.

Dicho supuesto de revelación lícita del secreto profesional es admitido por la doctrina³¹⁰, ya que no existe aún el derecho de defensa (al tratarse de un hecho futuro); tampoco puede aplicarse el derecho a la intimidad del cliente (al tratarse de un plan delictivo); y la propia función social del abogado puede compeler al abogado a no ocultar la confidencia del cliente³¹¹.

Además, la ausencia de revelación del secreto profesional por parte del abogado podría llevar a situaciones antijurídicas, en el caso de acudir en consulta a un abogado para solicitar su consejo para preparar mejor la comisión de un delito (por ejemplo un alzamiento de bienes, un concurso de acreedores fraudulento, una estafa, etcétera)³¹².

³⁰⁹ FERNÁNDEZ SERRANO, Antonio, “El Secreto Profesional”, op.cit., página 124.

³¹⁰ El artículo 416.2 LECrim releva al abogado del deber de denunciar los delitos ya cometidos por el cliente.

³¹¹ Vid. CERVILLA GARZÓN, “La prestación de servicios profesionales”, op. cit., página 313; FENECH NAVARRO, Miguel, “Secreto profesional del abogado”, op.cit., páginas 394 y 395; MARTÍNEZ VAL, José María, “Abogacía y Abogados”, op.cit., página 238; OSSORIO Y GALLARDO, Angel, “El alma de la toga”, op.cit., página 33, quien expone el siguiente supuesto, confesando que le ha ofrecido serias dudas: el abogado de un banco conoce que dicha entidad va a quebrar en unos días, ¿puede revelar dicha información a familiares, amigos y/o terceros para que retiren sus fondos del banco antes de que quiebre? Entiende dicho autor que si la quiebra es consecuencia de la marcha de los negocios, entonces el abogado está en la obligación de guardar el secreto; pero si el banco procede con ánimo fraudulento y hace maniobras para estafar a sus acreedores, el abogado debe dimitir de su cargo y hacer público lo que ocurre, pues de otro modo sería cómplice de un delito; SOLDADO GUTIÉRREZ, José, “El secreto profesional del abogado”, op.cit., página 1201.

³¹² FERNÁNDEZ SERRANO, Antonio, “El Secreto Profesional”, op.cit., página 124.

10.4.- Supuesto en el que el mantenimiento del secreto profesional pueda ocasionar un grave perjuicio para el propio abogado, para el propio cliente o para un tercero.

Debemos partir de la opinión de OSSORIO³¹³, que indica que el abogado no puede vulnerar el secreto profesional, aunque el mantenimiento de dicho secreto pueda perjudicar al propio abogado³¹⁴ o al interés particular ajeno³¹⁵, pero no así cuando pueda entrar en conflicto con un grave interés social, único supuesto en el que entiende dicho autor que se puede vulnerar válidamente el secreto profesional³¹⁶.

La doctrina entiende que cuando se acredite que mantener el secreto profesional pueda lesionar gravemente los derechos del propio abogado (pues se produce en legítima defensa, en aplicación de la eximente regulada

³¹³ OSSORIO Y GALLARDO, Angel, “El alma de la toga”, op.cit., páginas 29 a 32.

³¹⁴ OSSORIO cita un caso en el que él mismo intervino: una señora va a verle y le cuenta que una sobrina suya se ha ido a pasar la noche de bodas al Hotel Nacional, y que al día siguiente su recién marido la ha devuelto a su madre sin dar mayor explicación, solicitando al abogado que interpusiera urgentemente la correspondiente demanda de nulidad del matrimonio. OSSORIO solicitó la presencia de la sobrina en cuestión quien, al entrevistarse a solas con el abogado, confiesa que no era virgen en el momento de celebración del matrimonio, OSSORIO hace entrar a su tía y le indica que no puede llevar el asunto porque el pleito sería ruidoso y complejo. Ante la negativa, la tía y su familia iniciaron una campaña de difamación contra el abogado, quien siempre tuvo el deber de sostener el secreto profesional.

³¹⁵ OSSORIO pone el siguiente ejemplo: “[...] en un pleito sobre reclamación de cantidad, el demandado sostiene que no debe nada pero en la intimidad confiesa a su abogado que la deuda es cierta y que no la ha solventado. El abogado debe desechar el asunto porque nunca debe defender la mentira, pero puede guardar la reserva estrictamente”.

³¹⁶ OSSORIO pone el siguiente ejemplo: se ha cometido un asesinato e incriminan a A como autor del delito. Mientras tanto, B consulta a un abogado sobre cómo liquidar sus bienes en el país, confesándole que la consulta se realiza porque ha sido él y no A quien ha cometido el asesinato. La situación resulta terrible para el abogado, pues un inocente puede ser injustamente condenado (en la época en que se redactó el libro de OSSORIO, incluso sentenciado a pena de muerte). Pues bien, OSSORIO entiende que resulta lícita la revelación del secreto profesional, porque el abogado es un servidor del interés social; a fin de que dicho interés quede satisfecho, resulta indispensable decir la verdad.

en el art. 20.4º CP³¹⁷), del propio cliente o de un tercero, es permitida su revelación³¹⁸.

Lo expuesto por la doctrina encuentra su encaje normativo en el artículo 5.8 CDAE³¹⁹, que establece que en el supuesto en el que exista un supuesto excepcional y de suma gravedad que pudiera causar perjuicios irreparables o flagrantes injusticias como consecuencia directa de la preservación del secreto profesional, el Decano del Colegio aconsejará al abogado para determinar medios o procedimientos alternativos de solución del problema planteado ponderando los bienes jurídicos en conflicto.

Dicho precepto resulta un tanto críptico pero, en nuestra opinión, no prohíbe el levantamiento del secreto profesional, sino que el Decano podrá

³¹⁷ Dispone el citado precepto que “Están exentos de responsabilidad criminal: (...) 4º El que obre en defensa de la persona o derechos propios o ajenos, siempre que concurren los requisitos siguientes: Primero. Agresión ilegítima. En caso de defensa de los bienes se reputará agresión ilegítima el ataque a los mismos que constituya delito o falta y los ponga en grave peligro de deterioro o pérdida inminentes. En caso de defensa de la morada o sus dependencias, se reputará agresión ilegítima la entrada indebida en aquélla o éstas. Segundo. Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla. Tercero. Falta de provocación suficiente por parte del defensor”. Vid. DE LA TORRE, Javier, “Deontología de abogados, jueces y fiscales. Reflexiones tras una década de docencia”, op.cit., páginas 174 y 175.

³¹⁸ Vid. CERVILLA GARZÓN, “La prestación de servicios profesionales”, op. cit., página 315; CÓRDOBA RODA, Juan, “Abogacía, secreto profesional y blanqueo de capitales”, op.cit., páginas 33 y 34; FENECH NAVARRO, Miguel, “Secreto profesional del abogado”, op.cit., páginas 395 y 396; FERNÁNDEZ SERRANO, Antonio, “El Secreto Profesional”, op.cit., páginas 126 y 127; MARTÍNEZ VAL, José María, “Ética de la Abogacía”, op.cit., página 150; del mismo autor “Abogacía y Abogados”, op.cit., página 238; RIGÓ VALLBONA, José, “El Secreto Profesional de Abogados y Procuradores en España”, op.cit., páginas 116 a 118; SOLDADO GUTIÉRREZ, José, “El secreto profesional del abogado”, op.cit., página 1201.

³¹⁹ “Artículo 5. Secreto profesional. [...]8. El secreto profesional es un derecho y deber primordial de la Abogacía. En los casos excepcionales de suma gravedad en los que, la obligada preservación del secreto profesional, pudiera causar perjuicios irreparables o flagrantes injusticias, el Decano del Colegio aconsejará al Abogado con la finalidad exclusiva de orientar y, si fuera posible, determinar medios o procedimientos alternativos de solución del problema planteado ponderando los bienes jurídicos en conflicto. Ello no afecta a la libertad del cliente, no sujeto al secreto profesional, pero cuyo consentimiento no excusa al Abogado de la preservación del mismo.”

aconsejar, si así lo estima oportuno, levantar el secreto para evitar grave perjuicio o flagrante injusticia para el propio cliente, para el abogado o para un tercero.

Más clara resulta la regulación contenida en el artículo 33 NAC³²⁰, que prevé expresamente el levantamiento del secreto profesional en el supuesto en el que el mero mantenimiento del secreto pueda causar una lesión notoriamente injusta y grave al abogado o a un tercero, pero debemos resaltar que se requiere autorización previa a la Junta de Gobierno (o al miembro de la Junta en la que ésta le delegue) del Colegio de Abogados correspondiente, que autorizará si se cumplen los requisitos contemplados en el citado precepto, teniendo en cuenta los intereses en conflicto³²¹.

11.- El secreto profesional en relación al proceso civil (alegaciones y medios de prueba).

En las anteriores páginas hemos analizado el secreto profesional del abogado de la forma más pormenorizada posible. No obstante, entendemos

³²⁰ “Artículo 33. Levantamiento.

1. El secreto profesional se podrá levantar en los siguientes supuestos:

a) Cuando el mantenimiento del secreto pueda causar una lesión notoriamente injusta y grave al abogado o a un tercero.

b) Cuando el abogado sea autorizado de manera expresa por el titular del ámbito de la información reservada.

c) En los expedientes disciplinarios colegiales y de impugnación de honorarios.

2. En todos los supuestos, el abogado interesado en el levantamiento del secreto lo deberá solicitar a la junta de gobierno o al miembro de la junta en el que ésta delegue, la cual autorizará si se cumplen los requisitos establecidos en este artículo, atendiendo a los intereses en conflicto.”

³²¹ La posibilidad de que la Junta de Gobierno del Colegio conceda autorización previa al abogado es criticada por MARTÍNEZ VAL, José María, “Ética de la Abogacía”, op.cit., página 151, indicando que “me parece excesivo requisito o condición, que puede poner al abogado en grave dificultad, si le fuere negada. Entendemos que no hay que coartar la decisión personal del abogado, según su recta conciencia”, y aboga por una mera y prudente recomendación en lugar de previa autorización por parte del Colegio de Abogados correspondiente.

que resulta necesario hacer una referencia a cómo se encaja el secreto profesional en el marco del proceso civil, esto es, en qué situaciones de éste podemos encontrar conflictos entre la LEC y el deber del abogado de mantener el secreto profesional.

11.1.- Secreto profesional y alegaciones en el proceso civil.

Según lo explicado en las páginas anteriores, el cliente expone a su abogado las confidencias que son necesarias para que le defienda ante los tribunales. No obstante, resulta necesario narrar hechos en los correspondientes escritos de alegaciones que se retratan de forma ordenada y clara al objeto de facilitar su admisión o negación por el demandado al contestar, y facilitar la determinación del objeto a probar en la medida en que los hechos admitidos están exentos de prueba³²².

Sobre este particular, RIGÓ VALLBONA indica que no existen razones genéricas para dispensar del deber de secreto profesional al abogado a la hora de redactar escritos de alegaciones³²³.

Por nuestra parte, estamos de acuerdo con esta opinión, puesto que la exposición de los hechos en los escritos de alegaciones no debe contener aquellos que el cliente prefiera mantener reservados. En caso de duda, la diligencia del abogado le llevará a enviar un borrador del escrito de alegaciones correspondiente al cliente para que lo revise y, en su caso, autorice su presentación procesal.

11.2.- Secreto profesional y prueba documental, especial referencia a la obtención de prueba documental a través de la entrada y registro del despacho de abogados.

En materia de prueba documental nos podemos encontrar ante las siguientes tres hipótesis:

La primera de ellas consiste en la aportación, por parte del abogado, de documentos entregados por su cliente y con la aquiescencia de este último. En este supuesto no existe vulneración del secreto profesional del abogado,

³²² Artículo 399.4 LEC.

³²³ RIGÓ VALLBONA, José, “El Secreto Profesional de Abogados y Procuradores en España”, op.cit., páginas 165 a 167.

habida cuenta que aporta al proceso aquellos documentos en los que el cliente basa sus pretensiones³²⁴.

La segunda de las hipótesis consiste en la aportación, por parte del abogado, de documentos entregados por su cliente, en contra de la voluntad de éste último. Entendemos que, en principio, dicha aportación vulnera el secreto profesional del abogado y, en consecuencia, vicia de ilicitud la prueba documental³²⁵.

No obstante, cuando el abogado aporta la documental para evitar un grave perjuicio a un tercero, al propio cliente o al abogado, entonces nos hallaremos ante un supuesto de revelación lícita, por ejemplo, cuando se acredite la intención del cliente de cometer un delito. En este sentido, la SAP de Las Palmas, de 12 de noviembre de 2001 (Aranzadi ARP 2001\881), FJ 7º exige prueba plena de la flagrante injusticia y grave perjuicio para proceder a levantar el secreto profesional. Además, recordemos que el artículo 5.8 CDAE obliga al abogado a poner en conocimiento previo al Decano del Colegio quien aconsejará al abogado con la finalidad exclusiva de orientar y, si fuera posible, determinar medios o procedimientos alternativos de solución del problema planteado. Más ajustada es la redacción del artículo 33 NAC, que prevé la posibilidad de

³²⁴ Este es el supuesto de hecho de la SAP de Alicante, de 19 de junio de 2002 (JUR 2002\202738), FJ 2º, en el que la Audiencia estima que el abogado no vulneró el secreto profesional para con su cliente por el mero hecho de aportar la documentación facilitada por el propio cliente al proceso, ya que dichos documentos habían sido entregados al abogado con la exclusiva finalidad de practicar su defensa. Asimismo, vid. SAP de Barcelona, de 29 de mayo de 2003 (publicada en la Revista Jurídica de Catalunya, IV, 2003, páginas 1115 a 1120), en cuyo FJ 2º indica: “Tampoco podemos considerar que el letrado haya infringido el secreto profesional a cuyo mantenimiento viene obligado, primero, porque la presentación de esta cinta lo ha sido con el evidente consentimiento de su cliente y, segundo, porque no se trata de conversaciones entre letrados, en cuyo caso sí debería existir un secreto ya que estas estrictas actuaciones entre dichos profesionales no pueden ser utilizadas como pruebas válidas”.

³²⁵ Vid. Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, de 12 de noviembre de 2001 (ARP 2001\881), FJ 7º, que estima ilícita la aportación de prueba documental por parte del abogado, mediando voluntad expresa en contra del cliente, y a pesar de que el abogado la aportó cumpliendo con una orden de la Fiscalía que le requería su aportación a un procedimiento penal.

levantamiento del secreto profesional por parte de la Junta de Gobierno del Colegio correspondiente.

Finalmente, la tercera de las hipótesis consiste en la aportación de correspondencia entre abogados al proceso. En nuestra opinión, la correspondencia mantenida entre abogados forma parte del secreto profesional³²⁶. Nótese que el artículo 5.3 CDAUE sólo protege las comunicaciones entre abogados con el secreto profesional si en dichas comunicaciones se expresa claramente su carácter confidencial³²⁷. No obstante, existen numerosas resoluciones que estiman la responsabilidad disciplinaria del abogado que aporta a un proceso la correspondencia mantenida con otro compañero³²⁸.

³²⁶ Vid. artículos 34.e EGAE, 5.3 CDAE y 31.4 NAC.

³²⁷ Por ello, aconsejaría insertar en la correspondencia con el abogado lo siguiente “la presente comunicación tiene la condición jurídica de correspondencia entre abogados y, por ello, amparada por el secreto profesional, en virtud de lo estipulado en los artículos 542.3 LOPJ, 5.3 CDAUE, 34.e EGAE, 5.3 CDAE y 31.4 CAC”.

³²⁸ Vid. SSTS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 9 de julio de 2012 (RJ 2012\8885), FJ 9º; de 27 de abril de 2012 (RJ 2012\6424), FFJJ 3º y 6º; y de 22 de abril de 1997 (RJ 1997\3094); STS (Sala de lo Penal), de 9 de febrero de 2012 (RJ 2012\199), FJ 9º; STS de 17 de febrero de 1998 (RJ 1998\1633), FJ 2º; STSJ de Málaga, de 12 de noviembre de 2009 (JUR 2011\111979), FJ 2º; STSJ de Murcia, de 18 de julio de 2011 (JUR 2011\286415), FFJJ 1º y 2º; STSJ de Castilla y León, de 6 de julio de 2009 (JUR 2009\447228), FFJJ 1º a 3º; STSJ del País Vasco, de 15 de octubre de 2003 (RJCA 2003\1019); STSJ de Cataluña de 8 de junio de 1998 (RJ 1998\2315), FJ 3º; STSJ de Madrid, de 14 de mayo de 2001 (JUR 2001\225166), FJ 3º (Esta Sentencia es la única que estima el recurso contencioso-administrativo y revoca la sanción impuesta al Letrado que aportó al procedimiento la correspondencia cruzada con otro abogado. Hay que destacar que el propio TSJ de Madrid cambió su criterio en las Sentencias posteriores de 21 de julio de 2001, JUR 2001\57712, FJ 3º, y de 4 de julio de 2001, RJCA 2001\51; y STSJ de Cataluña, de 8 de junio de 1998 (RJCA 1998\2315), FJ 3º.

Vid. el AAP de Madrid de 14 de mayo de 2008 (JUR 2008\275848), en cuyo FJ 4º no otorga el valor de correspondencia entre abogados a las comunicaciones intercambiadas entre los letrados con posterioridad al alcance de un acuerdo transaccional en audiencia previa, ya que dichas comunicaciones se limitaban a cuantificar y fijar la deuda de intereses, y considera que los mismos son consecuencia del acuerdo al que llegaron las partes en la audiencia previa.

En relación con la entrada y registro a un despacho de abogados, entendemos que en el proceso civil podrían acordarse unas diligencias preliminares al objeto de hallar un documento en un despacho (por ejemplo, si una de las partes sostiene que el letrado retiene indebidamente documentación e insta acción reivindicatoria para recuperarla). Por ello, y a pesar de que entendemos que la diligencia de entrada y registro pertenece más al ámbito penal³²⁹ que al civil³³⁰, entendemos que resulta de aplicación el artículo 32.2 EGAE, a tenor del cual “En el caso de que el Decano de un Colegio, o quien estatutariamente le sustituya, fuere requerido en virtud de norma legal o avisado por la autoridad judicial, o en su caso gubernativa, competente para la práctica de un registro en el despacho profesional de un abogado, deberá personarse en dicho despacho y asistir a las diligencias que en el mismo se practiquen, velando por la salvaguarda del secreto profesional”.

Así, AZAUSTRE RUIZ critica el artículo 32.2 EGAE en los siguientes términos: “1º se otorga un papel extremadamente comprometido al Decano o su sustituto, puesto que se permitirá la presencia en la entrada y registro del observador designado por mandato decanal, pero nada dice el texto de la obligatoriedad de designación de observador, 2º tampoco se exponen las consecuencias de la negativa a la designación por parte del Decano del respectivo colegio profesional, 3º no se asegura, de ninguna forma, la presencia efectiva en el registro de observador alguno y, 4º por último, y más preocupante aún, nada dice el precepto de la función del observador en el registro, que no debiese ser otra que salvaguardar la integridad del

³²⁹ Vid. AZAUSTRE RUIZ, Pablo, “Marco procesal del secreto profesional en la entrada y registro de despachos de abogados”, *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, número 27, Enero-Abril 2012, Editorial Aranzadi, Navarra (Referencia Aranzadi BIB 2012\221), páginas 15 a 33. FERRERES COMELLA, Víctor, “La inconstitucionalidad de la entrada y registro en las habitaciones de hotel sin autorización judicial, ¿una cuestión irrelevante?”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, número 1/2002, Editorial Aranzadi, Navarra, 2002 (Referencia Aranzadi BIB 2002\66); y BLANCO CORDERO, Isidoro, “Abogados como sujetos activos del blanqueo de capitales: El letrado como Gatekeeper. Parte I”, *Grandes Tratados*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2012 (Referencia Aranzadi BIB 2012\9208).

³³⁰ Con la excepción en sede de diligencias preliminares, momento procesal en el que el Juez podría decretar la entrada y registro de un despacho de abogados, en aplicación del artículo 261.5ª LEC.

secreto profesional en la diligencia de entrada y registro del despacho profesional del colegiado”³³¹.

Debemos matizar, sin embargo, la opinión de AZAUSTRE RUIZ³³², quien indica que no sería ilícita la entrada y registro de despacho de abogados sin la presencia del Decano³³³. Estimamos que la presencia o no del Decano, aunque recomendable, no sería determinante, ya que la prueba sería ilícita únicamente en el supuesto en el que la entrada y registro vulnerara el secreto profesional del abogado. No obstante, en el supuesto en que exista consentimiento del cliente, debe el abogado proteger el secreto del resto de clientes del despacho (por ejemplo, exhibiendo la documentación o expedientes requeridos en una sala de juntas del despacho, satisfaciendo el objeto de la prueba que, repetimos, en el marco civil será más limitada a solicitar un concreto objeto que la amplia entrada y registro del despacho en el ámbito penal).

Finalmente, cabe citar el artículo 34.2 NAC³³⁴, que establece que el decano deberá asistir a las diligencias de entrada y registro, sin que exista la mención a remisión legal o petición del órgano judicial que sí realiza el artículo 32.2 EGAE, anteriormente transcrito.

³³¹ Como advierte AZAUSTRE RUIZ, Pablo, “Marco procesal del secreto profesional en la entrada y registro de despachos de abogados”, op.cit., páginas 26 y 27.

³³² AZAUSTRE RUIZ, Pablo, “Marco procesal del secreto profesional en la entrada y registro de despachos de abogados”, op.cit., página 24.

³³³ Existe jurisprudencia que indica que es irrelevante la presencia del Decano en la entrada y registro de un despacho de abogados; vid. por ejemplo: SSTs (Sala de lo Penal) 27 de junio de 1994 (RJ 1994\5034), FJ 4º; 1 de octubre de 1999 (RJ 1999\8912), FJ 2º; 25 de febrero de 2004 (RJ 2004\1843), FFJJ 9º y 11º, y 13 de octubre de 2009 (RJ 2010\664), FJ 4º.

³³⁴ “Artículo 34. Amparo colegial. [...] 2. En las actuaciones policiales o judiciales que afecten a un abogado o sociedad profesional de abogados, el decano, o el que le represente, a petición de aquellos, deberá asistir a las diligencias, con el fin de velar por la salvaguarda del secreto profesional.”

11.3.- Interrogatorio al abogado, en calidad de parte, y el deber de guardar secreto.

Cabe la posibilidad de que el abogado sea citado a declarar en calidad de parte, bien porque, por ejemplo, como persona física, es demandante o demandado en el proceso, o bien porque, en el supuesto de que la parte procesal sea una persona jurídica, el abogado es su legal representante o bien tiene poderes especiales otorgados por ella para declarar en su nombre³³⁵.

Partimos en este punto de la obligación del abogado, demandante o demandado, de no revelar los secretos que ha conocido con motivo del ejercicio de su profesión, al contestar a las preguntas que le formule la parte contraria³³⁶. Por otra parte, el abogado tendrá la obligación de declarar sobre aquellos hechos que no formen parte del secreto profesional³³⁷.

Y si en vez de no declarar decide mentir: ¿Es ello una declaración lícita o válida? La doctrina clásica ha tendido a contestar negativamente: MARTÍNEZ VAL, citando a OSSORIO³³⁸, manifiesta que “El abogado no sólo no está obligado a mentir, sino que no le es lícito hacerlo. La verdad debe ser su norma. Además, mentir es abrir la puerta a que puedan recaer las responsabilidades sobre un inocente”³³⁹. Lo que sí recomienda el citado autor es que el abogado se refugie en el silencio antes de quebrantar el secreto profesional, puesto que “la interpretación que pueda hacerse de su silencio por parte del Juez o Tribunal, cuando una contestación afirmativa o

³³⁵ PICÓ I JUNOY, Joan, “El abogado como sujeto del interrogatorio en el proceso civil”, en la obra colectiva *Realismo Jurídico y experiencia procesal, Liber Amicorum en Honor del Prof. D. Manuel Serra Domínguez*, Editorial Atelier, Barcelona, 2009, páginas 946 y 947.

³³⁶ RIGÓ VALLBONA, José, “El Secreto Profesional de Abogados y Procuradores en España”, op.cit., página 170.

³³⁷ SSTS 5 de marzo de 1981 (RJ 1981\899), Cdo. 2º; 12 de noviembre de 1985 /RJ 1985\5578), FJ 2º; y SAP Asturias 27 de mayo de 1999 (AC 1999\5004), FJ 2º.

³³⁸ OSSORIO Y GALLARDO, Angel, “El alma de la toga”, op.cit., página 34.

³³⁹ MARTÍNEZ VAL, José María, “Abogacía y Abogados”, op.cit., página 238.

negativa pudiera ser valorada en un determinado sentido, que parece querer evitarse con el silencio, no es cosa que ataña al abogado”.

Así, el artículo 307.1 LEC regula lo siguiente “Si la parte llamada a declarar se negare a hacerlo, el tribunal la apercibirá en el acto de que, salvo que concurra una obligación legal de guardar secreto, puede considerar reconocidos como ciertos los hechos a que se refieran las preguntas, siempre que el interrogado hubiese intervenido en ellos personalmente y su fijación como ciertos le resultare perjudicial en todo o en parte.”

El artículo anteriormente referenciado constituye una excepción al deber general de declarar contenido en dicho precepto³⁴⁰, por lo que el sujeto está obligado a comparecer, pero no a declarar sobre aquellos hechos que recaigan dentro del secreto profesional.

Nótese que el artículo 307.1 LEC faculta a la parte con obligación legal de guardar secreto a negarse a declarar, pero no va más allá, por lo que la doctrina entiende que resulta de aplicación analógica el artículo 371.1 LEC, que regula la declaración testifical de personas con deber de guardar secreto³⁴¹.

Así, cuando la parte tenga una obligación legal de guardar secreto (el abogado) lo manifestará al órgano judicial razonadamente y el juez decidirá mediante providencia o lo que proceda en derecho³⁴², considerando el

³⁴⁰ LORCA NAVARRETE, Antonio María, “La prueba del interrogatorio de partes en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, *Diario La Ley*, número 6, 2000, (Referencia La Ley 21109/2001), página 2078, quien indica que “que la negativa a declarar **queda neutralizada** en la Ley de Enjuiciamiento Civil en cuanto a sus consecuencias procesales en los supuestos en que «concurra una obligación legal de guardar secreto» (art. 307.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil)”.

³⁴¹ MONTERO AROCA, Juan, “La prueba en el proceso civil”, Editorial Civitas, Cizur Menor (Pamplona), 7ª Edición, 2012, página 262; TORRES PINTADO, David, “Aspectos subjetivos en el Interrogatorio de Parte”, en la obra colectiva *Aspectos Prácticos de la Prueba Civil*, ABEL LLUCH, Xavier y PICÓ I JUNOY, Joan (Directores), Edit. J. Mª Bosch, Barcelona, 2006, página 311.

³⁴² Vid. PICÓ I JUNOY, Joan, “3ª Idoneidad del abogado como testigo interrogado. ¿Puede pedirse el interrogatorio de un abogado? ¿Y la declaración testifical del abogado de la parte contraria? En caso afirmativo: ¿Cuáles son los límites de la declaración del

fundamento de su negativa a declarar. En consecuencia, nos encontramos con dos posibilidades:

La primera de ellas consiste en que el Juez considere fundada y justificada la manifestación del abogado y, en consecuencia, le autorice a no declarar, amparado por el secreto profesional, lo que hará constar en el acta del juicio correspondiente. Sin embargo, en este supuesto, estimo que la parte proponente deberá tener la oportunidad procesal de formular qué preguntas tenía intención de formular a la parte, a fin de que el tribunal pueda determinar las preguntas pertinentes o impertinentes, y también al objeto de que, en el supuesto en el que existan ulteriores recursos, la instancia superior tenga los elementos de prueba suficientes para determinar si la parte podía o no podía responder a las preguntas concretas.

La segunda de ellas consiste en que el Juez desestime dicha pretensión y obligue al abogado a declarar en concepto de parte. En este supuesto, estaríamos ante una revelación lícita del secreto profesional por parte del abogado, cuando el cliente demanda injustamente al abogado ante los tribunales, o bien cuando la negativa a declarar pudiera irrogar un daño al propio abogado³⁴³.

¿Qué sucede si el abogado no realiza la manifestación a la que se halla obligado ex artículos 307.1 y 371.1 LEC y simplemente declara sin más,

abogado?”, en la obra colectiva *El interrogatorio de testigos*, ABEL LLUCH, Xavier y PICÓ I JUNOY, Joan (Directores), Edit. J. M^a Bosch, Barcelona, 2008, página 179, quien indica acertadamente que “aunque el art. 371.1 LEC establezca que la inadmisión tendrá lugar por ‘providencia’, al tratarse de la limitación de un derecho fundamental – el derecho a la prueba- debería dictarse una resolución judicial debidamente motivada, esto es, un auto, máxime cuando el artículo 206.2 de la propia LEC establece que el auto es el tipo de resolución judicial que debe dictarse para la ‘admisión o inadmisión de la prueba’”. Del mismo autor, vid. “El abogado como sujeto del interrogatorio en el proceso civil”, op.cit., página 943.

³⁴³ Vid. lo manifestado anteriormente en el apartado (10.4) del presente capítulo. En contra, FERNÁNDEZ SERRANO, Antonio, “El Secreto Profesional”, op.cit., páginas 128 a 131, quien pone de manifiesto el deber del abogado de mantener el silencio en el supuesto en el que se le exhorte a contestar, vulnerando el secreto profesional, excepto (y excepcionalmente), cuando el quebrantamiento del secreto profesional tenga cumplida justificación, en razón de la existencia de deberes más fuertes y de evitación de males mayores (no constituyendo un mal mayor la agresión del patrimonio del abogado).

vulnerando su secreto profesional? Entendemos que se trataría un supuesto de revelación ilícita y directa del secreto profesional por parte del abogado³⁴⁴, con los efectos que expondremos en los próximos capítulos, habida cuenta que la prueba practicada deberá ser considerada ilícita (o, cuanto menos, ilegal), o bien vulneradora del principio de buena fe procesal.

Cuando el abogado es el legal representante de la persona jurídica, y declara en su nombre, conociendo los hechos controvertidos, nótese que se respeta el alcance y contenido del artículo 309 LEC, por lo que podrá declarar en el acto del juicio. De hecho, PICÓ I JUNOY indica que “si en esta norma (artículo 309 LEC) se permite que el representante legal pueda delegar en un tercero la declaración de la persona jurídica, con mayor motivo lo podrá efectuar su abogado defensor en juicio que, además, resulta ser el representante legal de la misma³⁴⁵ .

Por otra parte, cuando el abogado pretende declarar en nombre de la parte persona jurídica, con base a un poder especial otorgado por la parte, indica acertadamente PICÓ I JUNOY que “la respuesta, en principio, debe ser negativa, ya que la clara voluntad del legislador es que declare la verdadera persona que intervino en los hechos litigiosos en nombre de la persona jurídica, excluyendo de esta forma la intervención de terceros que no tengan ese conocimiento directo, como sucede en caso del abogado”³⁴⁶ .

³⁴⁴ Vid. lo manifestado en el apartado (9.1) del presente capítulo.

³⁴⁵ Cita dicho autor la STSJ de Baleares (Sala de lo Social), de 22 de mayo de 2006 (EDJ 2006/81906), FJ 2º (permite declarar al abogado que es presidente de la comunidad de propietarios en nombre de dicha comunidad); y la SAP de Badajoz de 4 de mayo de 2004 (EDJ 2004/45521), FJ 2º, que permite declarar en nombre de la persona jurídica demandante a un tercero con poderes notariales que le facultan para absolver posiciones y confesar en juicio porque “era en definitiva quien tenía conocimiento de los hechos a que se refería la reclamación”.

³⁴⁶ En la misma línea MONTERO AROCA, Juan, “La prueba en el proceso civil”, op.cit., páginas 250 y 251, quien indica que se llegó a admitir jurisprudencialmente en la STS de 8 de junio de 1994 (RJ 1994\4902), FJ 2º (PICÓ I JUNOY añade las SSTs de 26 de noviembre de 1992, RJ 1992\9591, FJ 3º y 11 de diciembre de 1987, RJ 1987\9419, FJ 3º), e incluso se mantiene por parte de alguna sentencia aislada (SAP Cádiz, de 21 de enero de 2006, AC 2006\180, FJ 1º; SAP Barcelona 4 de octubre de 2004, JUR 2004\304521, FJ 1º y STSJ Navarra de 6 de febrero de 2006, RJ), aunque la

Finalmente, PICÓ I JUNOY³⁴⁷ critica cierta jurisprudencia menor que permite la declaración del abogado con poder especial, debido a que la ley no lo prohíbe expresamente³⁴⁸. Sin embargo, entendemos que si el legislador ha determinado expresamente diversas personas para que declaren en juicio en nombre de una persona jurídica es porque no quiere que declaren otras distintas. Por ello, no es posible que el abogado declare en nombre de una persona física, por mucho poder especial que pudiera tener otorgado a su favor³⁴⁹.

De igual modo, se destaca la condición de dicha declaración del abogado si la parte contraria no se opone al respecto, anunciando la indefensión que le pudiera causar³⁵⁰. Entendemos con PICÓ I JUNOY que, aunque no se de dicha denuncia “no debería admitirse la declaración del abogado que asume que no ha participado de los hechos litigiosos y no es el legal representante de la persona jurídica, por no permitirle el art. 309 LEC”³⁵¹.

11.4.- Testifical del abogado en el marco del procedimiento civil.

El abogado, en el ejercicio de su profesión, puede ser testigo de hechos que pueden ser objeto de prueba en un proceso posterior. Respecto al mismo, RIGÓ VALLBONA parte de la idea de que el “confidente necesario” no puede quebrantar el secreto profesional en ocasión de prestar declaración como testigo, y mantiene la misma postura que la expuesta en el marco del

línea mayoritaria deniega dicha posibilidad (STS 15 de julio de 2000, RJ 2000\6692, FJ 4º; SAP Madrid 21 de diciembre de 2000, JUR 2001\73653, FJ 6º).

³⁴⁷ PICÓ I JUNOY, Joan, “El abogado como sujeto del interrogatorio en el proceso civil”, op.cit., página 947.

³⁴⁸ SAP Valencia de 9 de septiembre de 2005 (EDJ 2005/204567), FJ 2º.

³⁴⁹ Cita PICÓ I JUNOY la SAP de Madrid, de 16 de noviembre de 2004 (EDJ 2004/231637), FJ 4º.

³⁵⁰ Cita PICÓ I JUNOY, Joan, “El abogado como sujeto del interrogatorio en el proceso civil”, op.cit., página 948, que cita las SAP de Madrid, de 14 de enero de 2005 (EDJ 2005/2508), FJ 3º, y SAP de 22 de julio de 2003 (EDJ 2003/97828), FJ 1º.

³⁵¹ PICÓ I JUNOY, Joan, “El abogado como sujeto del interrogatorio en el proceso civil”, op.cit., página 948.

interrogatorio de parte³⁵²: el abogado ligado al secreto profesional no puede declarar como testigo lo que sea objeto de los secretos que le hayan confiado sus clientes en el ejercicio de su profesión³⁵³. Recuerda en este punto que el secreto profesional no es en modo alguno un privilegio personal que ostentan los abogados para librarse del deber de declarar ante el Juez, sino que se pretende defender el interés general consistente en garantizar la confianza social en las funciones profesionales de que se trata.

Al respecto, el artículo 371.1 LEC establece que: “Cuando, por su estado o profesión, el testigo tenga el deber de guardar secreto respecto de hechos por los que se le interroga, lo manifestará razonadamente y el tribunal, considerando el fundamento de la negativa a declarar, resolverá, mediante providencia, lo que proceda en Derecho. Si el testigo quedare liberado de responder, se hará constar así en el acta”.

Como podemos comprobar, el precepto obliga al abogado a comparecer ante el Juez³⁵⁴, y le faculta³⁵⁵ para fundamentar y razonar su deber de mantener el secreto profesional, con anterioridad o simultáneamente al juramento o promesa de decir verdad³⁵⁶, fundamentación que entendemos

³⁵² RIGÓ VALLBONA, José, “El Secreto Profesional de Abogados y Procuradores en España”, op.cit., páginas 170 a 182. En similares términos, vid. FERNÁNDEZ SERRANO, Antonio, “El Secreto Profesional”, op.cit., páginas 128 a 131.

³⁵³ RIGÓ VALLBONA, José, “El Secreto Profesional de Abogados y Procuradores en España”, op.cit., página 180. No obstante, dicho autor distingue entre el testigo profesional (abogado que evacúa una consulta en el curso de la cual el cliente le revela o confía unos hechos determinados, supuesto en el que debe prevalecer el secreto profesional), del profesional testigo (el abogado que presencia casualmente unos hechos que comete ese mismo cliente, supuesto en el que el abogado no podrá alegar el secreto profesional para sustraerse de la obligación de declarar).

³⁵⁴ CHOZAS ALONSO, José Manuel, “El interrogatorio de testigos en los procesos civil y penal. Su práctica ante los Tribunales”, Editorial La Ley, Madrid, 2010, páginas 146 y 147.

³⁵⁵ ABEL LLUCH, Xavier, “Derecho probatorio”, Edit. J. M^a Bosch, Barcelona, 2012, página 596. Vid. STS de 9 de mayo de 2011 (RJ 2011\3846), FFJJ 1^o a 3^o.

³⁵⁶ RIGÓ VALLBONA, José, “El Secreto Profesional de Abogados y Procuradores en España”, op.cit., página 176, quien indica: “el profesional que se halle dispensado de declarar sobre unos hechos puede hacer valer ante el Juez o tribunal su condición antes de prestar el juramento, ya que éste sería inútil y formulariamente falso si jura decir

será esencialmente fáctica por parte del abogado (por ejemplo “efectivamente asesoré al Sr. X en el asunto objeto del procedimiento, asunto del que me considero dispensado o impedido de contestar, con base y fundamento al secreto profesional”³⁵⁷), quien asimismo podrá citar la normativa sobre la que descansa la institución del secreto profesional.

Cabe destacar que ninguna de las causas previstas en el artículo 377 LEC para tachar a los testigos incluye al profesional obligado al secreto que, a pesar de todo, declarará como testigo, siendo ésta una pretensión de *lege referenda* ya realizada en su día por RIGÓ VALLBONA³⁵⁸.

Llegados a este punto, seguiremos la sistemática adoptada por PICÓ I JUNOY³⁵⁹, al estar de acuerdo con la misma, y que analiza la declaración testifical por parte del abogado que no es letrado de ninguna de las partes en el procedimiento, así como la declaración testifical por parte del

todo lo que sabe de lo que fuere preguntado, y luego se niega a contestar a las preguntas invocando el deber de secreto profesional”.

³⁵⁷ Otra fórmula la ofrece la STS de 22 de febrero de 2011 (RJ 2011\3319), FJ 7º, en los siguientes términos, que se podría adaptar, con ciertos matices, porque el abogado llamado a declarar como testigo también era parte en el procedimiento: “Considero que dado que soy parte, estoy inhabilitado para actuar como testigo [...] podría provocar una nulidad de actuaciones, dado que, he sido parte, he contestado a la demanda y he estado presente en todas las declaraciones previas. Solicito que se me releve de la obligación de declarar como testigo, a más, de que podría haber una indefensión o provocar una contradicción [...] Considero que mi testimonio, de haberlo, estaría viciado, y solicito que se me releve de la obligación de declarar como testigo, a más, de que podría haber una indefensión o provocar una contradicción, ya que, como testigo tendría obligación de decir verdad, mientras que como abogado evidentemente no tengo esa obligación, con lo cual se podía haber comprometido mi tarea profesional, por lo que solicito se me releve de la declaración como testigo”.

³⁵⁸ RIGÓ VALLBONA, José, “El Secreto Profesional de Abogados y Procuradores en España”, op.cit., páginas 181 y 182, quien destaca que tampoco era causa de tacha en el artículo 660 LEC 1881.

³⁵⁹ PICÓ I JUNOY, Joan, “El abogado como sujeto del interrogatorio en el proceso civil”, op.cit., páginas 941 a 948; del mismo autor, “3ª Idoneidad del abogado como testigo interrogado. ¿Puede pedirse el interrogatorio de un abogado? ¿Y la declaración testifical del abogado de la parte contraria? En caso afirmativo: ¿Cuáles son los límites de la declaración del abogado?”, op.cit., páginas 178 a 184.

abogado de la propia parte y finalmente la declaración testifical por parte del abogado de la parte contraria. Así:

- i.- *Declaración testifical por parte del abogado que no es letrado de ninguna de las partes en el procedimiento.*

En este supuesto, entiende PICÓ I JUNOY que el abogado podrá³⁶⁰ declarar libremente sobre aquellos hechos controvertidos cuyo conocimiento haya adquirido fuera del ejercicio de su profesión³⁶¹.

Como bien destaca PICÓ I JUNOY, el problema surge cuando se le pide al abogado que declare sobre los hechos que conozca por razón de su actividad profesional, esto es, por los hechos que inciden dentro del secreto profesional. En este supuesto, resulta de aplicación el artículo 371.1 LEC, según el cual el Juez, tras escuchar lo que razonadamente le manifieste el abogado, debería inadmitir la pregunta, pues a efectos probatorios estamos ante una “actividad prohibida por la ley” (artículo 283.3 LEC en relación con el artículo 542.3 LOPJ), inadmisión que deberá constar en auto, y no en providencia, como indica el artículo 371.1 LEC³⁶².

³⁶⁰ Nótese que la alegación de secreto profesional se configura como una facultad del testigo, como advierte CHOZAS ALONSO, José Manuel, “El interrogatorio de testigos en los procesos civil y penal. Su práctica ante los tribunales”, op.cit., página 147.

³⁶¹ PICÓ I JUNOY, Joan, “El abogado como sujeto del interrogatorio en el proceso civil”, op.cit, página 942, quien pone los siguientes ejemplos sobre los que el abogado puede declarar: (i) cuando varios letrados intervienen en operaciones de compraventas y otras negociaciones entre los futuros litigantes y se desea conocer las concretas actuaciones realizadas por aquellos para determinar la responsabilidad de cualquiera de ellos (supuesto de la SAP de Bizkaia de 9 de marzo de 2006, AC 2006\772, FJ 6º); (ii) declaración del abogado en el marco del procedimiento en el que se exige responsabilidad al procurador, donde puede ser relevante la declaración del abogado que intervino junto a él en la postulación procesal del reclamante (supuesto de la SAP de Alicante, de 17 de noviembre de 1999, La Ley 163730/1999) ffjj 1º y 2º); o (iii) la declaración testifical del abogado que redacta un convenio regulador de separación en el posterior proceso de nulidad de dicho convenio (supuesto de la SAP de Cantabria, de 20 de octubre de 1993, EDJ 1993/13690, fj 1º).

³⁶² PICÓ I JUNOY, Joan, “El abogado como sujeto del interrogatorio en el proceso civil”, op.cit., nota 9 de la página 943, quien indica acertadamente que “aunque el art. 371.1 LEC establezca que la inadmisión tendrá lugar por ‘providencia’, al tratarse de la

Como bien señala MONTERO AROCA³⁶³, también cabe que sea el propio tribunal el que rechace la pregunta por considerar que la misma significa desconocer el deber de secreto.

En cualquiera de los dos supuestos anteriores (tanto si el propio declarante manifiesta su deber de guardar secreto, o bien si de oficio lo aprecia el tribunal), MONTERO AROCA indica que debe constar en el acta la pregunta y la decisión del tribunal, con la protesta del caso (artículo 269 LEC).

No obstante, en este supuesto, estimo que la parte proponente de la prueba testifical deberá tener la oportunidad procesal de formular qué preguntas tenía intención de formular al testigo, con el objeto de que el tribunal pueda determinar las preguntas pertinentes o impertinentes, y también con el objeto de que, en el supuesto en el que existan ulteriores recursos (por ejemplo, apelación), la instancia superior tenga los elementos de prueba suficientes para determinar si el testigo podía o no podía responder a las preguntas concretas.

Ahora bien: ¿Qué sucede si el abogado no indica nada (no aplica el artículo 371.1 LEC y simplemente declara sobre los hechos objeto de secreto profesional? Entendemos que en este supuesto existe una vulneración del secreto profesional, por su revelación directa y, en consecuencia, la prueba practicada sería ilícita, al estar el secreto

limitación de un derecho fundamental –el derecho a la prueba- debería dictarse una resolución judicial debidamente motivada, esto es, un auto, máxime cuando el artículo 206.2 de la propia LEC establece que el auto es el tipo de resolución judicial que debe dictarse para la ‘admisión o inadmisión de la prueba’’. Por su parte, DE URBANO CASTILLO, Eduardo, “La testifical del abogado como prueba ilícita”, Actualidad Jurídica Aranzadi número 521, Febrero 2002, páginas 2 a 5 (Referencia Aranzadi BIB 2001\2202), admite que la declaración del abogado vulnerando el secreto profesional podría ser considerada prueba ilícita, pero indica que habrá que valorarse en cada caso concreto la estricta necesidad de limitar el derecho fundamental, ponderando el sacrificio de su limitación en aras de otro derecho o interés relevante.

³⁶³ MONTERO AROCA, Juan, “La prueba en el proceso civil”, op.cit., página 402.

profesional estrechamente vinculado con los arts. 18 y 24 CE, a tenor de lo dispuesto en el apartado 4 del presente capítulo³⁶⁴.

Por otra parte, ¿Qué sucede si el Juez, a pesar de la motivación razonada y fundada del abogado, le insta a que declare sobre los hechos objeto de secreto profesional? Estamos de acuerdo con PICÓ I JUNOY, quien manifiesta que la declaración que realice el abogado en dicho supuesto es válida si bien difícilmente podrá exigirse responsabilidad al abogado por declarar por mandato judicial³⁶⁵. También estamos de acuerdo con ABEL LLUCH, quien entiende que no podría imputarse al abogado un delito de desobediencia, pues tal sanción de se reserva para los supuestos de la negativa del deber de comparecer (artículo 292.2 LEC), mediando una segunda citación, pero no se refiere al deber de declarar³⁶⁶.

ii.- *Declaración testifical por parte del abogado de la propia parte.*

PICÓ I JUNOY³⁶⁷ plantea la duda razonable de si se debe admitir o no dicha prueba, habida cuenta que el abogado se puede confundir

³⁶⁴ Sin embargo, la cuestión no es pacífica; por ejemplo, vid. PICÓ I JUNOY, Joan, “El abogado como sujeto del interrogatorio en el proceso civil”, op.cit., página 943, quien indica que “entiendo que lo declarado es válido a efectos de prueba (salvo que la declaración vulnere el derecho a la intimidad del cliente, supuesto en el que dicho autor considera que la prueba sería ilícita, pero por vulneración del artículo 18 CE) básicamente porque no se ha vulnerado ningún derecho fundamental que vicie de nulidad la prueba”.

³⁶⁵ PICÓ I JUNOY cita a RIFÁ SOLER, “Comentario al artículo 371 LEC”, en la obra colectiva *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo II, Fernández Ballesteros, M.A., Rifá J.M., y Valls, J.F. (Directores), Editorial Iurgium-Atelier, Barcelona, 2001, página 1719, quien entiende que el abogado deberá colaborar con la administración de justicia en aplicación del deber contenido en el artículo 17.1 LOPJ; asimismo, dicho autor cita (comprobada por este autor) a DÍAZ FUENTES, “La prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, Edit. J. M^a Bosch, Barcelona, 2002, página 327, quien indica que el abogado estaría exonerado de responsabilidad civil, al no constar el requisito de la voluntariedad.

³⁶⁶ ABEL LLUCH, Xavier, “Derecho probatorio”, op.cit., página 596.

³⁶⁷ PICÓ I JUNOY, Joan, “El abogado como sujeto del interrogatorio en el proceso civil”, op.cit., páginas 944 y 945.

con la propia parte, y pone el ejemplo práctico del abogado que es copropietario de la Comunidad de Vecinos y conoce directamente los hechos controvertidos. Si bien es cierto que MUÑOZ SABATÉ³⁶⁸ le considera un testigo *suspectus*, lo cierto es que, a falta de norma que impida o prohíba su declaración, ésta debe ser admitida, con las cautelas del artículo 371.1 LEC, y ello por aplicación del derecho a la prueba reconocido en el artículo 24.2 CE³⁶⁹.

Asimismo, PICÓ I JUNOY añade dos matices interesantes, con los que estamos de acuerdo: El abogado declarante como testigo puede prestar declaración porque otro compañero le pregunta en el acto de la vista y él responde, o bien declara de forma descriptiva, y salva la previsión del artículo 368 LEC indicando que, si bien es cierto que dicho precepto prevé que al testigo se le formularán “preguntas”, no es menos cierto que ello es así porque el legislador preveía que siempre pensó en la declaración testifical de una tercera persona, distinta del abogado de las partes. Y el segundo matiz es que dicho autor propone que se altere el orden de la práctica de la prueba, solicitando que se practique primero se practique el interrogatorio del abogado y luego el resto de la prueba, y ello con el objeto de evitar la declaración de alguien que ha estado presente en el interrogatorio de las partes y puede estar presente en la declaración de otros testigos, conociendo el alcance de dichas declaraciones^{370/371}.

³⁶⁸ MUÑOZ SABATÉ, Lluís, “Fundamentos de prueba judicial civil LEC 1/2000”, Edit. J. M^a Bosch, Barcelona, 2001, página 359.

³⁶⁹ De hecho, PICÓ I JUNOY, Joan, “El abogado como sujeto del interrogatorio en el proceso civil”, op.cit., nota 13 de la página 944, cita la SAP de Toledo, de 21 de mayo de 2001 (ARP 2001\382), FFJJ 1º y 2º, que correctamente estima el recurso de apelación por denegarse la declaración testifical de la abogada del acusado por dos motivos: porque la testigo no era la abogada del acusado en el acto del juicio, habiéndose limitado a asistirle en su primera declaración como imputado; y porque su testimonio no se refería a hechos conocidos o confiados en su calidad de defensora (esto es, a hechos objeto de secreto profesional), ya que su información sobre el hecho enjuiciado se debía a la circunstancia de que fue testigo presencial del mismo.

³⁷⁰ Supuesto de la STS (Sala de lo Penal) de 21 de diciembre de 2005 (RJ 2006\587), FJ 4º.

iii.- *Declaración testifical por parte del abogado de la parte contraria.*

Sobre este particular, PICÓ I JUNOY³⁷² pone de manifiesto que es admisible su declaración, si bien el Juez deberá denegar aquellas preguntas que incidan sobre el deber de guardar secreto (artículo 371.1 LEC, en relación con los artículos 283.3 LEC y 542.3 LOPJ)³⁷³, aunque con un importante matiz, consistente en la consecuencia de la infracción de dicho deber, pues en la medida en que se obligue al letrado a declarar hechos que perjudiquen a su cliente se limitará el ejercicio de su derecho fundamental a la defensa, por lo que la declaración será nula a efectos probatorios por su carácter ilícito (artículos 11.1 LOPJ y 287.1 LEC).

11.5.- Prueba pericial.

Cabe la posibilidad de que en el marco del proceso, se deba ilustrar al Juez sobre una materia muy concreta en la que un abogado sea especialista (por ejemplo, que sea necesario informar sobre la mecánica de impuestos especiales para determinar la responsabilidad civil de una de las partes), o bien que el abogado español conozca el derecho inglés y, en consecuencia, deba emitir informe pericial sobre su alcance y contenido.

Es éste un supuesto contemplado por RIGÓ VALLBONA³⁷⁴ y, en el ámbito civil, el artículo 342 LEC establece que el perito designado judicialmente dispone de un plazo de dos días para que manifieste si acepta el cargo. Consiguientemente si el perito-abogado estima que, al realizar la pericia, vulnerará el secreto profesional, entonces no deberá aceptar la pericia.

³⁷¹ En contra de la citada opinión, vid. ABEL LLUCH, Xavier, “Derecho probatorio”, op.cit., páginas 594 y 595.

³⁷² PICÓ I JUNOY, Joan, “El abogado como sujeto del interrogatorio en el proceso civil”, op.cit., página 945.

³⁷³ Recuerda dicho autor el artículo 416.2 LECrim que, para el procedimiento penal, que dispensa de la obligación de declarar al “abogado del procesado respecto a los hechos que éste le hubiese confiado en su calidad de defensor”.

³⁷⁴ RIGÓ VALLBONA, José, “El Secreto Profesional de Abogados y Procuradores en España”, op.cit., páginas 182 a 186.

En el caso en que el perito-abogado nada indique y, con su pericia, vulnere el secreto profesional, entonces nos hallaremos ante una revelación ilícita y directa del mismo (o incluso cabría la revelación indirecta del mismo), tal y como se ha expuesto en el apartado 9 del presente capítulo.

CAPÍTULO TERCERO

LA VULNERACIÓN DEL SECRETO PROFESIONAL DEL ABOGADO COMO PRUEBA ILEGAL EN EL PROCEDIMIENTO CIVIL

1.- Introducción.

En los capítulos anteriores hemos descrito la relación existente entre el cliente y su abogado, haciendo énfasis en el deber de secreto profesional del abogado, examinando su contenido y alcance.

Por ello, estimamos (y ello será objeto de análisis en los próximos capítulos de la presente obra) que la prueba que se proponga por cualquiera de las partes y que vulnere el secreto profesional del abogado debe ser desestimada por el Juez, al ser dicha prueba ilegal (en aplicación de lo dispuesto en el artículo 283.3 LEC). Además, en el supuesto en que dicha prueba sea admitida por el Juez, defenderemos que la misma debe ser considerada ilícita, por haberse obtenido vulnerando un derecho fundamental (en aplicación de lo dispuesto en el artículo 287 LEC, en relación con los arts. 18 y 24 CE) y, en cualquier caso, estimamos que la proposición y/o práctica de dicha prueba vulnera la buena fe procesal (artículo 247 LEC).

Estudiaremos en primer lugar el criterio para admitir o inadmitir una prueba que vulnere la ley (artículo 283.3 LEC) porque entendemos que dicho precepto se aplica con anterioridad al 287 LEC, esto es, el primero se aplica en el momento en que el Juez estima o desestima los diferentes medios de prueba propuestos por las partes, mientras que el artículo 287 LEC se aplica una vez la prueba es admitida por parte del tribunal³⁷⁵.

Con ello, defenderemos la tesis de que, en el procedimiento civil, la vulneración de un derecho fundamental es tan grave que la propia LEC

³⁷⁵ Como expresamente indica el propio artículo 287 LEC, que establece que “cuando alguna de las partes entendiera que en la obtención u origen de alguna prueba *admitida* se han vulnerado derechos fundamentales habrá de alegarlo de inmediato, con traslado, en su caso, a las demás partes” (la cursiva es nuestra).

ofrece dos filtros para evitar el éxito de dicha vulneración: el primero de ellos lo ofrece el artículo 283.3 LEC cuando dice que “nunca se admitirá como prueba cualquier actividad prohibida por la ley”, aplicable en la fase de admisión o inadmisión de los medios de prueba por parte del Juez y aplicable a cualquier infracción legal, esto es, también a derechos fundamentales; y el segundo filtro opera para aquellos supuestos en los que la prueba admitida vulnera derechos fundamentales, siendo tan grave dicha vulneración, que la propia LEC ofrece una segunda oportunidad procesal para eliminar dicha prueba del procedimiento, abriéndose el incidente regulado en el artículo 287 LEC.

2.- Distinción entre prueba ilegal y prueba ilícita en la doctrina científica.

A falta de jurisprudencia reiterada del TS³⁷⁶ que claramente distinga los artículos 283.3 y 287 LEC, debemos acudir a la doctrina científica para estudiar qué posturas se han adoptado para diferenciar ambos preceptos:

2.1.- Autores que no comparan los artículos 283.3 y 287 LEC.

En primer lugar, existen diversos autores que no resaltan la aparente antinomia contenida en los artículos 283.3 y 287 LEC, sino que se limitan a examinar el tratamiento de la prueba ilícita que realiza la LEC como un cuerpo único.

VILLAGÓMEZ CEBRIÁN³⁷⁷ cita el artículo 287 LEC, e indica que recoge el concepto estricto de prueba ilícita contemplado en el artículo 11.1 LOPJ.

Tampoco comparan ambas normas GÓMEZ DE LIAÑO³⁷⁸, FONT SERRA³⁷⁹, ORTIZ BLASCO, ni QUINTANS GARCIA³⁸⁰.

³⁷⁶ En el sentido del artículo 1.6 CC, puesto que existe la STS de 29 de marzo de 2007 (RJ 2007\1760), FJ 2º, que indica que el artículo 283.3 LEC contiene un criterio de legalidad ordinaria para admitir la prueba, en contra, como veremos, de la doctrina mayoritaria, que sostiene que el artículo 283.3 LEC recoge el principio de legalidad procesal en materia probatoria.

³⁷⁷ VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, Marco, en AAVV (Coord. Cortés Domínguez, Valentín y Moreno Catena, Víctor), “La Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, Tomo III, “La prueba, los recursos”, Editorial Tecnos, 2000, página 35.

Por su parte, ASECIO MELLADO no incluye el criterio de legalidad o ilicitud como un criterio de admisión del medio de prueba propuesto, sino que indica que los criterios de inadmisión de los medios de prueba son únicamente la impertinencia y la inutilidad de la prueba propuesta³⁸¹.

2.2.- Autores que equiparan los artículos 283.3 y 287 LEC.

Existe otra corriente doctrinal que equipara la aplicación de los artículos 283.3 y 287 LEC, al defender que cualquier prueba que se haya obtenido en vulneración de derechos fundamentales debe ser inadmitida por el Juez con base y fundamento a ambos preceptos.

Así, VILLAVERDE FERREIRO³⁸² asimila ambas normas y postula la inadmisión de la prueba si la misma se ha obtenido vulnerando derechos fundamentales reconocidos en la Constitución. En la misma línea cabe citar a GARBERÍ LLOBREGAT³⁸³, quien entiende incluida la inadmisibilidad de aquellos medios probatorios que recaigan sobre fuentes de prueba obtenidas mediante la violación de derechos fundamentales.

³⁷⁸ GÓMEZ DE LIAÑO, Fernando, “Derecho Procesal Civil”, Tomo I, Editorial Forum, Oviedo, 2000, página 297.

³⁷⁹ FONT SERRA, Eduardo, “La prueba en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, publicado en la revista “Otrosí”, suplemento enero 2001, página 5.

³⁸⁰ ORTIZ BLASCO, Joaquín y QUINTANS GARCÍA, Jacobo, “Estudios sobre la Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000, de 7 de enero)”, edita el Il.lustre Consell de Col.legis Oficials de Graduats Socials de Catalunya, 2000, páginas 292 y 293.

³⁸¹ ASECIO MELLADO, José M^a, “Derecho Procesal Civil”, 2^a Edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, páginas 121 y 122.

³⁸² VILLAVERDE FERREIRO, Jaime, en AAVV (Director, Lledó Yagüe, Francisco), “Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, Editorial Dykinson, 2000, página 314.

³⁸³ GARBERÍ LLOBREGAT, José, “Los procesos civiles”, Volumen 3^o, Edit. J. M^a Bosch, 2001, páginas 27 y 28. Del mismo autor, “Derecho procesal civil. Procesos declarativos y procesos de ejecución”, 2^a edición, Edit. J. M^a Bosch, Barcelona, 2012, página 406.

Por otra parte, AGUADO y ESCOLÀ³⁸⁴ reconducen el artículo 283.3 LEC al artículo 287 LEC. En la misma línea, SARAZA JIMENA³⁸⁵ indica que el Juez puede inadmitir la prueba propuesta por las partes cuando “consista en una actividad prohibida por la ley (artículo 283.3)”, para añadir seguidamente que “relacionado con este último inciso está la cuestión de la prueba ilícita”.

Por nuestra parte, compartimos la idea de que cualquier prueba que se proponga en vulneración de derechos fundamentales debe ser inadmitida por el Juez, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 283.3 LEC. No obstante, entendemos que no se pueden equiparar sin más o no comparar el artículo 283.3 LEC con el artículo 287 LEC, ya que, en primer lugar, dichos artículos se refieren a dos momentos procesales distintos, pues nótese que el artículo 283 LEC se debe tener en consideración por el Juez en el momento de admitir las pruebas propuestas por las partes³⁸⁶, mientras que el artículo 287 LEC se refiere a la prueba ya admitida por el Juez³⁸⁷. Y en segundo lugar, porque su ámbito de aplicación es diferente, mientras el artículo 283.3 LEC se refiere a la “ley”, el artículo 287 LEC se refiere a “derechos fundamentales”. Por ello, el artículo 283.3 LEC incluye los derechos fundamentales³⁸⁸, así como la legalidad

³⁸⁴ AGUADO, Arturo y ESCOLÀ, María Elisa, “Introducción a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, Edit. J. Mª Bosch, 2001, página 114.

³⁸⁵ SARAZA JIMENA, Rafael, “La prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, en *Jueces para la Democracia*, número 39, noviembre de 2000, página 60.

³⁸⁶ Constituye un mandato que impone el legislador al Juez, al indicar expresamente que “nunca se admitirá como prueba cualquier actividad prohibida por la ley” (artículo 283.3 LEC).

³⁸⁷ Dicho precepto dice en su punto primero que “cuando alguna de las partes entendiera que en la obtención u origen de alguna prueba admitida se han vulnerado derechos fundamentales [...]”.

³⁸⁸ La inadmisión, con base en el artículo 283.3 LEC, de pruebas que vulneran derechos fundamentales es el criterio utilizado en la SAP de Cantabria, de 22 de marzo de 2005 (La Ley 67247/2005), FJ 2º, y en la SAP de Córdoba de 1 de diciembre de 2003 (La Ley 198685/2003), FJ 2º.

ordinaria, mientras que la lectura del artículo 287 LEC se debe restringir necesariamente al ámbito de los derechos fundamentales.

2.3.- Autores que sostienen que el artículo 283.3 LEC recoge el principio de legalidad procesal en materia probatoria.

Cabe indicar en primer lugar que la presente tesis es la defendida por la doctrina mayoritaria a la hora de analizar el artículo 283.3 LEC. Como veremos, la misma es defendida por numerosos autores, y encuentra encaje en varias resoluciones jurisprudenciales, a las que haremos referencia.

Así, debemos destacar a PICÓ I JUNOY³⁸⁹, quien indica que el artículo 283.3 LEC se limita a recoger el principio de legalidad procesal en materia probatoria, esto es, la sumisión del juez al procedimiento probatorio legalmente previsto y, en consecuencia, el artículo 283.3 LEC no establece un concepto amplio de prueba ilícita (equiparando el mismo a la violación de cualquier ley), sino que sólo se limita a establecer una pauta de conducta al Juez en orden a evitar que puedan infringirse las normas de procedimiento, permitiendo la admisión de pruebas en contra de lo previsto en la LEC³⁹⁰. Es decir, dicho precepto se dirige al Juez para que cuide que se admitan aquellas pruebas propuestas conforme a lo estipulado en la LEC.

³⁸⁹ PICO I JUNOY, Joan, “La prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, publicado en la revista “Iuris”, número 36, febrero 2000, página 39. Además, dicho autor ya se pronunció en ese sentido en “La Prueba en el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil”, publicado en el diario “La Ley”, número 4789, de 5 de diciembre de 1999, Referencia La Ley D-119/99, página 1829.

³⁹⁰ Vid. PICÓ I JUNOY, Joan, “La prueba ilícita y su control judicial en el proceso civil”, en la obra colectiva *El Tribunal Supremo, su doctrina legal y el recurso de casación*, Madrid, Iustel, 2007, páginas 867 a 899. Dicho autor, en la página 870 ofrece los siguientes ejemplos de pruebas que deberían ser inadmitidas por aplicación del artículo 283.3 LEC: “el interrogatorio del colitigante respecto del cual no exista en el proceso oposición o conflicto de intereses con el otro colitigante que solicita su interrogatorio –art. 301.1 LEC-; el informe elaborado por profesionales de la investigación privada que no estén legalmente habilitados – art. 265.1.5º LEC-; la aportación extemporánea de un documento o dictamen pericial de parte sin que exista una norma de cobertura que lo permita – arts. 269, 270 y 336 LEC-; etc.”.

Así, PICÓ I JUNOY³⁹¹ se plantea si, con base en el artículo 283.3 LEC, el tribunal debe inadmitir cualquier prueba que vulnere la legalidad ordinaria, negando dicha posibilidad con base a dos argumentos:

- i.- *Voluntas legislatoris* de la LOPJ: el legislador, al preparar el artículo 11.1 LOPJ quiso que la única limitación expresa de la ineficacia de una prueba fuese la obtenida infringiendo derechos fundamentales. Por ello, el derecho a la prueba se halla constitucionalizado al máximo nivel, lo que conduce a dicho autor a la conclusión de que no existe interdicción del resto de las pruebas, esto es, las ilegales³⁹².
- ii.- Por la propia configuración constitucional del derecho a la prueba como fundamental (art. 24.2 CE): así, el carácter fundamental que la Constitución otorga al derecho a la prueba, así como el interés del Estado en ofrecer una tutela judicial efectiva, permiten al órgano jurisdiccional apreciar y valorar la prueba ilegal, todo ello sin perjuicio de la responsabilidad civil, penal o disciplinaria en que haya podido incurrir la persona que lleve a cabo tal irregularidad³⁹³.

Además, dicho autor cita el FJ 4º de la STC 114/1984, de 29 de noviembre, cuando afirma que “[...] Estas últimas (las

³⁹¹ PICÓ I JUNOY, Joan, “La prueba ilícita y su control judicial en el proceso civil”, op.cit., páginas 871 a 873. Podemos citar del mismo autor, y con el mismo título, esto es, “La prueba ilícita y su control judicial en el proceso civil”, en AAVV *Aspectos Prácticos de la Prueba Civil*, (ABEL LLUCH, Xavier y PICÓ I JUNOY, Joan, Coordinadores), Edit. J. M^a Bosch, Barcelona, 2006, páginas 19 a 24.

³⁹² Para un profundo estudio sobre los trabajos parlamentarios de la LOPJ y su artículo 11.1, vid. PICÓ I JUNOY, Joan, “El derecho a la prueba en el proceso civil”, op.cit., páginas 311 a 315.

³⁹³ Defiende, en consecuencia, PICÓ I JUNOY, que nos hallamos ante un acto procesal irregular pero no ineficaz, remitiéndose al apartado del libro de SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, “Actos procesales irregulares”, incluido en *Estudios de Derecho Procesal*, Editorial Ariel, Barcelona, 1969, páginas 468 a 477, para quien “el acto irregular es incorrecto, pero aun advertida de oficio o por las partes su incorrección no se perjudica su eficacia”.

garantías –por el ordenamiento en su conjunto- de las situaciones jurídicas subjetivas de los ciudadanos) acaso puedan ceder ante la primera (la necesaria procuración de la verdad en el proceso) cuando su base sea estrictamente infraconstitucional, pero no cuando se trate de derechos fundamentales que traen su causa, directa e inmediata, de la norma primera del ordenamiento”³⁹⁴.

En la misma tesis encontramos también ABEL LLUCH³⁹⁵, ASENCIO MELLADO³⁹⁶, CORTÉS DOMÍNGUEZ³⁹⁷, DÍAZ FUENTES³⁹⁸, FERNÁNDEZ URZAINQUI³⁹⁹, GIMENO

³⁹⁴ Vid. PICÓ I JUNOY, Joan, “La prueba ilícita y su control judicial en el proceso civil”, op.cit., página 873, que cita la siguiente doctrina jurisprudencial: (i) SAP Barcelona, de 3 de noviembre de 1992, acerca de la aportación de una carta lograda mediante engaño, y tras recoger la doctrina constitucional según la cual “no existe en nuestro sistema un derecho fundamental autónomo a que no se propongan en contra pruebas de origen o desarrollo antijurídico”, afirma que “ninguna infracción de derecho fundamental se advierte en este proceso (civil) [...] por el hecho de que un detective siguiera por la calle a una persona sospechosa e informara de sus salidas o porque con engaño, hubiera obtenido de ella una carta”; (ii) ATS 18 de junio de 1992, FJ 4º, que establece que “como no toda infracción de las normas procesales reguladoras de la obtención y práctica de pruebas puede conducir a esa imposibilidad (de valoración de las pruebas obtenidas con infracción de derechos fundamentales), hay que concluir que sólo cabe afirmar que existe prueba “prohibida” (ilícita) cuando se lesionan los derechos que la Constitución ha proclamado como fundamentales”; y (iii) STS 2 de julio de 1993 (RJ 1993\5703), FJ. Único.

³⁹⁵ ABEL LLUCH, Xavier, “Derecho probatorio”, Edit. J. Mª Bosch, 2012, páginas 285 y 286.

³⁹⁶ ASENCIO MELLADO, José María, “Derecho Procesal Civil”, Parte Primera, Editorial Tirant lo Blanch, 2000, página 261. Del mismo autor, “Guía Práctica de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, editorial La Ley, 2001, página 143, y “La prueba”, en *Proceso Civil Práctico*, Tomo IV, 4ª Edición, Editorial La Ley, Madrid, 2010, página 51.

³⁹⁷ CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, “Derecho Procesal Civil. Parte General”, 6ª Edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, página 219.

³⁹⁸ DÍAZ FUENTES, Antonio, “La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil”, 3ª Edición, Edit. J. Mª Bosch, Barcelona, 2012, página 82.

SENDRA⁴⁰⁰, LÓPEZ SIMÓ⁴⁰¹, MARTÍN OSTOS⁴⁰², MONTERO AROCA⁴⁰³, y SEOANE SPIEGELBERG⁴⁰⁴, así como diversos pronunciamientos jurisprudenciales⁴⁰⁵.

³⁹⁹ FERNÁNDEZ URZAINQUI, Francisco Javier, “Comentario al artículo 283”, en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, coordinadores Miguel Angel Fernández-Ballesteros, José María Rifá Soler y José Francisco Valls Gombau, Iurgum editores y Atelier Editorial, S.L., Barcelona, 2001, páginas 1312 y 1313.

⁴⁰⁰ GIMENO SENDRA, Vicente, “Derecho Procesal Civil, I. El proceso de declaración, parte general”, 4ª Edición, Editorial Colex, Madrid, 2012, página 409, quien indica que “el art. 283.3 ordena (no sin cierta redundancia, puesto que si la Ley lo prohíbe el juzgador está sujeto al principio de legalidad) al Tribunal a excluir del objeto de la prueba la actividad legalmente prohibida.”

⁴⁰¹ LÓPEZ SIMÓ, Francisco, “Disposiciones generales sobre la prueba (análisis de los artículos 281 a 298 y concordantes de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil)”, editorial La Ley, 2001, páginas 89 a 94.

⁴⁰² MARTIN OSTOS, “Del objeto, necesidad e iniciativa de la prueba. De la proposición y admisión. De otras disposiciones generales sobre la práctica de la prueba”, en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo II, dirigidos por A. M. Lorca Navarrete, Editorial Lex Nova, 2000, páginas 1763 a 1765.

⁴⁰³ MONTERO AROCA, Juan, “La Prueba en el Proceso Civil”, Editorial Civitas, 7ª Edición, 2012, página 158.

⁴⁰⁴ SEOANE SPIEGELBERG, José Luis, “La Prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000. Disposiciones Generales y Presunciones”, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2ª Edición, 2007, páginas 307 y 308.

⁴⁰⁵ Vid. SAP Madrid de 24 de julio de 2009 (JUR 2009\361380), FJ 13º, que indica lo siguiente “Sin embargo, no pueden desconocerse las incertidumbres que suscita el artículo 283.3 Ley de Enjuiciamiento Civil al disponer "Nunca se admitirá como prueba cualquier actividad prohibida por la ley". En apariencia, de este precepto podría extraerse la conclusión de que se ha ampliado el alcance de la prueba ilícita, y que se entiende comprendida en esta noción cualquier medio de prueba obtenido o practicado con vulneración de cualquier precepto legal. Frente a quienes interpretan que la ley procesal se sirve de un concepto amplio de prueba ilícita, como toda actividad prohibida por la ley, incluso ordinaria, el artículo 283 se circunscribe a establecer un criterio de admisión de medios de prueba, como se sigue de la propia rúbrica, relativa a la "impertinencia o inutilidad de la actividad probatoria". El Juez sólo puede admitir aquellos medios de prueba que sean pertinentes y útiles, de acuerdo con los conceptos que de estas cualidades proporcionan los apartados 1 y 2 del artículo 283 Ley de

Enjuiciamiento Civil, y además, que no esté prohibida por la ley (artículo 283 apartado 3 LEC).

En consecuencia, sólo están prohibidos aquellos medios obtenidos con vulneración de un derecho fundamental. En definitiva, el artículo 283 circunscribe su alcance y eficacia a enunciar el principio de legalidad procesal en materia probatoria; es decir, el deber del Juez de observar y hacer observar el procedimiento probatorio legalmente previsto.

Desde esta perspectiva, la Sentencia Audiencia Provincial Madrid, Sección 10ª, 13 de mayo 2008, recurso 236/2008 reseña "el artículo 283.3 Ley de Enjuiciamiento Civil no establece un concepto amplio de prueba ilícita, equiparándola a la violación de cualquier norma legal, sino que sólo se limita a establecer una pauta de conducta destinada al juzgador en orden a evitar que puedan infringirse las normas de procedimiento, permitiendo la admisión de pruebas en contra de lo previsto en la LEC 1/12000. Si el proceso se concibe -como parece abonado- como el medio para resolver jurisdiccionalmente los conflictos intersubjetivos, que se halla disciplinado jurídicamente por un conjunto de normas y principios, fácilmente se concluye que todo acto que infrinja dicho sistema debe ser excluido del mismo. En esta línea, la doctrina procesalista subraya que «el proceso discurre desde su nacimiento hasta su terminación por cauces previamente fijados» por lo que cuando «se desvía de los moldes jurídicos marcados por el procedimiento y se desliza al margen de los mismos, los actos procesales son ineficaces». A criterio de esta Sección, es ésta la noción de prueba ilícita acorde a nuestro marco constitucional. El derecho a utilizar los medios probatorios pertinentes para la defensa obliga a mantener un concepto de prueba ilícita lo más restrictivo posible al objeto de permitir que el mencionado derecho despliegue su mayor eficacia y virtualidad. Ello comporta limitar el alcance de la prueba ilícita a la obtenida o practicada con infracción de derechos fundamentales. En este sentido, se ha destacado con acierto que el rango constitucional del derecho a la prueba permite, en principio, pronunciarse en favor de la admisibilidad de las pruebas aun cuando se hayan obtenido con vulneración de algún derecho o normas de carácter o rango inferior al constitucional. Esto es, los límites del derecho a la prueba, consagrado en la constitución, determinan que únicamente puedan reputarse ilícitos y no admisibles en el proceso aquellos medios de prueba en cuya obtención se violen derechos fundamentales de rango equivalente o mayor que el derecho a la prueba".

Por lo tanto, si los derechos fundamentales constituyen los pilares básicos sobre los que se asienta nuestro ordenamiento jurídico, las pruebas obtenidas con (o mediante) su vulneración deben ser rechazadas. De este modo, los medios de prueba obtenidos con vulneración de una norma que no tiene dicho rango constitucional, y que en sentido amplio podrían considerarse "ilegales", pueden ser admitidos y valorados en función de la configuración constitucional del derecho a la prueba como fundamental (artículo 24.2 CE). Cuando en la adquisición del material probatorio no se infrinja ningún derecho fundamental, el medio de que se trate podrá ser, en principio, libremente valorado por el juzgador al realizar la fundamentación fáctica de la sentencia, sin perjuicio de que la responsabilidad civil, penal o disciplinaria en que haya podido incurrir la persona que

Compartimos parcialmente la presente tesis, ya que defendemos que el artículo 283.3 LEC establece un criterio de legalidad para que el tribunal admita las pruebas propuestas por las partes, como exponemos al final del presente capítulo. Así, entendemos que, de pretender el legislador una remisión a la propia LEC (y como veremos al final del presente capítulo), se hubiera redactado el artículo 283.3 remitiéndose a “esta ley” o la “presente ley” y, sin embargo, dicho artículo se remite sin más a “la ley”, remisión genérica que entendemos se puede referir tanto a cualquier legalidad ordinaria como a las normas procesales referentes a la admisión de prueba. Asimismo, y sin perjuicio de volver sobre la presente cuestión más adelante, consideramos que la LEC ha introducido un límite extrínseco nuevo al derecho a la prueba, consistente en que nunca se admitirá como prueba cualquier actividad prohibida por la ley.

realice la irregularidad de que se trate. El acto será, desde algún punto de vista, irregular, pero en absoluto ineficaz. El carácter de fundamental que la Constitución confiere al derecho a la prueba, así como el interés del Estado en ofrecer una tutela judicial efectiva, permiten al órgano jurisdiccional apreciar y valorar esta prueba supuesta, pretendida o constatación irregular. En este sentido, ya se pronunciaba la STC 114/1984 de 29 de noviembre [FJ 4]: «..Estas últimas (las garantías -por el ordenamiento en su conjunto- de las situaciones jurídicas subjetivas de los ciudadanos) acaso puedan ceder ante la primera (la necesaria procuración de la verdad en el proceso) cuando su base sea estrictamente infraconstitucional, pero no cuando se trate de derechos fundamentales que traen su causa, directa e inmediata, de la norma primera del ordenamiento». Y de igual modo, el ATS de 18 de junio de 1992, al establecer «Como no toda infracción de las normas procesales reguladoras de la obtención y práctica de pruebas puede conducir a esa imposibilidad (de valoración de las pruebas obtenidas con infracción de derechos fundamentales), hay que concluir que sólo cabe afirmar que existe prueba "prohibida" (ilícita) cuando se lesionan los derechos que la Constitución ha proclamado como fundamentales». De igual modo, la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1993.” Vid. asimismo SAP Madrid, de 18 de enero de 2012 (JUR 2012\58923), FJ 6º; de 13 de mayo de 2008, citada en el extracto anterior (JUR 2008\233709), FJ 10º; SAP Madrid de 11 de marzo de 2008 (JUR 2008\164636), FJ 21º; y SAP Castellón de 8 de junio de 2004 (La Ley 134882/2004), FJ 2º.

2.4.- Autores que sostienen que el artículo 283.3 LEC se refiere a la utilización por cualquiera de los litigantes de un medio de prueba prohibido por la ley.

Tal es la tesis sostenida por DE LA OLIVA⁴⁰⁶, quien explica que el artículo 299 LEC regula los diferentes medios de prueba de los que pueden hacerse valer las partes litigantes para probar la certeza de sus alegaciones, regulando una lista con los diferentes medios de prueba, pero sin que la misma sea cerrada, sino que regula un *numerus apertus* de los diferentes medios de prueba (artículo 299.3 LEC)⁴⁰⁷.

Por ello, el artículo 283.3 LEC se refiere a la utilización por alguno de los litigantes de un medio de prueba prohibido por la ley, esto es, un medio de prueba no contenido en la lista regulada en el artículo 299.1 y 2 LEC, y aportado al procedimiento al amparo de lo estipulado en el artículo 299.3 LEC, con lo que dicho medio de prueba debería ser inadmitido por el Juez conforme a lo estipulado en el artículo 283.3 LEC.

Según la presente tesis, la “actividad” a la que se refiere el artículo 283.3 LEC (cuya lectura se realiza junto el artículo 299.3 LEC) se debe interpretar en el sentido de que nunca se debe admitir como prueba aquella que para su práctica suponga al Juez incurrir en ilegalidad ordinaria.

Por otra parte, el artículo 287 LEC regularía la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales, y sería una especificación contenida en la propia LEC del artículo 11.1 LOPJ.

ORTELLS RAMOS⁴⁰⁸ indica que los límites impuestos por el legislador al artículo 299.3 LEC serían fundamentalmente dos: el primero de ellos sería el artículo 283.3 LEC (prohibición legal del

⁴⁰⁶ DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, en AAVV, “Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil”, Editorial Civitas, 2001, página 517.

⁴⁰⁷ Asimismo, vid. DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, “Derecho Procesal Civil”, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 2001, páginas 294 a 296.

⁴⁰⁸ ORTELLS RAMOS, Manuel, op. cit., página 379.

medio correspondiente), y el segundo sería el propio artículo 11.1 LOPJ (violación de derechos fundamentales).

En nuestra opinión, compartimos la tesis expuesta en este punto: el Juez deberá inadmitir cualquier medio de prueba que, no regulado expresamente en el listado del artículo 299 LEC, suponga una actividad prohibida por la ley.

No obstante, entendemos que el ámbito de aplicación del artículo 283.3 LEC es mucho más amplio porque en primer lugar dicho precepto indica que nunca se admitirá como prueba cualquier “actividad” prohibida por la ley. Por “actividad” entiende la Real Academia de la Lengua Española: “Conjunto de operaciones o tareas propias de una persona o entidad”⁴⁰⁹, por lo que podríamos leer el artículo como “nunca se admitirá como prueba cualquier conjunto de operaciones o tareas prohibidas por la ley”. En segundo lugar, nótese que el artículo 283.3 LEC nada dice si la “actividad” se refiere a la llevada a cabo por la parte antes o después de la admisión de la prueba. Finalmente, el artículo 283.3 LEC no especifica el sujeto que realiza la actividad prohibida por la ley, en este sentido, entendemos que la “actividad” a la que se refiere el artículo 283.3 LEC se dirige a las partes y al Juez, y cubre la actividad llevada a cabo con anterioridad a la admisión de la prueba (incluye la actividad llevada a cabo en la proposición de prueba, momento procesal en el que el Juez podrá apreciar si la parte vulnera el artículo 299.3 LEC), puesto que una vez admitida la prueba por el Juez, tan sólo a la que resulte vulneradora de derechos fundamentales le podrá ser de aplicación el artículo 287 LEC.

2.5.- Autores que indican que el artículo 283.3 LEC se refiere a la vulneración de cualquier norma con rango de ley.

Según parte de la doctrina, el Juez debe inadmitir cualquier prueba propuesta por las partes que vulnere una norma de rango legal.

⁴⁰⁹ Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, Vigésima Edición, Madrid, 1984, página 23.

Debemos destacar la opinión de SERRA DOMÍNGUEZ⁴¹⁰, quien en 1981 ya decía que “la ilicitud de un medio de prueba puede provenir, por tanto, de cualquiera de las siguientes causas: (a) por tratarse de pruebas expresamente prohibidas por la ley; (b) por intentarse burlar mediante la práctica de dichas pruebas las formalidades legalmente establecidas en garantía de las partes; y (c) por haberse obtenido o realizado con manifiesta infracción de los derechos fundamentales de la persona reconocidos en la Constitución”.

Asimismo, GARCIANDIA GONZALEZ opina que el artículo 283.3 LEC establece que el Juez debe inadmitir toda prueba propuesta que vulnere la ley⁴¹¹.

MORENO CATENA⁴¹² opina que el artículo 283.3 LEC regula la legalidad en la obtención de las fuentes de prueba. Habida cuenta que la búsqueda de las fuentes de prueba es actividad privada llevada a cabo por las partes, el control de la misma se obtiene mediante el artículo 283.3 LEC, mientras que la práctica de los medios de prueba es una actividad controlada jurisdiccionalmente.

Asimismo, defiende dicha postura, pero con cierta cautela, GARCIMARTÍN MONTERO⁴¹³, cuando dice que “a priori este artículo (en referencia al 283.3 LEC) permitiría denegar cualquier prueba en cuya obtención o práctica se haya infringido una norma

⁴¹⁰ SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, “Comentario al artículo 1215 del Código Civil”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XVI, Vol. II, obra dirigida por ALBALADEJO, 2ª Edición, Editorial Revista de Derecho Privado, 1991, página 95.

⁴¹¹ GARCIANDIA GONZALEZ, Pedro M., “Aproximación a la nueva regulación de la prueba en el proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil”, publicado en el diario *La Ley*, número 5, 1999, páginas 1766-1773.

⁴¹² MORENO CATENA, Víctor, en AAVV (Coordinador Escribano Mora, Fernando), “Comentario al artículo 287”, en la obra colectiva *El proceso civil*, Volumen III, Libro II, artículos 248 a 386 inclusive, Editorial Tirant lo Blanch, 2001, páginas 2213 y 2228.

⁴¹³ GARCIMARTÍN MONTERO, Regina, en AAVV (Coordinador Cerdón Moreno, Faustino), “Comentario al artículo 282”, en la obra colectiva *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Volumen I, Artículos 1 a 516, 2ª Edición, Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, páginas 1318 a 1320.

legal imperativa de carácter negativo. De todas formas, incluso en este caso, el ámbito de la norma resulta bastante restrictivo y su redacción, no por escueta, deja de ser confusa”.

Finalmente, SEOANE SPIEGELBERG⁴¹⁴ habla del “criterio de legalidad”, y dice expresamente que “una prueba es ilegal, como señala el artículo 283.3, cuando está prohibida por la ley, como por ejemplo lo sería la que acuerda la recepción de una declaración con vulneración del secreto profesional (art. 371.1)”. Dicho autor acude al criterio de legalidad, pero su tesis se debe incluir dentro de las especificadas en el apartado (c) anterior, ya que dicho autor defiende que el artículo 283.3 LEC recoge el principio de legalidad procesal en materia probatoria, tal y como hemos apuntado en dicho apartado.

Asimismo, cabe resaltar que la tesis del criterio de legalidad ha sido criticada por algunos autores. Así, SEOANE SPIEGELBERG cita a CHOZAS ALONSO⁴¹⁵, quien defiende la idea de que el artículo 283.3 LEC no puede referirse a cualquier prueba obtenida ilegalmente, habida cuenta que (i) sería un contrasentido que para el proceso civil rigiese un sistema de prueba prohibida y para el resto de procesos el de la LOPJ, (ii) porque la configuración constitucional del derecho a la prueba como fundamental, impediría que se inadmitiera una prueba con vulneración de algún derecho subjetivo que no tuviera la misma protección de aquél, es decir, que sería inconstitucional una limitación de este tipo, y (iii) porque la propia LEC en su artículo 287, que regula el tratamiento de la prueba ilícita, identifica expresamente prueba ilícita con la vulneración de derechos fundamentales.

⁴¹⁴ SEOANE SPIEGELBERG, J. L., “La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000. Disposiciones Generales y Presunciones”, Aranzadi, Navarra, 2002, puntos 46 a 49.

⁴¹⁵ SEOANE SPIEGELBERG, José Luis, “La Prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000. Disposiciones Generales y Presunciones”, op.cit., páginas 307 y 308, que cita a CHOZAS ALONSO, José Manuel, “La prueba de interrogatorio de testigos en el proceso civil”, Editorial La Ley, Madrid, 2001, páginas 85 y 86.

Sin duda, resulta sugerente la argumentación anteriormente resaltada y, a falta de doctrina jurisprudencial que ponga fin al debate planteado, debemos analizar los argumentos anteriormente vertidos:

- i.- En cuanto al supuesto contrasentido de que rija en la LEC un sistema de prueba prohibida y para el resto de procesos el sistema de la LOPJ, debemos indicar que la LEC se aplica supletoriamente a los procesos penales, contencioso-administrativo, laborales y militares, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 4 LEC⁴¹⁶, por lo que, en el supuesto en el que la LEC regule un sistema distinto al del artículo 11 LOPJ, nótese que, por aplicación supletoria, seguiría existiendo un criterio uniforme para la totalidad de los órdenes jurisdiccionales⁴¹⁷.
- ii.- En cuanto a la tesis de que una ley ordinaria no puede limitar el derecho fundamental a la prueba, recogido en el artículo 24.2 CE, citamos a PICÓ JUNOY⁴¹⁸, quien indica que “el derecho a la prueba se trata de un derecho de configuración legal, esto es, el legislador interviene activamente en la delimitación del contenido constitucionalmente protegido por este derecho, por lo que necesariamente la acotación de su alcance debe encuadrarse dentro de la legalidad”. Por ello, entendemos que el artículo 283 LEC supone una acotación

⁴¹⁶ Vid. CORDÓN MORENO, Faustino, “Comentario al art. 4 de la LECiv. Carácter supletorio de la LECiv”, en *Grandes Tratados*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2011, Referencia Aranzadi BIB 2011\5002, en el que dicho autor indica que el artículo 4 LEC viene a ratificar el carácter supletorio de la LEC contenido en las Disposiciones Adicionales 1º de la LJCA y de la LPL, la Disposición Final 5ª de la Ley Concursal, el artículo 457 de la Ley Procesal Militar, y también (aunque con carácter parcial) el artículo 80 LOTC.

⁴¹⁷ Vid. *ad exemplum* de aplicación supletoria de la LEC, la STSJ de Castilla y León, Sala de lo Social, de 11 de abril de 2005 (La Ley 79817/2005), FJ 3º, que aplica el artículo 283.3 LEC en el orden social. Asimismo, vid. STSJ Castilla y León (Sala de lo Social, La Ley 79817/2005), FJ 3º.

⁴¹⁸ PICÓ I JUNOY, Joan, “Las garantías constitucionales del proceso”, op.cit., página 177.

legal al derecho a la prueba, consentido por abundante doctrina jurisprudencial del TC⁴¹⁹.

Además, y en el propio ámbito del secreto profesional del abogado, su vulneración en el marco del procedimiento civil puede significar un cercenamiento del derecho a la defensa del perjudicado por dicha prueba y, por ello (como desarrollaremos), podemos encontrar dos argumentos constitucionales: (i) limitación del derecho a la defensa, (ii) quiebra del principio de igualdad de partes si el tribunal admite como prueba aquella que en su obtención u origen vulnera una norma de rango legal, lo que se expondrá con suma cautela, conscientes de la tesis mayoritaria que sostiene que el artículo 283.3 LEC simplemente recoge el principio de legalidad procesal en materia probatoria, tal y como se ha expuesto en el punto (c) anterior.

- iii.- Finalmente, estamos de acuerdo con que el artículo 287 LEC regula la prueba ilícita, que el legislador indica expresamente que es aquella prueba admitida que vulnera en su origen u obtención un derecho fundamental. No obstante, estamos analizando una fase previa, la de admisión de prueba, en la que el legislador genéricamente establece que no se admitirá como prueba cualquier actividad prohibida por la ley (artículo 283.3 LEC), lo que nos conduce a sostener un criterio de legalidad en la admisión de prueba por parte del tribunal.

⁴¹⁹ Así, PICÓ I JUNOY, Joan, “Las garantías constitucionales del proceso”, op.cit., nota 406 de la página 177 cita las siguientes SSTC: 126/2011, de 18 de julio, FJ 13º; 80/2011, de 6 de junio, FJ 3º; 113/2009, de 11 de mayo, FJ 3º; 174/2008, de 22 de diciembre, FJ 2º; 86/2008, de 21 de julio, FJ 3º; 42/2007, de 26 de febrero, FJ 4º; 4/2005, de 17 de enero, FJ 3º; 133/2003, de 30 de junio, FJ 3º; 88/1997, de 5 de mayo, FJ 3º; 83/1997, de 22 de abril, FJ 4º; 45/1996, de 25 de marzo, FJ 3º; 1/1996, de 15 de enero, FJ 2º; 131/1995, de 11 de septiembre, FJ 2º; 167/1988, de 27 de septiembre, FJ 2º.

2.6.- Autores que defienden que en el marco del procedimiento judicial, debe prevalecer la verdad material, independientemente del hecho de que la prueba vulnere la ley ordinaria.

La tesis fue defendida antes de la LEC 1/2000 por GUASP⁴²⁰ y por MUÑOZ SABATE⁴²¹, quienes entienden que, en el marco del procedimiento civil, el Juez y las partes deben buscar la verdad, sin que sea impedimento que la prueba aportada sea ilícita, pues no puede impedir que la verdad de los hechos salga a la luz, y todo ello sin perjuicio de depurar cualquier eventual responsabilidad civil por el daño que pueda irrogar la aportación de una prueba ilícita a un procedimiento judicial.

Por su parte, FERNANDEZ URZAINQUI⁴²² parece defender dicha postura, al citar el FJ 2º de la STS (Sala de lo Penal) de 29 de marzo de 1990 (RJ 1990\2647), señala que cuando la prueba vulnera una norma infraconstitucional, entonces es posible que deba prevalecer el principio de verdad material, debiendo hacerse en cada caso una adecuada valoración de la norma vulnerada, en consideración a su auténtico y real fundamento y a su verdadera esencia y naturaleza. No obstante, debemos aclarar que dicho autor defiende la tesis del principio de legalidad procesal en materia probatoria, tal y como se ha reseñado en el apartado (c) anterior.

Dicha Sentencia es asimismo citada por MONTERO AROCA⁴²³, quien sostiene que cuando alguna de las partes vulnera una norma con rango de ley (esto es, sin vulnerar derechos fundamentales) en la obtención de las fuentes de prueba, no impedirá que la prueba pueda

⁴²⁰ GUASP DELGADO, Jaime, “Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, II, 1º”, Madrid, 1943, página 587.

⁴²¹ MUÑOZ SABATE, Lluís, “Fundamentos de prueba judicial civil, LEC 1/2000”, Edit. J. Mª Bosch, editor, Barcelona, 2001, página 239. Ya con anterioridad, del mismo autor, vid. “Técnica probatoria. Estudio sobre las dificultades de prueba en el proceso”, Editorial Praxis, Barcelona, 4ª Edición, 1993, página 80.

⁴²² FERNÁNDEZ URZAINQUI, Francisco Javier, “Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (artículo 281 al 555)”, op.cit., páginas 1312 y 1313.

⁴²³ MONTERO AROCA, Juan, “La Prueba en el Proceso Civil”, op.cit., página 158.

incorporarse al proceso, y ello sin perjuicio de la responsabilidad en que hubiere podido incurrir el autor de la actividad de la obtención. Por ello, dicho autor también se adscribe a la tesis del principio de legalidad procesal en materia probatoria, tal y como se ha reseñado en el apartado (c) anterior.

3.- Posición personal.

En nuestra opinión, es perfectamente posible defender la tesis de la legalidad ordinaria, e inadmitir, por ejemplo, las pruebas aportadas al procedimiento que hayan sido hurtadas o robadas (con acreditación del robo o hurto). Y como seguidamente exponemos, mantenemos nuestra opinión en una argumentación constitucional, en la interpretación del artículo 283.3 LEC y en alguna resolución judicial.

3.1.- Argumentación constitucional.

El primero de los argumentos debe ser constitucional. Y ello porque la existencia del derecho a la prueba exige que la interpretación de toda norma jurídica (el artículo 283.3 LEC) deba llevarse a cabo siempre de manera que se respete al máximo la eficacia de dicho derecho fundamental⁴²⁴.

Y en el caso que nos ocupa, puede plantearse que el derecho a la prueba del artículo 24.2 CE no puede ceder ante una interpretación de legalidad ordinaria como criterio de admisión de la prueba del artículo 283.3 LEC.

Para ello, ofrecemos tres argumentos constitucionales para intentar defender la tesis de la legalidad ordinaria en la fase de admisión de la prueba por parte del juez:

1.- Favorecer el derecho a la defensa, igualmente amparado en el art. 24 CE.

2.- Proteger el derecho a igualdad de armas procesales.

⁴²⁴ Ver, entre otras muchas, SSTC 119/1990, de 21 de junio, FJ 4; 253/1988, de 20 de diciembre, FJ 4; 39/1988, de 9 de marzo, FJ 1 y 2; 115/1987, de 7 de julio, FJ 1; y 77/1985, de 27 de junio, FJ 4.

3.- El carácter no absoluto del derecho a la prueba, por lo que estamos ante un nuevo límite de este derecho de configuración legal.

Vamos seguidamente a desarrollar estos argumentos.

3.1.1.- Favorecer el derecho a la defensa *ex art. 24 CE.*

En los anteriores capítulos primero y segundo se ha acreditado que uno de los presupuestos fundamentales de la relación abogado-cliente es la confianza, que hace que el cliente comparta sus secretos más íntimos con el abogado, justamente para favorecer y dotar de sentido el derecho a la defensa del propio cliente. Como contrapartida, la ley exige al abogado el llamado secreto profesional para garantizar el derecho a la defensa del cliente, así como para salvaguardar su intimidad.

El derecho fundamental de defensa necesariamente debe ser interpretado (*ex artículo 10.2 CE*) conforme al artículo 6.3 del Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales⁴²⁵, al artículo 14.3.d del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de Nueva York⁴²⁶,

⁴²⁵ Convenio hecho en Roma, el 4 de noviembre de 1950, ratificado por España mediante Instrumento de Ratificación de 26 de septiembre de 1979 (BOE número 243, de 10 de octubre de 1979). El artículo 6.3 dice “Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos: (a) a ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y de una forma detallada, de la naturaleza y de la causa de la acusación contra él dirigida; (b) a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa; (c) a defenderse él mismo o ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios para remunerar a un defensor, poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia así lo exijan; (d) a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y obtener la convocatoria y el interrogatorio de los testigos de descargo en las mismas condiciones que los testigos de cargo; y (e) a ser asistido gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla la lengua empleada en el proceso”.

⁴²⁶ Pacto hecho en Nueva York, el 16 de diciembre de 1966, ratificado por España mediante Instrumento de Ratificación de 27 de abril de 1977 (BOE número 103, de 30 de abril de 1977). El artículo 14.3.d dice “Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) (d) a hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le

y al artículo II-107 de la Constitución Europea⁴²⁷, lo que nos lleva a la conclusión de que nos hallamos ante dos derechos fundamentales en conflicto: el derecho a la prueba y el derecho de defensa, por lo que, aplicando la teoría del *balancing*⁴²⁸ llegamos a la conclusión de que el derecho a la prueba puede ceder ante el derecho de defensa.

En este sentido, y como señalan DE URBANO CASTRILLO y TORRES MORATO⁴²⁹, la STJCE de 14 de septiembre de 2010 (TJCE 2010\25), Caso Azko y Akcros/Comisión, indica que “el respeto del derecho de defensa en todo procedimiento (...) constituye un principio fundamental del Derecho de la Unión”.

Y en esta misma línea, recientemente, el legislador ha ligado el derecho de defensa al secreto profesional en la regulación de la mediación, impidiendo el artículo 9 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, el acceso al proceso de todo aquello que afecte a la confidencialidad del procedimiento de mediación y la documentación utilizada en el mismo. Y, en concreto, expresamente se prohíbe que en un posterior proceso: (i) se llame a declarar al mediador o a las personas que hayan participado en el procedimiento de mediación, y/o (ii) se

asiste a tenerlo, y siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo”.

⁴²⁷ “Artículo II-107. Derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial. Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley. Toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar. Se prestará asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia”.

⁴²⁸ Sobre el *balancing*, vid. ALONSO GARCÍA, Enrique, “La interpretación de la Constitución”, Centros de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, páginas 431 a 448.

⁴²⁹ DE URBANO CASTRILLO, Eduardo y TORRES MORATO, Miguel Ángel, “La prueba ilícita penal. Estudio Jurisprudencial”, Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Pamplona), 6ª Edición, 2012, página 44.

aporte la información y/o documentación derivada de un procedimiento de mediación o relacionada con el mismo⁴³⁰.

Por ello, la introducción al procedimiento de una prueba que vulnere la legalidad ordinaria también cercena al derecho de defensa de la parte que se ve perjudicada por la incorporación al procedimiento de dicha prueba. Y no olvidemos la jurisprudencia del TC que exige a que los juzgadores realizar una lectura de la legalidad lo más amplia posible para permitir al justiciable el efectivo ejercicio del derecho de defensa⁴³¹.

3.1.2.- Proteger el derecho a igualdad de armas procesales.

Atendiendo a la doctrina jurisprudencial del TC, el derecho a igualdad de armas procesales no se halla expresamente reconocido en la constitución, sino que se muestra incorporado al artículo 24 CE, con lo que debe conectarse con los derechos contenidos en dicho precepto⁴³², esto es, con el derecho a la defensa⁴³³, así como al proceso con todas las garantías⁴³⁴.

⁴³⁰ Dicho precepto exceptúa (a) cuando las partes del procedimiento de mediación de manera expresa y por escrito les dispensen del deber de confidencialidad; o (b) cuando, mediante resolución judicial motivada, sea solicitada por los jueces del orden jurisdiccional penal.

⁴³¹ Vid., *ad exemplum*, STC 17/2011, de 28 de febrero, FJ 4º.

⁴³² En cuanto al análisis del contenido constitucional del derecho a igualdad de armas procesales, vid. PICÓ I JUNOY, Joan, “Las garantías constitucionales del proceso”, op.cit., páginas 159 a 161. Dicho autor cita, en las notas 347 y 348 de la página 159 de la obra referenciada, la siguiente doctrina jurisprudencial del TC: (i) SSTC que excluyen el derecho a la igualdad de armas procesales del artículo 14 CE: 226/2000, de 2 de octubre (fj 2º); 125/1995, de 24 de julio (fj 2º), 90/1994, de 17 de marzo (fj 3º); 155/1988, de 22 de julio (fj 3º); 191/1987, de 1 de diciembre (fj 1º); 93/1984, de 16 de octubre (fj 3º); y ATC 553/1987, de 13 de mayo (fj 1º); y (ii) SSTC que entiende que el derecho a igualdad de armas procesales debe conectarse con el artículo 24 CE: 178/2001, de 17 de septiembre (fj 3º); 226/2000, de 2 de octubre (fj 2º); 125/1995, de 24 de julio (fj 2º); 162/1993, de 18 de mayo (fj 2º); 114/1989, de 22 de junio (fj 2º); 101/1989, de 5 de junio (fj 2º); 155/1988, de 22 de julio (fj 3º); 191/1987, de 1 de diciembre (fj 1º); 156/1985, de 15 de noviembre (fj 1º); 93/1984, de 16 de octubre (fj 4º); y 4/1982, de 8 de febrero (fj 5º).

Dada esta conexión entendemos que la quiebra de la legalidad ordinaria en la aportación una prueba puede vulnerar el principio de igualdad de armas procesales respecto a la otra parte que no la vulnera aportando prueba ilegal alguna. Dicho principio no admitiría, por ejemplo, la aportación al juicio de un documento hurtado o robado pues al margen de quebrar la legalidad ordinaria, ofrecería a la parte incumplidora una ventaja procesal que desequilibraría el principio de igualdad de armas que debe regir en el procedimiento judicial.

3.1.3.- El carácter no absoluto del derecho a la prueba y su limitación.

El derecho a la prueba no tiene un carácter absoluto, presentando una serie de límites⁴³⁵. Siguiendo a PICÓ JUNOY, los límites del derecho a la prueba los podemos clasificar en intrínsecos (o inherentes a toda prueba) y extrínsecos (relativos a las formalidades concretas exigibles a cada medio de prueba para que pueda desplegar toda su eficacia en el proceso)⁴³⁶.

Nótese que el criterio de la licitud se introduce *ex novo* en la LEC por el legislador, según reconoce expresamente en su Exposición de Motivos, en cuyo punto XI, párrafo tercero, indica: “Por un lado, se

⁴³³ ATC 783/1985, de 13 de noviembre (fj 2º), citado por PICÓ I JUNOY, Joan, “Las garantías constitucionales del proceso”, op.cit., nota 349 de la página 160.

⁴³⁴ SSTC 66/1989, de 17 de abril (fj 12º); 27/1985, de 26 de febrero (fj 3º) y ATC 992/1988, de 12 de septiembre (fj 2º), citadas por PICÓ I JUNOY, Joan, “Las garantías constitucionales del proceso”, op.cit., nota 350 de la página 160.

⁴³⁵ Vid., por todos, PICÓ i JUNOY, Joan, “El derecho a la prueba en el proceso civil”, Edit. J. Mª Bosch, Editor, S.A., 1996, Barcelona, páginas 39 a 115.

⁴³⁶ PICÓ I JUNOY, Joan, “La prueba ilícita y su control judicial en el proceso civil”, en la obra colectiva dirigida por Xavier Abel Lluch y Joan Picó i Junoy *Aspectos prácticos de la prueba civil*, Edit. J. Mª Bosch, editor, Barcelona, 2006, nota 3 de las páginas 19 y 20, que justifica la ilicitud de la prueba como un límite extrínseco, y no intrínseco, como había defendido en “El derecho a la prueba en el proceso civil”, op. cit., donde examina los límites intrínsecos del derecho a la prueba en las páginas 42 a 61 (incluyendo la prueba ilícita, que desarrolla en las páginas 283 a 367), y los límites extrínsecos o referidos a requisitos legales de proposición en las páginas 61 a 115).

determina el objeto de la prueba, las reglas sobre la iniciativa de la actividad probatoria y sobre su admisibilidad, conforme a los criterios de pertinencia y utilidad, *al que ha de añadirse la licitud, a cuyo tratamiento procesal, hasta ahora inexistente, se provee con sencillos preceptos*”⁴³⁷.

Por ello, y habida cuenta que el propio legislador reconoce en la Exposición de Motivos de la LEC que regula *ex novo* la licitud de la prueba, entiendo que el límite extrínseco relativo a la licitud de la prueba se despliega en dos ámbitos: uno relativo a la prueba ilegal (legalidad ordinaria, incluyendo por tanto a los derechos fundamentales), que opera en la fase de admisión de la prueba (artículo 283.3 LEC); y otro relativo a la prueba ilícita (derechos fundamentales), que opera incluso en el supuesto en el que la prueba haya sido admitida (artículo 287 LEC).

La vulneración de un derecho fundamental es tan grave que el legislador podría haber querido fijar dos filtros para evitar que una prueba ilícita pudiera ser valorada por el órgano jurisdiccional: uno de ellos en la fase de admisión de prueba (art. 283.3 LEC) y el segundo para el supuesto en el que la prueba ilícita haya sido admitida (art. 287 LEC).

⁴³⁷ La cursiva es nuestra. Ciertamente, la regulación de la licitud de la prueba era una cuestión inexistente, ya que el artículo 566 LEC de 1881 establecía que “Los Jueces repelerán de oficio las pruebas que no se acomoden a lo establecido en el artículo anterior, y todas las demás que sean, a su juicio, impertinentes o inútiles”, por lo que los criterios de pertinencia y utilidad ya estaban regulados por dicha Ley. Sin embargo, el sometimiento del Juez al principio de legalidad procesal ya se hallaba incorporado al ordenamiento jurídico a través del artículo 1 LEC 1881, que establecía que “El que haya de comparecer en juicio, tanto en asuntos de la jurisdicción contenciosa como de la voluntaria, deberá verificarlo ante el Juez o Tribunal que sea competente, *y en la forma ordenada por esta ley*” (la cursiva es nuestra). Ante esta situación, los Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas en el Proyecto de Corrección y Actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil, elaborado en 1974, postularon por un artículo 549 de la LEC redactado de la siguiente manera: “El tribunal no admitirá los medios de prueba que se hayan obtenido por la parte que los proponga o por terceros empleando procedimientos que a juicio del mismo se deban considerar reprobables según la moral o atentatorios contra la dignidad de la persona” (Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas, AA.VV., “Corrección y Actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, Tomo II, páginas 272-273).

3.2.- Interpretación del artículo 283.3 LEC *ex* artículo 3 CC.

A falta de jurisprudencia⁴³⁸, hasta ahora hemos analizado la doctrina científica, llegando a la conclusión de que la interpretación del artículo 283.3 LEC dista mucho de ser pacífica. Por ello, seguidamente veremos si una interpretación conforme a los criterios interpretativos de toda norma jurídica, regulados en artículo 3.1 CC⁴³⁹, aporta algo de luz a nuestra investigación, y nos centraremos en la *voluntas legislatoris* y en la literalidad de la ley.

- i.- La *voluntas legislatoris*. Ya hemos indicado que el criterio de la licitud se introduce *ex novo* en la LEC por el legislador, según reconoce expresamente en la Exposición de Motivos de la LEC (punto XI, párrafo tercero); y por ello, el propio legislador indica que establece tres criterios de admisibilidad de la prueba, el de pertinencia y utilidad (ya contenidos en la LEC 1881), al que añade un nuevo criterio, el de la licitud⁴⁴⁰.

⁴³⁸ En el sentido del artículo 1.6 CC, puesto que existe la STS de 29 de marzo de 2007 (RJ 2007\1760), FJ 2º, que indica que el artículo 283.3 LEC contiene un criterio de legalidad ordinaria para admitir la prueba.

⁴³⁹ Dice dicho precepto que “las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas”. En consecuencia, los criterios interpretativos de toda norma jurídica son el elemento gramatical, el sistemático, el histórico, el sociológico y el teleológico.

⁴⁴⁰ El estudio del *iter* parlamentario de la LEC no aporta luz en cuanto a las razones del legislador para introducir el criterio de la licitud para admitir la prueba, ya que tanto el párrafo tercero del Punto XI de la Exposición de Motivos de la LEC como el propio artículo 283.3 se corresponden literalmente al Anteproyecto de LEC (sólo con distinta numeración, pues se contemplaba como artículo 284.3 ALEC, cuando finalmente se regula en el 283.3 LEC), y no sufrió variación ni enmienda ni comentario alguno durante la tramitación parlamentaria de la LEC ante el Senado o el Congreso de los Diputados (Vid. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, número 217, que se refiere a la sesión plenaria número 217, de 25 de febrero de 1999; así como el número 260, que se refiere a la sesión plenaria número 250, de 23 de septiembre de 1999; así como el número 282, que se refiere a la sesión plenaria número 272, de 16 de diciembre de 1999; el Diario de Sesiones del Senado, números 151 y 152, que se refiere a las Sesiones del Pleno de 2 y 3 de diciembre de 1999; así como la Mesa de la Comisión del

- ii.- La propia literalidad de la ley. Con toda claridad, el artículo 283.3 LEC indica que el juez debe inadmitir “cualquier actividad prohibida por la ley”. Y seguidamente, cuatro artículos después, relaciona “prueba ilícita” con los “derechos fundamentales” (artículo 287 LEC).

¿Existe un error o confusión inexcusable del legislador en la redacción del artículo 283.3 LEC? Entendemos que no. Si interpretamos que el citado precepto se limita a la legalidad procesal, esto es, a cualquier actividad prohibida por la propia LEC, el legislador debería haber utilizado el término “cualquier actividad prohibida por *esta* ley”, o bien “por la *presente* ley”⁴⁴¹. Y de hecho, cuando el legislador ha querido referirse expresamente a la LEC, así lo ha hecho: la expresión “esta ley” aparece hasta en 166 ocasiones a lo largo de la LEC⁴⁴², mientras que la expresión “la presente ley” aparece hasta en 32 ocasiones a lo largo de la LEC⁴⁴³.

Congreso de los Diputados, publicada en el Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados número 634, Sesión número 63, celebrada el 3 de marzo de 1999, así como la número 635, Sesión número 64, celebrada el 4 de marzo de 1999).

⁴⁴¹ La cursiva es nuestra.

⁴⁴² El término “esta ley” aparece en los siguientes sesenta y cinco artículos de la LEC: 1, 23.2.1º, 31.2.1º, 134, 137.1, 146.2, 152.2, 169.2, 185.1, 188.1.7º, 190.2, 194bis, 206.1.2º, 224.2 (sin contenido por artículo 15.125 de Ley número 13/2009, de 3 de noviembre), 225.7º, 269.1, 272, 286.1, 286.3, 294.1, 295.1, 295.2, 299.2, 330.1, 335.1, 380.1, 388, 400.1, 403.1, 436.1, 447.2, 456.1, 483.2.2º, 496.1, 507.1.3º, 521.3, 524.4, 539.2, 541.3, 545.1, 545.5.4º, 545.6, 562.1.2º, 564, 567, 582, 636.1, 636.2.1º, 636.3, 640.3, 640.4, 642.1, 647.3, 685.2, 687.2, 691.4, 694.1, 712, 726.2, 752.2, 770.6ª, 791.2.2º, 795.3º, 825 y 827.1.

Y el término “esta ley”, pero referido a otros artículos concretos, consta en los siguientes cientoún artículos de la LEC: 14.2.5º, 15.3, 15bis.2, 21.2, 22.4, 32.5, 76.2.1º, 77.1, 77.4, 88.4, 95.2, 105.2, 111.2, 124.2, 126, 129.3, 135.5, 145.1.4º, 146.3, 151.2, 154.2, 162.2, 165, 187.1, 209.4º, 221.1, 222.2, 222.3, 249.1.4º, 250.1.13º, 256.3, 265.1.4º, 274, 276.2, 276.3, 278, 323.1, 325, 337.2, 338.1, 349.3, 351.2, 370.4, 378, 402, 416.2, 426.5, 427.4, 428.2, 440.1, 440.3, 441.2, 441.4, 444.2, 449.6, 456.3, 457.5 (sin contenido por artículo 4.11 de Ley número 37/2011, de 10 de octubre), 458.3, 466.3, 472, 497.2, 500, 504, 515, 533.3, 534.4, 535.3, 539.2, 545.3, 545.4, 547, 549.1.2º, 549.1.4º, 549.1.5º, 551.2.4º, 551.3.2º, 561.3, 577.2, 578.3, 603, 612.1, 629.1,

Asimismo, cuando el legislador quiere referirse a la ley en general, también lo hace. Así, el legislador se refiere a “la ley” hasta en 97 ocasiones a lo largo de la LEC⁴⁴⁴.

Finalmente, debemos indicar que el legislador también se remite a otras 15 Leyes concretas, determinadas a lo largo del articulado de la propia LEC⁴⁴⁵, por lo que, de haber querido en

662.3, 666.1, 669.1, 686.3, 691.2, 694.2, 697, 716, 719.1, 734.2, 751.3 (se remite al Capítulo IV del Título I del Libro I de la LEC), 762.3, 768.3, 770.7^a, 776 (se remite al Libro III LEC), 787.6, 810.4, 810.5 y 815.1.

⁴⁴³ El término “la presente ley” aparece en los siguientes seis artículos de la LEC: 4, 412.2, 523.2, 530.3, 535.1 y 585.

Y el término “la presente ley”, pero referido a otros artículos concretos de la LEC, aparece en los siguientes veintiséis artículos de dicho Texto Legal: 127.3, 167.1, 179.2, 199.2, 257.2, 270.1.3°, 304, 336.1, 438.4, 443.2, 488.3, 514.4, 524.1, 562.1.1° (se remite a la regulación del recurso de reposición), 617.1, 684.1.1° (se remite a las normas de sumisión expresa o tácita de la LEC), 685.2, 731.1, 753.1, 753.2, 754, 763.1, 763.3, 815.2, 818.1 y 818.2.

⁴⁴⁴ Vid. los siguientes cincuenta y dos artículos: 5, 6.1.5°, 6.1.6°, 6.2, 7.2, 7.5, 7.6, 12.2, 14.1, 19.1, 25.1, 25.3, 28.4, 30.2, 59, 77.3, 130.3, 135.5, 139, 154.1, 184.2, 185.2, 201, 205.2, 206.1.2°, 207.2, 216, 221.1.2°, 222.1, 225.4°, 227.1, 278, 282, 385, 391, 403.3, 415.2, 416.2, 438.1, 455.1, 455.3, 469.1.3°, 475.3, 496.2, 538.3, 538.4, 542.2, 543.2, 550.1.4°, 576.1, 786.1 y 791.2 LEC.

Y el legislador utiliza el término “la Ley” en los siguientes cuarenta y cinco artículos: 4, 11.3, 12.2, 42.3, 50.1, 51.1, 73.1.3°, 100.2, 117.2, 122, 133.1, 146.2, 147, 148, 149.4°, 150.3, 152.3, 166.2, 179.1, 196, 206, 208.1, 210.1, 211.1, 225.6°, 241.1.5°, 243.2, 248.1, 256.1.5° bis, 276.2, 291, 422.2, 423.3, 448.1, 451.1, 538.1.3°, 551.3.3°, 565.1, 608, 749.1, 750.1, 753.1, 757.4, 760.2 y 774.5 LEC.

⁴⁴⁵ Así, la LEC contiene remisiones expresas a los siguientes cuerpos normativos:

- a.- Ley de Arbitraje (artículo 722 LEC).
- b.- Ley de Arrendamientos Urbanos (artículo 691.3 LEC).
- c.- Ley de Asistencia Jurídica Gratuita (artículos 32.4, 33, 143.1, 241.1, 246.6, 339.1 y 394.3 LEC).
- d.- Ley Cambiaria y del Cheque (artículos 819 y 824.2 LEC).
- e.- Ley Concursal (artículos 7.8, 17.3 y 568.2 LEC).

el artículo 283.3 LEC una remisión expresa a una ley concreta, entendemos que el legislador lo hubiera llevado a cabo.

Por ello, puede sostenerse que la remisión a “la ley” (en minúsculas) contenida en el artículo 283.3 LEC puede entenderse referida a la ley en general, por lo que cuando la actividad probatoria vulnere cualquier norma con rango de ley el tribunal deberá inadmitir la prueba propuesta por la parte.

3.3.- Existencia de resoluciones judiciales.

La interpretación que realizamos del artículo 283.3 LEC la encontramos en diversas resoluciones judiciales. En primer lugar, el criterio de la legalidad ordinaria como motivo de admisión de la prueba propuesta es sostenido en la STS de 29

-
- f.- Tratado de la Comunidad Europea y Ley de Defensa de la Competencia (artículos 15bis.1, 212.3, 249.1.4º, 404.3, 434.3, 461.5 y 465.6 LEC).
 - g.- Ley de Firma Electrónica (artículo 326.3 LEC).
 - h.- Ley Hipotecaria (artículos 657.2, 664, 665, 670.6 y 674.1 LEC).
 - i.- Ley de Hipoteca Naval (artículos 681.2 y 685.3 LEC).
 - j.- Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles (artículo 517.1.2º LEC).
 - k.- Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (artículo 49bis.1 LEC).
 - l.- Ley del Mercado de Valores (artículo 517.1.7º LEC).
 - m.- Ley Orgánica del Poder Judicial (artículos 36.1, 45, 46, 49bis.1, 49bis.2, 49bis.3, 99.2, 103, 100.1º, 100.3º, 115.1, 124.3, 129.3, 132.3, 164, 186.1º, 241.1, 247.5, 497.4, 509 y 591.3 LEC).
 - n.- Ley de Propiedad Horizontal (artículo 249.1.8º LEC).
 - ñ.- Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles (artículo 439.4 LEC).

de marzo de 2007 (RJ 2007\1760) FJ 2º⁴⁴⁶, que al hilo del artículo 283.3 LEC indica lo siguiente:

“En el presente caso las pruebas presentadas por la sociedad demandante y referidas a las que había ocupado en las dependencias del recurrente, contra su voluntad, violentando por tanto sus derechos de libertad y propiedad, se presentan como de ilícita procedencia al haberse accedido a la misma por los medios no autorizados por la Ley y dispuesto de ellas efectivamente en el proceso con el designio evidente de obtener ventajas probatorias, ya que fueron tenidos en cuenta y valorados por el Tribunal.

La ilicitud no ha de referirse a la prueba en sí, sino al modo en que la misma se consigue, y cuando se emplean medios ilícitos, como aquí ocurrió, la fuente de prueba no debe ser asumida en el proceso, por lo tanto no ha de ser tenida en cuenta”⁴⁴⁷.

Por su parte, la SAP Pontevedra de 9 de marzo de 2012 (JUR 2012\166114), FJ 3º, al estudiar la aportación procesal de correspondencia entre letrados e indicar la regulación de dicha materia por el artículo 34.d y .e EGAE, aplica el artículo 283.3 LEC, pero indica que los documentos deben ser removidos del procedimiento en aplicación del artículo 11.1 LOPJ, por lo que no acaba de distinguir entre prueba ilegal-ilícita⁴⁴⁸.

⁴⁴⁶ Sentencia criticada por PICÓ I JUNOY, Joan, en “Jurisprudencia sobre derecho probatorio”, Diario La Ley, número 7430, Sección Dossier, 23 de junio de 2010 (La Ley 2216/2010).

⁴⁴⁷ De igual modo, debemos citar la STS de 8 de abril de 2010 (RJ 2010\3529), FJ 3º, si bien la sentencia utiliza el término “ilegal” cuando quiere decir “ilícito”, por lo que esta segunda no resulta tan clara como la referenciada anteriormente.

⁴⁴⁸ Sin embargo, en contra de esta resolución, la SAP Castellón, de 8 de junio de 2004, FJ 2º (La Ley 134882/2004), en un idéntico supuesto de hecho, admite la aportación procesal de correspondencia entre Letrados habida cuenta que dicha aportación no vulnera ningún derecho fundamental, todo ello sin perjuicio de la responsabilidad civil, penal o disciplinaria del aportante.

Asimismo, la SAP de Asturias, de 26 de junio de 2009 (JUR 2009\308490), FJ 3º, elimina del proceso la prueba documental obtenida por una parte ocupando las dependencias de la otra, contra su voluntad, violentando sus derechos de libertad y de propiedad, con los siguientes términos “la ilicitud no ha de referirse a la prueba en sí, sino al modo en que la misma se consigue, y cuando se emplean medios ilícitos, como aquí ocurrió, la fuente de prueba no debe ser asumida en el proceso, por lo tanto no ha de ser tenida en cuenta”.

De igual modo, existen varias sentencias que apuntan al artículo 283.3 LEC como criterio de legalidad ordinaria, pero no lo aplican argumentando que, en realidad, el Juzgador *a quo* basó su sentencia en otras pruebas diferentes de la que se discute⁴⁴⁹, o bien porque, en el supuesto de aportación procesal de correspondencia entre letrados, niegan la confidencialidad de la comunicación⁴⁵⁰.

En esta línea, podemos destacar la SAP de Barcelona, de 29 de mayo de 2003⁴⁵¹, que analiza la aportación procesal de una grabación por parte de un abogado de una conversación llevada a cabo entre letrados y el cliente de uno de ellos, y en cuyo FJ 2º dice expresamente (aunque *obiter dicta*) que “Tampoco podemos considerar que el letrado haya infringido el secreto profesional a cuyo mantenimiento viene obligado, primero, porque la presentación de esta cinta lo ha sido con el evidente consentimiento de su cliente y, segundo, porque no se trata de conversaciones entre letrados, en cuyo caso sí debería

⁴⁴⁹ Así, por ejemplo, cfr. la SAP Santa Cruz de Tenerife, de 19 de octubre de 2011 (JUR 2012\83207), FJ 2º.

⁴⁵⁰ Es el caso de la SAP de Madrid, de 2 de diciembre de 2011 (JUR 2012\35520), FJ 3º, que toma en consideración la correspondencia entre Letrados, pero indica que es “un pasaje muy puntual del documento, sin poder otorgarse a aquél (al pasaje) naturaleza confidencial, a los efectos del artículo 34.e EGAE, de modo que su empleo no infringe el artículo 283.3 LEC, valorando la inexistencia de infracción (de la ley procesal) en función de la finalidad perseguida por la norma (EGAE)”.

⁴⁵¹ Sentencia publicada en la Revista Jurídica de Catalunya, IV, 2003, páginas 1115 a 1120.

existir un secreto ya que estas estrictas actuaciones entre dichos profesionales no pueden ser utilizadas como pruebas válidas”⁴⁵².

Finalmente, parece seguir el criterio de legalidad la SAP de Málaga de 7 de octubre de 2004 (La Ley 208930/2004), FJ 3º, de la que se puede colegir que la sustracción ilegal de un documento podría dar lugar (de acreditarse la ilegalidad) a una inadmisión de la prueba *ex* artículo 283.3 LEC⁴⁵³.

Por ello, en virtud de lo anteriormente expuesto, y recordando una vez más que la doctrina mayoritaria sostiene que el artículo 283.3 LEC recoge el principio de legalidad procesal en materia probatoria, sostenemos la posibilidad de aplicar la tesis de la legalidad ordinaria.

⁴⁵² La cursiva es nuestra.

⁴⁵³ Dice dicho Fundamento que “Respecto del documento contable sustraído ilegalmente de la empresa SAMSET, hay que concluir que no queda acreditado que el mismo haya sido sustraído ilegalmente, se queda en una simple alegación de la parte actora, sin que se haya practicado prueba alguna sobre ello y, consiguientemente, el hecho de que la demandada haya podido disponer de tal documento no es acreditativo en modo alguno de que haya sido sustraído de la sede de la empresa, pues téngase en cuenta que D^a. Luz ha venido prestando servicios en tal empresa como administrativa y por lo tanto ha tenido acceso a la referida documentación contable, por lo que es posible que haya guardado determinados documentos de los que haya podido hacer uso ahora, ante la reclamación presentada, sin que al no haberlos puesto en público conocimiento de terceros esté cometiendo acción ilícita alguna, ya que tan sólo ha hecho uso de los mismos ante una demanda contra sus intereses, y en tal sentido es lícito su uso con el simple propósito de oponerse a la demanda de quien por ostentar el cargo de Consejero Delegado de la empresa tiene a su disposición todo el aparato de dicha empresa para conseguir la prueba que beneficia a sus intereses, como lo demuestra el hecho de que no se haya aportado el referido Libro Mayor por la empresa SAMSET y sin embargo sí se haya hecho un análisis, que se aporta por el actor, del tiempo medio que tarda la referida empresa en abonar las facturas de Muñoz de la Rosa.”

CAPÍTULO CUARTO

LA VULNERACIÓN DEL SECRETO PROFESIONAL DEL ABOGADO COMO PRUEBA ILÍCITA

En los capítulos anteriores hemos estimado que la vulneración en el proceso del secreto profesional del abogado debe ser considerado como prueba ilícita, habida cuenta que supone la vulneración de diversos derechos fundamentales. Por ello, el presente capítulo pretende justificar el alcance y contenido de la prueba ilícita en el proceso civil. Somos conscientes de que ello por sí solo ya justificaría una tesis doctoral, motivo por el cual nos limitaremos a apuntar los diferentes problemas y soluciones que plantea la prueba ilícita en el proceso civil, y aplicar dicha doctrina al caso concreto, esto es, al secreto profesional del abogado.

Para la redacción del presente capítulo tomaremos la sistemática empleada por PICÓ i JUNOY en sus diversos estudios sobre la prueba ilícita⁴⁵⁴.

1.- Concepto de prueba ilícita.

Por “prueba ilícita”, siguiendo la doctrina mayoritaria en este punto, y la literalidad de los artículos 11.1 LOPJ y 287 LEC, entendemos que es aquella en cuya obtención se haya vulnerado algún derecho fundamental⁴⁵⁵.

⁴⁵⁴ PICÓ I JUNOY, Joan, “La prueba ilícita y su control judicial en el proceso civil”, op.cit., páginas 867 a 899. Asimismo, también se debe tomar en consideración, del mismo autor, “El derecho a la prueba en el proceso civil”, op.cit., páginas 283 a 367.

⁴⁵⁵ Artículo 11.1 LOPJ: “En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”.

Artículo 287 LEC: “Ilicitud de la prueba. 1. Cuando alguna de las partes entendiera que en la obtención u origen de alguna prueba admitida se han vulnerado derechos fundamentales habrá de alegarlo de inmediato, con traslado, en su caso, a las demás partes.

Sobre esta cuestión, que también podrá ser suscitada de oficio por el tribunal, se resolverá en el acto del juicio o, si se tratase de juicios verbales, al comienzo de la vista, antes de que dé comienzo la práctica de la prueba. A tal efecto, se oirá a las partes y, en

No obstante, dicha definición presenta el problema de delimitar qué se entiende por “derechos fundamentales”, “obtención” y “vulneración”.

1.1.- Sobre el concepto de “derechos fundamentales”.

La delimitación del concepto de “derechos fundamentales” es una cuestión nada pacífica en Derecho español y, obedece a tres razones, como destaca GÁLVEZ MUÑOZ⁴⁵⁶. En primer lugar, a la propia ambigüedad del Título I de la Constitución, cuyo título es “De los derechos y deberes fundamentales”. La mera lectura de las rúbricas de los diferentes Capítulos y Secciones del citado Título I no es suficiente para despejar la duda de qué se entiende por “derechos fundamentales” o dónde se hallan exactamente recogidos los mismos⁴⁵⁷. En segundo lugar, a la propia jurisprudencia del TC, ya que si bien en las Sentencias 114/1984, de 29 de noviembre (FJ 4º) y 127/1996, de 9 de julio (FJ 3º), hablan “de la nulidad radical de todo acto –público o, en su caso, privado- violatorio de las situaciones jurídicas reconocidas en la Sección Primera del Capítulo Segundo del Título I de la Constitución”, en la Sentencia 85/1994, de 14 de marzo, (FJ 4º) afirma “la nulidad

su caso, se practicarán las pruebas pertinentes y útiles que se propongan en el acto sobre el concreto extremo de la referida ilicitud.

2. Contra la resolución a que se refiere el apartado anterior sólo cabrá recurso de reposición, que se interpondrá, sustanciará y resolverá en el mismo acto del juicio o vista, quedando a salvo el derecho de las partes a reproducir la impugnación de la prueba ilícita en la apelación contra la sentencia definitiva.”

⁴⁵⁶ GÁLVEZ MUÑOZ, Luis, “La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales”, Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2003, páginas 80 y 81.

⁴⁵⁷ El Título I de la Constitución “De los derechos y deberes fundamentales” comprende: “De los españoles y los extranjeros” (Capítulo I), “Derechos y Libertades” (Capítulo II), “De los derechos fundamentales y de las libertades públicas” (Sección 1ª), “De los derechos y deberes de los ciudadanos” (Sección 2ª), “De los principios rectores de la política social y económica” (Capítulo III), “De las garantías de las libertades y derechos fundamentales” (Capítulo IV), “De la suspensión de los derechos y libertades” (Capítulo V).

de todo acto violatorio de los derechos reconocidos en el Capítulo Segundo del Título I de la Constitución”. Y finalmente, a que el legislador tampoco ha sido muy afortunado a la hora de concretar los derechos fundamentales que estarían afectados por la prueba ilícita⁴⁵⁸.

En este sentido, la doctrina ha adoptado un criterio amplio o bien restrictivo de derechos fundamentales. Como ejemplo de la orientación doctrinal restrictiva, cabe destacar a PICÓ I JUNOY⁴⁵⁹, MIRANDA ESTRAMPES⁴⁶⁰, MONTERO AROCA⁴⁶¹, MARTÍ SÁNCHEZ⁴⁶², y SEOANE SPIEGELBERG⁴⁶³ en virtud de los cuales los derechos fundamentales serían los regulados en los artículos 15 a 29 de la Constitución (con la posibilidad de ampliar el concepto al artículo 14). Por otra parte, han adoptado un criterio amplio de derechos fundamentales⁴⁶⁴, DÍAZ CABIALE⁴⁶⁵, quien

⁴⁵⁸ GÁLVEZ MUÑOZ, op. cit., página 81, cita las siguientes disposiciones normativas: el artículo 11.1 LOPJ habla de “derechos o libertades fundamentales”; el artículo 90 LPL utiliza la expresión “derechos fundamentales o libertades públicas”; y el artículo 287 LEC emplea el término “derechos fundamentales”.

⁴⁵⁹ PICÓ I JUNOY, Joan, “El derecho a la prueba en el proceso civil”, op.cit., página 290, y páginas 365 a 367.

⁴⁶⁰ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, “El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal”, Edit. J. M^a Bosch, Barcelona, 1999, páginas 17 a 22 y página 48. Del mismo autor “La regla de exclusión de la prueba ilícita: historia de su nacimiento y de su progresiva limitación”, en *Jueces para la Democracia*, número 47, 2003, página 55.

⁴⁶¹ MONTERO AROCA, Juan, “La prueba en el proceso civil”, op.cit., página 171.

⁴⁶² MARTÍ SÁNCHEZ, Nicolás, “La llamada ‘prueba ilícita’ y sus consecuencias procesales”, *Actualidad Penal*, número 7, tomo 1, páginas 6 y 7 de la impresión del documento generado en pdf de la referencia La Ley 3263/2001.

⁴⁶³ SEOANE SPIEGELBERG, José Luis, “La Prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000. Disposiciones Generales y Presunciones”, op.cit., páginas 294 y 307.

⁴⁶⁴ Que parece defender la STC 85/1994, de 14 de marzo, FJ 4º, cuando indica que “reconocido en el art. 18.3 CE, hemos de concluir que todo elemento probatorio que pretendiera deducirse del contenido de las conversaciones intervenidas no debió ser objeto de valoración probatoria, ya que la imposibilidad de admitir en el proceso una

defiende que el concepto de derechos fundamentales abarcaría los artículos 14 a 52 de la Constitución; y GÁLVEZ MUÑOZ⁴⁶⁶, para quien el concepto de derechos fundamentales abarcaría los artículos 14 al 38 de la Constitución, por lo que excluye los artículos del Capítulo Tercero (39 a 52) que se corresponden a los principios rectores de la política social y económica, por no ser, en sentido estricto, derechos subjetivos.

Entendemos que la cuestión planteada debe resolverse a favor de una postura restrictiva, y entender que el concepto de “derechos fundamentales” se refiere a los regulados en el artículo 14 (igualdad ante la ley) y en la Sección 1ª del Capítulo Segundo del Título I de la Constitución, y ello por las siguientes razones:

- En primer lugar, por su carácter preeminente en la Constitución, ya que no sólo necesitan una Ley Orgánica que desarrolle su contenido (artículo 81.1 de la Constitución), y su eventual modificación se equipara a la reforma total de la Constitución (artículo 168.1), sino que además el artículo 53.2 de la Carta Magna legitima a los particulares para acudir en amparo ante el Tribunal

prueba obtenida violentando un derecho fundamental no sólo deriva directamente de la nulidad de todo acto violatorio de los derechos reconocidos en el Capítulo Segundo del Título I de la Constitución, y de la necesidad de no confirmar, reconociéndolas efectivas, las contravenciones de los mismos [STC 114/1984 (RTC 1984\114)], sino ahora también en el plano de la legalidad en virtud de lo dispuesto en el art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial”. Sentencia citada por MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, “La regla de exclusión de la prueba ilícita...”, op.cit, nota 22 de la página 55.

⁴⁶⁵ DÍAZ CABIALE, José Antonio y MARTÍN MORALES, Ricardo, “¿Es proyectable el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial a las pruebas obtenidas vulnerando un derecho no fundamental?”, en el diario *La Ley*, número 4445, de 24 de diciembre de 1997, páginas 1 y siguientes.

⁴⁶⁶ GÁLVEZ MUÑOZ, Luis, “La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales”, op. cit. páginas 81 y 82.

Constitucional en el supuesto en el que los poderes públicos los vulneren⁴⁶⁷.

- En segundo lugar, porque así ha sido puesto de manifiesto, de manera reiterada, por la doctrina del TC, en sus Sentencias 114/1984, de 29 de noviembre, (FJ 4º), de la que como pone de relieve PICÓ I JUNOY⁴⁶⁸, trae causa directa el artículo 11.1 LOPJ, y 127/1996, de 9 de julio (FJ 3º).
- Y finalmente, tal y como también pone de relieve PICÓ Y JUNOY, porque la configuración del derecho a la prueba como fundamental exige realizar una lectura estricta de sus límites⁴⁶⁹.

1.2.- Concepto de “obtención”.

Según la STC 64/1986, de 21 de mayo (FJ 2º), el artículo 11.1 LOPJ sólo entraría en juego cuando la vulneración de derechos fundamentales se hubiera producido en el momento de

⁴⁶⁷ Nótese además que el procedimiento judicial al que alude el artículo 53.2 de la Constitución se hallaba regulado en la Ley 62/1978, de Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona.

Dicha Ley era anterior en un día a la propia Constitución y su ámbito de aplicación no coincidía exactamente con el contenido del artículo 53.2 de la Constitución. Por eso, el punto segundo de la Disposición Transitoria Segunda de la Ley Orgánica 2/1979, del Tribunal Constitucional, lo amplió y extendió todos los derechos y libertades a los que se refiere el citado artículo 53.2.

Debemos recordar asimismo que los artículos 11, 12, 13, 14 y 15 de la Ley 62/1978 han sido derogados por la Disposición Derogatoria Unica.2.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por lo que la tramitación en el ámbito civil de la tutela de los derechos fundamentales se realiza a través del procedimiento ordinario (artículo 249.1.2º LEC, teniendo en cuenta que la competencia territorial corresponde al tribunal del domicilio del demandante, a tenor de lo dispuesto en el artículo 52.1.6º LEC).

⁴⁶⁸ PICÓ I JUNOY, Joan, “El derecho a la prueba en el proceso civil”, op. cit., página 366.

⁴⁶⁹ PICÓ I JUNOY, Joan, “El derecho a la prueba en el proceso civil”, op. cit., página 367 y páginas 290 a 308.

obtención de las pruebas, y no en el momento de incorporación de las fuentes de prueba en el proceso, reconduciendo este último supuesto al ámbito de la interdicción de la indefensión y, por ello, al régimen de nulidades procesales.

Dicha interpretación ha merecido la crítica de la doctrina⁴⁷⁰, de la que destacamos a GALVEZ MUÑOZ, quien sustenta su postura “en dos razones fundamentales. La primera consiste en que la figura de la interdicción de la indefensión no abarca, ni siquiera desde un punto de vista teórico, todo el campo de las posibles violaciones de derechos fundamentales que se puedan producir en el terreno de la admisión y práctica de los medios de prueba, sino sólo una parte, aunque muy importante, de las mismas. El caso más llamativo es el de los derechos fundamentales de carácter sustantivo, pues parece que tiene poco sentido valorar las infracciones de tales derechos no por sí mismas, sino con arreglo a la producción o no de indefensión.

La segunda razón se refiere, por su parte, a que la limitación defendida por el Tribunal Constitucional puede llevar a consecuencias absurdas, pues puede suceder perfectamente que la violación de un mismo derecho fundamental tenga un régimen jurídico u otro según el momento en que se produzca la violación [...]”⁴⁷¹.

Por ello, y a efectos de la aplicación del artículo 11.1 LOPJ, resultará indiferente si la vulneración de derechos fundamentales en la obtención de la prueba se ha producido

⁴⁷⁰ Así, por ejemplo, vid. ASECIO MELLADO, José María, “Prueba prohibida y prueba preconstituida”, Editorial Trivium, Madrid, 1989, páginas 81 a 94; VEGAS TORRES, Jaime, Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal, Editorial La Ley, Madrid, 1993, páginas 121 y 122, nota 128: y MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, “El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal”, op.cit., páginas 64 a 66, y del mismo autor “La regla de exclusión de la prueba ilícita:...” , op.cit., páginas 55 y 56.

⁴⁷¹ GÁLVEZ MUÑOZ, Luis, “La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales”, op. cit., páginas 100 y 101.

durante la labor de búsqueda y recogida de las fuentes probatorias, o bien en cualquier momento del proceso. Como bien señala MIRANDA ESTRAMPES⁴⁷², lo verdaderamente relevante será que se haya producido la vulneración de un derecho fundamental.

1.3.- Concepto de “vulneración”.

El artículo 287 LEC habla de prueba obtenida con “vulneración” de derechos fundamentales. Por ello, resulta evidente que dicho precepto regula la prueba que haya vulnerado un derecho fundamental, pero la duda surge cuando pretendamos aplicar el artículo 287 LEC en el supuesto en el que la prueba obtenida no haya vulnerado un derecho fundamental, pero sí una norma que desarrolle el mismo. El Tribunal Constitucional, analizando el artículo 11.1 LOPJ, se ha inclinado por la solución más estricta, esto es, el citado precepto (y ahora también para el proceso civil, el artículo 287 LEC) tan sólo se puede aplicar cuando exista una vulneración de un derecho constitucional, y no de sus normas de desarrollo⁴⁷³.

Dicha solución nos parece correcta, en tanto en cuanto la aplicación restrictiva el ámbito de aplicación del artículo 11.1 LOPJ y, por ende, del artículo 287 LEC maximiza la eficacia del derecho fundamental a la prueba⁴⁷⁴, siempre y cuando no

⁴⁷² MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, “El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal” op. cit. página 56.

⁴⁷³ Ver en este sentido, las resoluciones que cita GÁLVEZ MUÑOZ (“La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales”, op. cit., página 83, nota 88): los Autos del Tribunal Constitucional 349/1988 (FJ 1º), y 775/1987; así como las SSTC 52/1989 y 64/1994; así como la STS, de 4 de abril de 2002 (RJ 2002\5445), FJ preliminar, punto 3, último párrafo.

⁴⁷⁴ En el mismo sentido, ver GÁLVEZ MUÑOZ, Luis, “La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales”, op. cit., página 83; quien en su nota 89 indica que en relación a las diferentes posiciones mantenidas por la doctrina y jurisprudencia vid. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás, “Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal”, Editorial Colex, Madrid, 1990, páginas 337-339; y asimismo vid. MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, “El concepto de prueba

entre en colisión con otro derecho fundamental, como por ejemplo, el derecho de defensa, según se ha expuesto en el capítulo anterior.

2.- Breve referencia a la doctrina de los frutos del árbol prohibido o efectos reflejos de la prueba ilícita, el alcance del “directa o indirectamente” del artículo 11.1 LOPJ.

Tal y como apunta PICÓ I JUNOY, la doctrina de los frutos del árbol prohibido “viene a determinar la ineficacia jurídica de aquellas pruebas válidamente obtenidas pero que se derivan de una inicial actividad vulneradora de un derecho fundamental”⁴⁷⁵.

La polémica surgida en nuestro país radica en si el artículo 11.1 LOPJ deriva de la doctrina emanada del Tribunal Supremo norteamericano de los frutos del árbol prohibido (*fruit of the poisonous tree doctrine*).

Así, la mayoría de la doctrina⁴⁷⁶ y jurisprudencia⁴⁷⁷ española entienden que el artículo 11.1 LOPJ recoge la *fruit of poisonous tree*

ilícita y su tratamiento en el proceso penal”, op.cit., páginas 17 a 26 y 67 a 92; y BAYARRI GARCÍA, Clara E., “La prueba ilícita y sus efectos”, en AAVV, “La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal”, Cuadernos de Derecho Judicial, XXIX, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, páginas 428 a 430.

⁴⁷⁵ Vid. PICÓ I JUNOY, Joan, “La prueba ilícita y su control judicial en el proceso civil”, op.cit., página 873. Del mismo autor, vid. “El derecho a la prueba en el proceso civil”, op.cit., páginas 355 a 359, y referencias a las Sentencias del Tribunal Supremo estudiadas por dicho autor.

⁴⁷⁶ ASECIO MELLADO, José M^a, “Prueba prohibida y prueba preconstituida”, op.cit., página 89; CLIMENT DURAN, Carlos, “Sobre la prueba prohibida: invalidez de la prueba lícitamente realizada a partir de una anterior prueba ilícitamente obtenida: (comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2^a, de 5 de noviembre de 1990. Ponente: Excmo. Sr. Don Marino Bardero Santos”, en *Revista General de Derecho*, número 559, abril 1991, página 2552; DÍAZ CABIALE, José Antonio y MARTÍN MORALES, Ricardo, “La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida”, Civitas, Madrid, 2001, páginas 70 a 134, vid. concretamente, página 71; FERNÁNDEZ ENTRALGO, Jesús, “Prueba ilegítimamente obtenida”, en *La Ley*, 1990 (La Ley 4676/2001); FIDALGO GALLARDO, Carlos, “Las pruebas ilegales: de la exclusionary rule estadounidense al artículo 11.1 LOPJ”, Centro de

doctrine, básicamente porque, explican, dicha doctrina se halla incorporada al ordenamiento jurídico español a través de los términos “directa o indirectamente” del artículo 11.1 LOPJ, aunque dicha figura, al igual que en EEUU, ha padecido un progresivo cercenamiento⁴⁷⁸, consistente en la aplicación de las siguientes

Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2003, página 35; GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás, “Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal”, op.cit., página 334 (nota 59); LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, “Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida”, Akal, Madrid, 1989, páginas 147-148; MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, “Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, páginas 63 a 106, vid., página 76; MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, “La regla de exclusión de la prueba ilícita: historia de su nacimiento y de su progresiva limitación”, op.cit., páginas 53 a 66; VELASCO NÚÑEZ, Eloy, “Doctrina y limitaciones a la teoría del ‘fruto del árbol envenenado’ en la prueba ilícita (EE.UU. y España)”, en *Revista General de Derecho*, número 624, 1996, página 10162.

⁴⁷⁷ SSTC 22/2003, de 10 de febrero, FJ 10º; 149/2001, de 27 de junio, FJ 3º; 81/1998, de 2 de abril, FJ 4º; 49/1996, de 26 de marzo FJ 2º; 85/1994, de 14 de marzo, FJ 4º; SSTS (Sala de lo Penal) de 18 de julio de 2002 (RJ 2002\7997), que establece en su FJ 2º que “La justificación de este denominado «efecto dominó» (SSTS de 15 de diciembre de 1994 [RJ 1994, 10153] , 19 de junio de 1999 [RJ 1999, 5659] , núm. 457/1999, 31 de enero de 2000 [RJ 2000, 727] , núm. 65/2000, 29 de diciembre de 2000 [RJ 2000, 10478] , núm. 1850/2000, entre otras), que derriba y arrastra toda la prueba derivada de la vulneración constitucional , se encuentra en que sólo de este modo se asegura que la prueba ilícita inicial no surta efecto alguno en el proceso . Cuando la prueba de cargo inicial ha sido obtenida mediante una actuación vulneradora de los derechos fundamentales, procede la anulación de su efectividad probatoria, y, como consecuencia del denominado «efecto dominó», ello determina el decaimiento de todas las pruebas posteriores derivadas de ella (STS 6-10-1999 [RJ 1999, 7023] , núm. 1380/1999”); 29 de diciembre de 2000 (RJ 2000\10478), FJ 1º; 31 de enero de 2000 (RJ 2000\727), FJ 2º; 6 de octubre de 1999 (RJ 1999\7023), FJ 1º; 19 de junio de 1999 (RJ 1999\5659), FJ 8º; 15 de diciembre de 1994 (RJ 1994, 10153), FJ Único; 4 de julio de 1997 (RJ 1997\6008), FJ 2º; 17 de junio de 1994 (RJ 1994\5176), FJ 4º; y ATS (Sala de lo Penal), de 18 de junio de 1992 (RJ 1992\6102), denominado *Caso Naseiro*, FFJJ 7º y 8º.

⁴⁷⁸ Sobre el progresivo cercenamiento, llegándose incluso a abandonar dicha doctrina en la actualidad por parte del Tribunal Supremo norteamericano, vid. GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, “Nuevas tendencias en materia de prueba ilícita. El caso *Hudson v. Michigan* y el ocaso de la *Exclusionary Rule* en EEUU”, en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, número 20, 2008, páginas 23 a 36. Vid. asimismo, MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, “La regla de exclusión de la prueba ilícita:...” , op.cit., páginas

excepciones por parte de la jurisprudencia del TC y de la Sala 2ª del TS⁴⁷⁹:

- 1.- *Excepción de la prueba “jurídicamente independiente”*, que establece que se debe llevar un riguroso examen de causalidad entre la prueba ilícita y la posteriormente contaminada, esto es, se debe determinar si la prueba es independiente de la prueba ilícitamente declarada⁴⁸⁰.
- 2.- *El llamado “descubrimiento inevitable”*, esto es, aquellos supuestos en que la prueba de la que deriva otra ilícita podría haberse encontrado de manera ineludible a través de otra fuente de prueba⁴⁸¹.

57 a 66; SEOANE SPIEGELBERG, José Luis, “La Prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil...”, op.cit., página 310.

⁴⁷⁹ Vid., por todos, MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, “La regla de exclusión de la prueba ilícita:...”, op.cit., páginas 57 a 66.

⁴⁸⁰ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, “La regla de exclusión de la prueba ilícita:...”, op.cit., página 57, nota 36, que cita la STC 54/1996, FJ 9º. Vid. asimismo, SSTC 86/1995, que otorga validez de la prueba de confesión del inculcado tras un registro declarado ilícito, criticada por CARMONA RUANO, Miguel, “De nuevo la nulidad de la prueba: ¿es indiferente el momento en que puede declararse?”, *Jueces para la Democracia*, número 25, julio 1996, páginas 95 a 99, cuyo texto puede encontrarse en <http://www.juecesdemocracia.es/revista/revista%2025%20marzo%201996.pdf>, visitada el 12 de noviembre de 2012. La tesis de la STC 86/1995 es rechazada por la STS (Sala de lo Penal), de 4 de julio de 1997 (RJ 1997\6008), FFJJ 3º y 4º, pero en cambio admite la tesis del descubrimiento inevitable, que veremos a continuación.

⁴⁸¹ Vid. SSTC 238/1999, de 20 de diciembre, FFJJ 2º y 3º y 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 4º; SSTS (Sala de lo Penal) de 21 de julio de 2011 (JUR 2011\274844), FJ 7º; 29 de abril de 2011 (RJ 2011\4272), FJ 5º; de 10 de febrero de 2011 (RJ 2011\1939), FJ 5º; 24 de febrero de 2005 (RJ 2005\4030), FJ 5º; y 4 de julio de 1997 (RJ 1997\6008), FJ 4º; ATS (Sala de lo Penal) de 29 de enero de 2009 (JUR 2009\87396), FJ 3º; SAP (Penal) Badajoz, de 25 de enero de 2012 (JUR 2012\57438), FJ 1º; Santa Cruz de Tenerife, de 10 de noviembre de 2011 (JUR 2012\14452), FJ 2º; A Coruña, de 31 de octubre de 2011 (ARP 2012\129), FJ 6º; Badajoz, de 1 de junio de 2011 (JUR 2011\267326), FJ 1º; Cantabria de 19 de julio de 2005 (JUR 2005\206936), FJ 1º; Valencia, de 10 de diciembre de 2001 (JUR 2002\66396), FJ 2º; Jaén, de 17 de octubre de 2001 (JUR 2001\331073), FJ 3º; Madrid, de 5 de junio de 1999 (ARP

- 3.- *La doctrina de la conexión de antijuridicidad*, que establece que para el reconocimiento de la ineficacia de la prueba refleja se exige jurisprudencialmente un requisito más, la conexión de antijuridicidad, cuya apreciación libre por parte del juzgador dependerá de la perspectiva interna (índole y características de la vulneración originaria del derecho fundamental), y de la perspectiva externa (las necesidades de tutela del derecho fundamental afectado por la ilicitud)⁴⁸².

A través de la citada conexión de la antijuridicidad, la jurisprudencia ha añadido dos nuevos tipos de excepciones:

- a.- *La confesión voluntaria del inculpado*, que admite la confesión voluntaria del imputado para fundamentar la declaración de condena, aunque dicha declaración sea consecuencia de datos o informaciones obtenidos con vulneración de derechos fundamentales. Básicamente, la

1999\3288), FJ 2º; Barcelona, 29 de octubre de 1998 (ARP 1998\4735), FJ 4º; y Valencia, de 3 de junio de 1997 (ARP 1997\964), FJ 4º.

⁴⁸² Existe abundante doctrina jurisprudencial del TC que aplica la doctrina de la conexión de antijuridicidad, fundamentalmente en el ámbito penal, de la que destacamos las siguientes SSTC: 142/2012, de 2 de julio, FJ 4º; 173/2011, de 7 de noviembre, FJ 2º; 128/2011, de 18 de julio, FFJJ 1º y 2º; 111/2011, de 4 de julio, FJ 4º; 72/2010, de 18 de octubre, FJ 1º; 197/2009, de 28 de septiembre, FJ 10º; 66/2009, de 9 de marzo, FFJJ 4º y 5º; 70/2007, de 16 de abril, FJ 7º; 49/2007, de 12 de marzo, FJ 2º; 281/2006, de 9 de octubre, FJ 2º; 26/2006, de 30 de enero, FJ 11º; 261/2005, de 24 de octubre, FJ 5º; 259/2005, 24 de octubre, FJ 7º; 205/2005, de 18 de julio, FJ 7º; 167/2002, de 18 de septiembre, FFJJ 6º y 8º; 28/2002, de 11 de febrero, FJ 4º; 149/2001, de 27 de junio, FJ 6º; 138/2001, de 18 de junio, FJ 8º; 87/2001, de 2 de abril, FJ 4º; 14/2001, de 29 de enero, FJ 5º; 299/2000, de 11 de diciembre, FJ 9º; 136/2000, de 29 de mayo, FFJJ 6º y 8º; 50/2000, de 28 de febrero, FJ 4º; 8/2000, de 17 de enero, FFJJ 2º, 8º y 9º; 239/2000, de 20 de diciembre, FJ 8º; 238/1999, de 20 de diciembre, FJ 2º; 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 15º; 166/1999, de 27 de septiembre, FJ 4º; 161/1999, de 27 de septiembre, FJ 4º; 139/1999, de 22 de julio, FFJJ 4º y 5º; 94/1999, de 31 de mayo, FJ 6º; 49/1999, de 5 de abril, FJ 14º; 121/1998, de 15 de junio, FJ 6º; 81/1998, de 2 de abril, FJ 4º.

También vid., en materia también penal, ATC 142/2010, de 18 de octubre, FJ 4º; 141/2010, de 18 de octubre (JUR 2010\403647), FJ 4º; 372/2006, de 23 de octubre, FJ 2º; 134/2001, de 23 de mayo, FJ 2º; y 5/2001, de 15 de enero, FJ 3º.

nota de voluntariedad de la confesión convalida el acto originario ilícito⁴⁸³.

b.- *El descubrimiento probablemente independiente*, supuesto que no se debe confundir con la teoría del descubrimiento inevitable, y que obedece a que la prueba declarada ilícita sea independiente del resto de pruebas, esto es, que la actuación inconstitucional no ha sido la única causa de obtención de la prueba que se cuestiona. Por ello, si existen diferentes vías de investigación, se defiende la idea de que, anulada una de ellas por inconstitucional, el resto de líneas debe subsistir y desplegar sus efectos en el procedimiento penal⁴⁸⁴.

4.- La excepción de la buena fe (*good faith*), que se aplica en aquellas actuaciones policiales que son llevadas a cabo bajo el convencimiento de su absoluta legalidad por parte de la policía⁴⁸⁵.

⁴⁸³ Vid., *ad exemplum*, SSTC 142/2012, de 2 de julio, FJ 4º; 66/2009, de 9 de marzo, FFJJ 4º y 5º; 8/2000, de 17 de enero, FFJJ 2º, 8º y 9º; y 86/1995, de 6 de junio, FJ 4º. También vid. MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, “La regla de exclusión de la prueba ilícita:...”, op.cit., páginas 63 y 64.

⁴⁸⁴ SSTC 81/1998, de 2 de abril, FJ 4º; 238/1999, de 20 de diciembre, FJ 2º; 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 15º. Vid. GÁLVEZ MUÑOZ, Luis, “La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales”, op. cit., páginas 186 a 193; MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, “La regla de exclusión de la prueba ilícita:...”, op.cit., páginas 63 y 64.

⁴⁸⁵ Vid., por ejemplo, STC 22/2003, de 10 de febrero, FFJJ 9º a 11º. Dicha manifestación mereció la crítica, mediante voto particular, del Magistrado Guillermo Jiménez Sánchez, y también la crítica de la doctrina. Así, MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, “La regla de exclusión de la prueba ilícita:...”, op.cit., página 65 dice que si se constata la vulneración de un derecho fundamental, la consecuencia jurídica debe ser la inadmisión de la prueba y su valoración, sin que quepa aplicar excepción convalidatoria de la prueba ilícita de la buena fe policial.

Por su parte, PICÓ I JUNOY sostiene que la teoría del fruto del árbol envenenado no ha sido acogida por el artículo 11.1 LOPJ con base a los siguientes argumentos⁴⁸⁶:

- 1.- La STC 114/1984, de 29 de noviembre, de la que trae causa inmediata y directa el artículo 11.1 LOPJ, no cita en ningún lugar de sus fundamentos de Derecho la mencionada doctrina, como tampoco se cita dicha teoría en el *iter* parlamentario del artículo 11.1 LOPJ, por lo que difícilmente pudo tomarla en consideración al formular el citado precepto⁴⁸⁷.
- 2.- En segundo lugar, como destaca PASTOR BORGONÓN, el artículo 11.1 LOPJ “priva de efectos a las pruebas obtenidas violentando los derechos fundamentales directa o indirectamente, pero parece claro que los actos de investigación, realizados conforme a la ley, aunque motivados por informaciones conseguidas como consecuencia de una conducta inconstitucional, no suponen una vulneración indirecta de un derecho o libertad fundamental, ya que no implican una restricción al mismo a través de actos interpuestos”⁴⁸⁸, y dicha autora pone el siguiente ejemplo “la labor de búsqueda e incautación del arma del crimen no significa ninguna restricción (vulneración) del derecho a la libertad de comunicaciones, ni siquiera indirecta”.

⁴⁸⁶ PICÓ I JUNOY, Joan, “La prueba ilícita y su control judicial en el proceso civil”, op.cit., páginas 873 a 876. Del mismo autor, “El derecho a la prueba en el proceso civil”, op. cit., páginas

⁴⁸⁷ En cuanto a un estudio del *iter* parlamentario del artículo 11.1 LOPJ, vid. PICÓ I JUNOY, Joan, “El derecho a la prueba en el proceso civil”, op. cit., páginas 311 a 315.

⁴⁸⁸ PICÓ I JUNOY, Joan, “El derecho a la prueba en el proceso civil”, op. cit., páginas 361 y 362, que cita a PASTOR BORGONÓN, Blanca, “Eficacia en el proceso de las pruebas ilícitamente obtenidas”, en Revista *Justicia*, número 2/1986, páginas 337 a 368, citando expresamente la página 361, y resaltando que dicha opinión es compartida por SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, “Prueba preconstituida y prueba ilícita”, Conferencia realizada en el *Curso sobre el derecho constitucional a la prueba*, organizado por el Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona, el 4 de febrero de 1991.

- 3.- La teoría del fruto del árbol envenenado supone una limitación al derecho a la prueba, consagrado en el artículo 24.2 CE que, como derecho fundamental que es, obliga a efectuar una interpretación flexible y amplia de la legalidad en orden a favorecer su máxima vigencia⁴⁸⁹, a no ser que entre en colisión con algún otro derecho fundamental.
- 4.- El artículo 287 LEC regula la prueba ilícita, pero en ningún momento recoge la doctrina de los frutos del árbol prohibido, por lo que la falta de inclusión debe entenderse como voluntad expresa del legislador de su no recepción.

Con base a lo anteriormente expuesto, cabe concluir que, en nuestra opinión, el artículo 11.1 LOPJ, al indicar “directa o indirectamente” no recoge la doctrina norteamericana de los frutos del árbol envenenado, sino que, de acogerse dicha doctrina en España, lo ha sido gracias a la mencionada doctrina jurisprudencial del TC y del TS. Además, del análisis de la doctrina del Tribunal Supremo norteamericano tenemos que, en el momento de promulgación del artículo 11.1 LOPJ, la citada doctrina se hallaba extraordinariamente limitada⁴⁹⁰, y en la actualidad incluso prácticamente se ha abandonado su aplicación⁴⁹¹.

No obstante, comprobamos que las doctrinas expuestas anteriormente llegan, por caminos diferentes, a un mismo punto, que

⁴⁸⁹ Vid. PICÓ I JUNOY, Joan, “Las garantías constitucionales del proceso”, op. cit., nota 407 de la página 178, que cita las siguientes SSTC: 60/2007, de 26 de marzo (FJ 5º); 122/1997, de 1 de julio (FJ 4º); 45/1996, de 25 de marzo (FJ 3º); 246/1994, de 19 de septiembre (FJ 3º); 1/1992, de 13 de enero (FFJJ 4º y 5º); 205/1991, de 30 de octubre (FJ 3º); 59/1991, de 14 de marzo (FJ 2º); 50/1988, de 22 de marzo (FJ 3º); 76/1987, de 25 de mayo (FJ 2º); 147/1987, de 25 de septiembre (FJ 2º); 30/1986, de 20 de febrero (FJ 8º).

⁴⁹⁰ Vid. HERRMANN, Joachim, “Nuevas orientaciones en la administración de justicia penal norteamericana”, en la revista *Justicia* III, 1987, página 712; y PICÓ I JUNOY, Joan, “El derecho a la prueba en el proceso civil”, op.cit., páginas 355 a 359.

⁴⁹¹ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, “Nuevas tendencias en materia de prueba ilícita. El caso *Hudson v. Michigan* y el ocaso de la *Exclusionary Rule* en EEUU”, en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, número 20, 2008, páginas 23 a 36.

es el de la limitada aplicación o admisión de los efectos reflejos de la prueba ilícita.

Siguiendo en este punto a PICÓ I JUNOY⁴⁹², entendemos que existe un argumento legal en el que puede apoyarse la vigencia de ciertos efectos de la prueba ilícita sin necesidad de acudir a fórmulas foráneas como la doctrina de los frutos del árbol prohibido, y el argumento lo ofrecen el artículo 230 LEC⁴⁹³, que regula la conservación de los actos procesales, y el artículo 243 LOPJ⁴⁹⁴, que regula la nulidad de actuaciones.

En función de estas normas, para admitir la aplicación de los efectos reflejos de la prueba ilícita es necesaria la concurrencia de dos requisitos: En primer lugar, debe existir una relación de causalidad directa e inmediata entre la ilicitud en la obtención de la prueba y el resultado logrado posteriormente merced a dicha ilicitud, y en segundo lugar, dicho autor destaca la imposibilidad de la obtención de la prueba ilícita y/o del resultado logrado por otros medios legales. Este segundo requisito puede dar lugar a juicios hipotéticos sobre la posibilidad o probabilidad de la imposibilidad de la obtención de la prueba ilícita, pero debemos advertir que dichos juicios deberán estar suficientemente motivados y razonados por parte del juzgador⁴⁹⁵.

⁴⁹² PICÓ I JUNOY, Joan, “La prueba ilícita y su control judicial en el proceso civil”, op. cit., páginas 876 a 879.

⁴⁹³ Artículo 230 LEC: “Conservación de los actos. La nulidad de un acto no implicará la de los sucesivos que fueren independientes de aquél ni la de aquellos cuyo contenido hubiese permanecido invariado aun sin haberse cometido la infracción que dio lugar a la nulidad”.

⁴⁹⁴ Artículo 243 LOPJ: “1. La nulidad de un acto no implicará la de los sucesivos que fueren independientes de aquel, ni la de aquellos cuyo contenido hubiese permanecido invariado aun sin haberse cometido la infracción que dio lugar a la nulidad. 2. La nulidad parcial de un acto no implicará la de las partes del mismo independientes de la declarada nula”.

⁴⁹⁵ PICÓ I JUNOY, Joan, “La prueba ilícita y su control judicial en el proceso civil”, op. cit., página 877.

3.- Momento procesal en el que debe determinarse el carácter ilícito de una prueba y legitimación para su denuncia.

Atendiendo a los artículos 283.3 y 287 LEC, así como a los preceptos que regulan la valoración judicial de la prueba, en línea de principio, entendemos que existen hasta tres momentos procesales en los que el Juez puede apreciar la ilicitud de una prueba⁴⁹⁶, a saber: en la fase de admisión de la prueba propuesta por las partes en el acto de la audiencia previa (para el procedimiento ordinario), o bien en el acto de la vista (para el juicio verbal); con posterioridad a la admisión de la prueba, mediante el incidente previsto en el artículo 287 LEC; o finalmente, en el momento de dictar sentencia, cuando el juez valora toda la prueba.

Respecto a la legitimación para denunciar la ilicitud de la prueba, está claro que la tiene la parte perjudicada por la misma, así como el propio juez de oficio, a tenor de lo dispuesto en el artículo 287 LEC⁴⁹⁷. Pero además, como destaca GÁLVEZ MUÑOZ⁴⁹⁸, estará legitimado el colitigante para impugnar la prueba ilícita que perjudique a otra parte del procedimiento, aunque esa prueba no le perjudique directamente, habida cuenta que el perjuicio no es un elemento que toma en consideración el artículo 11.1 LOPJ ni el 287 LEC, ya que la mera existencia de una prueba ilícita afectará básicamente a su propio derecho a un proceso con todas las garantías, y al de igualdad de armas⁴⁹⁹. Incluso debe permitirse la

⁴⁹⁶ No obstante, vid. MONTERO AROCA, Juan, “La prueba en el proceso civil”, op.cit., nota 13 de la página 198, que cita el AAP de Barcelona, de 2 de febrero de 2006 (AC 2006\440), FFJJ 4º a 6º, que resuelve la solicitud de declaración de ilicitud de una prueba aportada junto a una solicitud de adopción de medidas cautelares, que el propio autor tilda de “anormalidad” respecto de los momentos procesales en los que se puede apreciar la ilicitud de una prueba en el proceso civil.

⁴⁹⁷ En este sentido, por ejemplo, SEOANE SPIEGELBERG, José Luis, “La Prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil...”, op.cit., página 299.

⁴⁹⁸ GÁLVEZ MUÑOZ, Luis, “La ineficacia de la prueba...”, op.cit., páginas 216 y 217.

⁴⁹⁹ SSTC 239/1999, de 20 de diciembre (FFJJ 4º, 5º y 8º); 49/1999, de 5 de abril (FJ 12º); 290/1994, de 27 de octubre (FJ 3º); 114/1984, de 29 de noviembre (FJ 1º); STS (Sala de lo Penal), de 1 de junio de 2001 (RJ 2001\4587), FJ Unico. Vid. PASTOR

posibilidad de que un tercero, perjudicado por el contenido de la prueba ilícita, comparezca en el proceso en el marco del procedimiento para denunciar dicha ilicitud y solicitar la inadmisión o rechazo de la prueba⁵⁰⁰.

Asimismo, cabe indicar que el artículo 287 LEC establece que cuando alguna prueba admitida vulnere derechos fundamentales, la parte deberá alegarlo de inmediato, por lo que la alegación extemporánea de una prueba ilícita es una conducta contraria al principio de la buena fe procesal⁵⁰¹.

3.1.- Apreciación de la ilicitud en la fase de admisión de prueba.

La posibilidad de inadmitir la prueba ilícita se basa en el artículo 283.3 LEC, cuando indica que “nunca se admitirá como prueba cualquier actividad prohibida por la ley”, lo que nos lleva a preguntarnos ¿qué actividad probatoria entiende la legalidad procesal como ilícita? La respuesta es que se entiende ilícita cualquier prueba obtenida, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales (artículo 11.1 LOPJ). Por ello, y con base a dicho precepto, el tribunal puede inadmitir una prueba ilícita

BORGOÑÓN, Blanca, “Eficacia en el proceso de las pruebas ilícitamente obtenidas”, op.cit., página 364.

⁵⁰⁰ Piénsese en el ejemplo de la intervención del abogado perjudicado por la aportación procesal de correspondencia entre letrados al objeto de intentar evitar la revelación de lo que contiene dicha correspondencia. Al respecto, PICÓ I JUNOY, Joan, se refiere a la figura de la intervención adhesiva simple para justificar dicha intervención, si bien destaca su carácter excepcional (“El derecho a la prueba en el proceso civil”, op.cit., páginas 332 y 333). Incluso nos sirve el ejemplo ofrecido por GÁLVEZ MUÑOZ, Luis, “La ineficacia de la prueba...”, op.cit., página 217, quien indica que “debe reconocerse la legitimación de una persona cuyas conversaciones han sido grabadas ilícitamente por la policía, y que impugna la prueba con la finalidad de proceder contra su interlocutor”.

⁵⁰¹ Dicho principio se trata en el capítulo quinto. En cuanto a la referencia aquí apuntada, vid. PICÓ I JUNOY, Joan, “El principio de la buena fe procesal”, 2ª Edición, Edit. J. Mª Bosch, Barcelona, 2013, página 174, y SAP Barcelona, de 15 de septiembre de 2011 (JUR 2011\362269), FJ 2º; y SAP Alicante, de 26 de febrero de 2010 (JUR 2010\209046), FJ 6º.

en el acto de la audiencia previa para el procedimiento ordinario o en el acto de la vista, en el juicio verbal⁵⁰².

No obstante, no comparte dicho criterio PICÓ I JUNOY⁵⁰³, para quien una correcta lectura del artículo 287 LEC lleva a la conclusión de que se prevé la apertura de un incidente contradictorio para apreciar o no la existencia de una prueba ilícita, lo que obliga al Juez a admitir (ex artículo 283.3 LEC) la prueba ilícita y tramitar el incidente del artículo 287 LEC, para decidir si una prueba es ilícita o no⁵⁰⁴; y ello con base y fundamento a los siguientes argumentos:

- i.- Porque el régimen de recursos previsto contra la inadmisión de una prueba, esto es, la reposición y posterior protesta (artículo 285.2 LEC), impide la práctica de pruebas para acreditar dicha ilicitud, y ello es básico para apreciar la vulneración de un derecho fundamental⁵⁰⁵.

⁵⁰² Vid. GARBERÍ LLOBREGAT, José, “Derecho procesal civil. Procesos declarativos y procesos de ejecución”, 2ª edición, Edit. J. Mª Bosch, Barcelona, 2012, página 406.

⁵⁰³ PICÓ I JUNOY, Joan, “La prueba ilícita y su control judicial en el proceso civil”, op. cit., páginas 891 a 893.

⁵⁰⁴ Con idéntica opinión, vid. CUADRADO SALINAS, Carmen, “La prueba ilícita en el proceso civil”, *Práctica de Tribunales*, número 76, Sección Estudios, noviembre 2010 (La Ley 13389/2010), página 8; GARBERÍ LLOBREGAT, José, “Los procesos civiles”, Tomo 2, Edit. J. Mª Bosch, Barcelona, 2010, página 1171.

⁵⁰⁵ En idéntico sentido: ABEL LLUCH, Xavier, “Derecho Probatorio”, op.cit., página 289; del mismo autor “Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil”, Edit. J. Mª Bosch, Barcelona, 2005, página 359; ASECIO MELLADO, José Mª, “Comentario al artículo 287”, ob. cit., pág. 1-133; FERNÁNDEZ URZAINQUI, Francisco Javier, “Comentario al artículo 287”, en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, coordinadores Miguel Angel Fernández-Ballesteros, José María Rifá Soler y José Francisco Valls Gombau, Iurgum editores y Atelier Editorial, S.L., Barcelona, 2001, páginas 1312 y 1313; MORENO CATENA, Víctor, *Comentario al art. 287*, en “Proceso civil”, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 2232; y MONTERO AROCA, Juan, “La prueba en el proceso civil”, op.cit., página 198, quien defiende dicho argumento con la idea de que, en audiencia previa, el tribunal carece de elementos de juicio para inadmitir un medio de prueba por ilicitud en la obtención de la fuente.

- ii.- Porque carece de sentido prever un doble mecanismo de protección judicial frente a una prueba ilícita en función del momento en que ésta sea apreciada por el juez.

Sin embargo, es la solución que parece apuntar ASECIO MELLADO⁵⁰⁶, quien admite la inadmisión de la prueba *ex* artículo 283.3 LEC sin abrir el incidente previsto en el artículo 287 LEC⁵⁰⁷.

Asimismo, SEOANE SPIEGELBERG⁵⁰⁸ indica que si al Juez le consta en el propio acto de la audiencia previa que una de las pruebas propuestas es ilícita, nada impide que la inadmita en ese acto.

En el ámbito penal, debemos hacer una breve referencia a la presente cuestión, puesto que existen dos posturas doctrinales enfrentadas: por un lado, ASECIO MELLADO, quien entiende que la prueba ilícita debe desestimarse incluso en fase de instrucción, esto es, la prueba ilícita debe expulsarse del proceso en el momento en el que sea apreciada por el juez; y por otro, la tesis de GIMENO SENDRA, quien entiende que el juez instructor debe mantener la prueba para que, posteriormente, el órgano que enjuicie la causa (Juzgado de lo Penal, Audiencia Nacional, etc) sea el que decida sobre su ilicitud, polémica mantenida a raíz del artículo 13.4 del Borrador de Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal⁵⁰⁹.

⁵⁰⁶ ASECIO MELLADO, José M^a, “Derecho Procesal Civil”, 2^a Edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, páginas 117-118.

⁵⁰⁷ En este sentido, vid. SAP Córdoba, de 1 de diciembre de 2003 (La Ley 198685/2003), FJ 2^o y SAP Cantabria de 22 de marzo de 2005 (La Ley 67247/2005), FJ 2^o.

⁵⁰⁸ SEOANE SPIEGELBERG, José Luis, “La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil...”, *op.cit.*, página 300.

⁵⁰⁹ ASECIO MELLADO, José María, “La exclusión de la prueba ilícita en la fase de instrucción como expresión de la garantía de los derechos fundamentales”, *Diario La Ley*, número 8009, 25 de enero de 2013, páginas 1 a 9 (Referencia La Ley 53/2013);

Por nuestra parte, y habida cuenta que hemos sostenido en el capítulo anterior que la prueba ilegal debe inadmitirse en aplicación del artículo 283.3 LEC, con mayor razón se deberá inadmitir la que vulnere un derecho fundamental. Añadimos los siguientes argumentos:

- 1.- El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas⁵¹⁰, que exige al tribunal no una celeridad en la tramitación del proceso, sino la exigencia de llevar a cabo todas las fases del proceso en el menor tiempo posible⁵¹¹. Por ello, no vemos necesario abrir el incidente del artículo 287 LEC si el tribunal dispone de todos los elementos de juicio en el propio acto de la audiencia previa y puede valorar la aportación de una prueba supuestamente ilícita aplicando el artículo 283.3 LEC.
- 2.- Estamos de acuerdo con la tesis de que, en la mayoría de los casos, la parte que alegue la ilicitud de una prueba no

GIMENO SENDRA, Vicente, “La improcedencia de la exclusión de la prueba ilícita en la instrucción (contestación al artículo del Prof. ASECIO), *Diario La Ley*, número 8021, de 12 de febrero de 2013, (Referencia La Ley 952/2013); y ASECIO MELLADO, José María, “Otra vez sobre la exclusión de las pruebas ilícitas en fase de instrucción penal (Respuesta al Prof. Gimeno Sendra”, *Diario La Ley*, número 8026, 19 de febrero de 2013 (Referencia La Ley 1104/2013). El artículo 13.4 del Borrador de Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal establece lo siguiente: “En cualquier momento en que se constate la existencia de la infracción del derecho fundamental afectado, las informaciones o fuentes de prueba o resultados de las pruebas han de ser excluidos del proceso, sin perjuicio de que, rechazada la exclusión, las partes puedan reproducir con posterioridad la petición de declaración de nulidad de la prueba”.

⁵¹⁰ Vid., por todos, PICÓ I JUNOY, Joan, “Las garantías constitucionales del proceso”, op.cit., páginas 143 a 157. De hecho, destaca dicho autor en la página 145 de la citada obra, que el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas es de aplicación a todos los órdenes jurisdiccionales, citando en la nota 313 las siguientes SSTC: 10/1997, de 14 de enero, FJ 2º; 35/1994, de 31 de enero, FJ 3º; 5/1985, de 23 de enero, FJ 3º; 18/1983, de 14 de marzo, FJ 4º; 24/1981, de 14 de julio, FJ 3º.

⁵¹¹ SSTC 153/2005, de 6 de junio, FJ 2º; 98/2002, de 29 de abril, FJ 4º; 303/2000, de 11 de diciembre, FJ 4º; 32/1999, de 8 de marzo, FJ 3º; 53/1997, de 17 de marzo, FJ Único; 186/1995, de 14 de diciembre, FJ 4º; 144/1995, de 3 de octubre, FJ 2º; 324/1994, de 1 de diciembre, FJ 2º.

podrá estar en disposición de acreditar la misma en la audiencia previa o en el acto de la vista. En esos supuestos, y a efectos prácticos, entendemos que la parte deberá manifestar la ilicitud de la prueba y solicitar (a) la inadmisión de la prueba *ex* artículo 283.3 LEC, (b) formular recurso oral de reposición y posterior protesta *ex* artículo 285.2 LEC, y (c) solicitar la apertura del incidente del artículo 287 LEC para el caso en el que la prueba sea finalmente admitida.

Sin embargo, reiteramos que no vemos mayor complicación para que, en aquellos supuestos en el que la parte pueda acreditar la ilicitud de una prueba en el acto de la audiencia previa⁵¹², el Juez desestime la misma en aplicación del artículo 283.3 LEC, siempre y cuando el destino de la prueba ilícita sea el de la custodia por parte del secretario judicial en aplicación del artículo 459.1 LOPJ, como analizaremos más adelante.

- 3.- La existencia de dos oportunidades procesales para alegar la ilicitud de una prueba (artículo 283.3 LEC, fase de admisión y 287 LEC, una vez admitida⁵¹³)

⁵¹² Por ejemplo, aportación procesal de correspondencia entre abogados junto a la demanda, y obtención de la correspondiente sanción disciplinaria por parte del Colegio de Abogados correspondiente en la que se indique la vulneración del secreto profesional del abogado por dicha aportación. Dicha resolución colegial se podrá aportar al procedimiento junto a la contestación a la demanda o posteriormente (artículo 370 LEC). En consecuencia, no vemos inconveniente alguno en que, si el Juez dispone de ambos elementos en el acto de la audiencia previa, desestime en dicho acto la prueba documental propuesta que conste de correspondencia entre letrados. Lo expresado igualmente es aplicable a grabaciones entre letrados acompañadas en cualquier formato o soporte junto a los escritos de alegaciones de las partes.

⁵¹³ La posibilidad de que se pueda excluir la prueba ilícita en dos momentos procesales distintos (admisión de la prueba y con posterioridad a su admisión) se admite por la siguiente doctrina emitida con posterioridad a la entrada en vigor de la LEC 1/2000: DE URBANO CASTRILLO, Eduardo y TORRES MORATO, Miguel A., “La prueba ilícita penal. Estudio jurisprudencial”, *op.cit.*, página 53; GÁLVEZ MUÑOZ, Luis, “La ineficacia de la prueba...”, *op.cit.*, página 217; y SEOANE SPIEGELBERG, José Luis, “La Prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil...”, *op.cit.*, páginas 300 y 301.

entendemos que optimiza el derecho de defensa de las partes y garantiza el derecho a la tutela judicial efectiva. Es más, en caso de duda por parte del juzgador en el acto de la audiencia previa, o bien por solicitud de las partes, siempre cabrá el recurso de admitir la prueba y abrir el incidente del artículo 287 LEC⁵¹⁴.

3.2.- Con posterioridad a la admisión de la prueba.

En este momento procesal la denuncia de la ilicitud probatoria se llevará a cabo mediante la aplicación del artículo 287 LEC. Estamos de acuerdo con PICÓ I JUNOY cuando afirma que “durante la práctica del medio probatorio, la parte que pretenda hacer valer la ilicitud deberá alegarlo inmediatamente en el acto del juicio, procediéndose a iniciar el incidente del art. 287 LEC, lo que probablemente exigirá interrumpir su sustanciación (art. 193.1.1º LEC)”⁵¹⁵.

Justamente, el ejemplo que pone dicho autor es el de la declaración de un testigo que vulnere, mientras declara ante el Juez, su deber de guardar secreto conculcando el derecho a la intimidad del artículo 18.1 CE de una de las partes, supuesto en el que se deberá abrir el incidente del artículo 287 LEC y suspender el acto de la vista o juicio, en aplicación del artículo 193.1.1º LEC.

⁵¹⁴ Esta es la solución práctica ofrecida por PICÓ I JUNOY, Joan, “La prueba ilícita y su control judicial en el proceso civil”, op. cit., página 893, al indicar que “En el primero de los supuestos, esto es, cuando el juez admite una prueba considerada como ilícita, la parte contraria –e incluso el propio juez- debe alegar dicha circunstancia de inmediato (art. 287.1 LEC) para discutir y practicar prueba sobre su alegación al inicio del juicio (art. 287.1.II LEC). En consecuencia, lo más lógico es pensar que dicha alegación se producirá oralmente en el trámite de la audiencia previa, ya que éste es el momento de la admisión de la pruebas”.

⁵¹⁵ PICÓ I JUNOY, Joan, “La prueba ilícita y su control judicial en el proceso civil”, op. cit., página 894. En contra de la opinión de suspender e iniciar el incidente, vid. CUADRADO SALINAS, Carmen, “La prueba ilícita en el proceso civil”, op.cit., páginas 8 y 9 de su impresión desde La Ley 13389/2010.

Por ello, entendemos que la posible vulneración del secreto profesional del abogado en el interrogatorio de parte o en la prueba testifical tendrá lugar en el acto del juicio, primer momento procesal en el que el declarante podrá vulnerar su secreto profesional, respondiendo a las preguntas de los abogados de las partes (testifical), o bien respondiendo a las preguntas de la otra parte (interrogatorio de parte), momento en el que la parte perjudicada por dicha declaración, o el propio juez, tendrán que poner de manifiesto la causa de ilicitud, abrir el incidente regulado en el artículo 287 LEC e interrumpir la sustanciación de la vista⁵¹⁶.

Finalmente, cabe destacar el contenido del artículo 287.2 LEC, que establece que contra la resolución que estime o desestime la ilicitud de una prueba sólo cabrá recurso de reposición, que se interpondrá, sustanciará y resolverá oralmente en el mismo acto del juicio o vista, sin posibilidad de ulterior recurso, ya que el derecho de las partes a reproducir la impugnación de la prueba ilícita deberá formularse en la apelación contra la sentencia definitiva.

3.3.- En el momento de dictar sentencia: el posible impacto de la prueba ilícita en la mente del juzgador.

Asimismo, en principio, cabe la posibilidad de que el Juez estime de oficio la ilicitud de una prueba en el momento de dictar sentencia⁵¹⁷. Sin embargo, dicha posibilidad plantea dos problemas prácticos:

⁵¹⁶ Artículo 193. Interrupción de las vistas. 1. Una vez iniciada la celebración de una vista, sólo podrá interrumpirse: 1º Cuando el tribunal deba resolver alguna cuestión incidental que no pueda decidir en el acto.”

⁵¹⁷ Así, vid. SAP Burgos de 25 de octubre de 2004 (La Ley 222351/2004), FJ 3º, en la que el Juez no valora un dictamen pericial al haber reconocido el perito en el acto del juicio que se introdujo en la vivienda de la demandada sin autorización de ésta, motivo por el cual, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 18 CE, 11.1 LOPJ y 348 LEC, el Juez omite cualquier valoración del informe pericial.

El primero de ellos consiste en la posible indefensión a la parte que ha propuesto y practicado el medio de prueba, por lo que confía en su valoración judicial, que se ve como sorpresivamente se declara la ilicitud de la prueba sin posibilidad de alegar nada al respecto⁵¹⁸.

El segundo de ellos consiste en el riesgo del impacto que puede tener una prueba ilícita –aún inconscientemente- en la mente del juzgador a la hora de valorar en su sentencia el resto de las pruebas practicadas⁵¹⁹. En este sentido, y como bien apunta PICÓ I JUNOY, la valoración de una prueba ilícita comporta la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y la igualdad de armas procesales⁵²⁰. A pesar de que

⁵¹⁸ Es el riesgo apuntado por MONTERO AROCA, Juan, “La prueba en el proceso civil”, op.cit., página 200, quien, para evitar dicha indefensión, sugiere la posibilidad de que el juez, de oficio, inste un incidente de nulidad de actuaciones del artículo 240 LOPJ y 227.2 LEC para dar la oportunidad a las partes de discutir sobre la ilicitud de la prueba ante el tribunal con posterioridad al acto del juicio o vista y con anterioridad a dictar sentencia.

⁵¹⁹ Al respecto, vid. PICÓ I JUNOY, Joan, “El problema del efecto psicológico de la prueba ilícita”, en *Iuris*, número 171, mayo 2012, páginas 35 a 37. Sobre el razonamiento del juzgador a la hora de dictar Sentencia, vid. DE MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos, “El juicio en la mente del Juzgador: ¿Cómo razona?”, en VVAA, ABEL LLUCH, Xavier, PICÓ I JUNOY Joan y RICHARD GONZÁLEZ, Manuel, Directores, “*La prueba judicial*”, Editorial La Ley, Madrid, 2011, páginas 225 a 246; ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, “Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal” en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, número 12, 1992, páginas 257 a 300; MUÑOZ SABATÉ, Lluís, “Curso de probática judicial”, La Ley, Madrid, 2009; del mismo autor, “Curso superior de probática judicial. Cómo probar los hechos en el proceso”, Editorial La Ley, Madrid, 2012, páginas 201 a 203; NIEVA FENOLL, Jordi, “La valoración de la prueba”, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2010; y SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, “Contribución al estudio de la prueba”, en *Estudios de Derecho Procesal*, Editorial Ariel, Barcelona, 1969, páginas 355 a 366.

⁵²⁰ PICÓ I JUNOY, Joan, “La prueba ilícita y su control judicial en el proceso civil”, op. cit., página 886, que cita el FJ 5º de la STC 114/1984, de 29 de noviembre: “constatada la inadmisibilidad de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales, su recepción procesal implica una ignorancia de las «garantías» propias al proceso (art. 24.2 de la Constitución) implicando también una inaceptable confirmación institucional de la desigualdad que se ha procurado en el juicio (art. 14 de la Constitución), desigualdad que se ha procurado antijurídicamente en su provecho quien ha recabado instrumentos probatorios en desprecio a los derechos fundamentales de otro”.

el artículo 11.1 LOPJ prohíbe cualquier valoración de la prueba ilícita por parte del juzgador, subsiste no obstante el riesgo de que dicha prueba tenga un efecto psicológico en el juzgador⁵²¹, máxime si tenemos en cuenta, como destaca PICÓ I JUNOY “que, en la mayoría de los casos, la ilicitud en la obtención de la prueba no empece la certeza de los hechos que acredita. Es más, es muy probable que incorpore la realidad de los mismos, realidad que cuesta mucho obtener por vías legales, lo que provoca que se acuda a métodos ilícitos”⁵²².

Consciente PICÓ I JUNOY del problema anteriormente expuesto, ofrece tres posibles soluciones⁵²³:

- 1.- La primera de ellas parte de la base de la *imposibilidad por parte del juez de mostrarse totalmente ajeno a la valoración de la prueba ilícita*, por lo que su resultado debe valorarse conjuntamente con el resto de pruebas (lícitas) obrantes en el proceso⁵²⁴. Dicha solución, advierte PICÓ I JUNOY, contraviene el contenido del artículo 11.1 LOPJ, por lo que debe ser descartada, opinión que compartimos, puesto que, de lo contrario, carecería de sentido dicho precepto, así como el 287 LEC.
- 2.- La segunda opción consiste en la *recusación del Juez que ha tenido contacto con la prueba ilícita*. Se argumenta que, en caso contrario, se está obligando al juez a realizar un verdadero ejercicio de acrobacia psicológica (*psychologisches Akrobatenstünck*).

⁵²¹ Como advierte del mismo GÁLVEZ MUÑOZ, Luis, “La ineficacia de la prueba...”, op.cit., páginas 159 a 161.

⁵²² PICÓ I JUNOY, Joan, “El problema del efecto psicológico de la prueba ilícita”, op.cit., páginas 35 y 36.

⁵²³ PICÓ I JUNOY, Joan, “La prueba ilícita y su control judicial en el proceso civil”, op. cit., páginas 887 y 888.

⁵²⁴ MUÑOZ SABATÉ, Lluís, “Técnica Probatoria”, op.cit., página 77.

A pesar de que existe doctrina que se adhiere a esta solución, e incluso llegan a fundamentar la misma en el artículo 219.10 LOPJ, para sostenerla legalmente, PICÓ I JUNOY entiende que la presente solución plantea un grave problema, consistente en el uso torticero de la recusación, con el ánimo de dilatar indebidamente el proceso. Así, sería fácil para la parte que pretendiera dilatar el proceso, puesto que lo único que debería hacer sería introducir una prueba ilícita en el proceso, para posteriormente recusar al Juez⁵²⁵.

- 3.- La tercera de las soluciones consiste en *controlar cualquier posible efecto de la prueba ilícita en la mente del juzgador a través de la motivación de la sentencia*, que deberá ponderar y mostrar escrupulosamente en qué prueba concreta se basa para estimar acreditados unos hechos u otros, escapando de la corruptela de valoración conjunta de las pruebas⁵²⁶, esto es, cuando exista una prueba declarada ilícita en el marco de un procedimiento civil, se deberá exigir al Juez una exquisita redacción de la sentencia, indicando detalladamente en qué elementos probatorios se basa para decidir la controversia. Sólo así se disipará cualquier duda y se demostrará que no se ha tenido en consideración ningún efecto de la prueba declarada ilícita.

En nuestra opinión, estimamos que, en la práctica, se pueden aplicar la tercera solución (exigencia de motivación de la sentencia) de las anteriormente expuestas, por lo siguiente:

- 1.- Con carácter preferente, estamos de acuerdo con la opinión de PICÓ I JUNOY, consistente en exigir al Juez una exquisita motivación de la sentencia cuando exista

⁵²⁵ Vid. PICÓ I JUNOY, Joan, “La prueba ilícita...”, op.cit., páginas 888 y 889. Tampoco se halla conforme con dicha solución GÁLVEZ MUÑOZ, Luis, “La eficacia de la prueba...”, op.cit., página 224.

⁵²⁶ Vid. PICÓ I JUNOY, Joan, “El derecho a la prueba en el proceso civil”, op.cit., páginas 28 y 29.

una prueba expulsada del procedimiento judicial, como consecuencia de su ilicitud.

Con el ánimo de proporcionar una solución práctica, ésta podría consistir en exigir al juzgador un listado de hechos probados y la correspondencia probatoria en la que se basa para estimar su plena prueba⁵²⁷. Con ello, se expulsaría del procedimiento la prueba ilícita, y asimismo se ofrecería un detalle que despejaría cualquier duda sobre el posible efecto psicológico de la prueba ilícita en la mente del juzgador.

- 2.- No obstante, ¿qué sucede en aquellos supuestos en los que la prueba ilícita es la fundamental para resolver el pleito, que resulta casi imposible eliminarlo de la mente del juzgador?

Entendemos que en estos supuestos, excepcionales, el juez puede motivar su sentencia con base y fundamento en el artículo 217 LEC, esto es, deberá desestimar la pretensión de la parte beneficiada por la prueba ilícita al desaparecer (*ex* artículos 11.1 LOPJ y 247 LEC) la única prueba fundamental en la que sostenía sus pretensiones.

Lo anterior nos lleva a otra consideración adicional: ¿qué sucede cuando, a pesar de la ilicitud de una prueba, el juez falla a favor de la parte beneficiada por la prueba ilícita, sin aplicar el artículo 217 LEC, es decir, sin motivar adecuadamente su sentencia? En este supuesto, el control del contenido de la sentencia será revisado en

⁵²⁷ Por ejemplo, mediante un listado de hechos: “1.- Se entiende acreditada la existencia de contrato de compraventa, mediante los Documentos número 1 a 3, que indican [...], así como por la declaración testifical del Sr. [], que dijo en el acto del juicio [...]; 2.- Se entiende asimismo acreditado el cumplimiento de la Sociedad X, mediante los Documentos número 4 a 7, que indican [...], por la declaración del legal representante de la Sociedad Y, quien admitió en el acto del juicio los siguientes hechos perjudiciales para su persona [...]; 3.- Se entiende acreditado el incumplimiento contractual de la Sociedad Y, mediante los Documentos 8 a 10, por la declaración del legal representante de la Sociedad Y, quien admitió en el acto del juicio los siguientes hechos perjudiciales para su persona [...]; etcétera”.

sede de recurso de apelación o, en su caso, extraordinario por infracción procesal.

4.- Sobre las consecuencias y el destino de la fuente ilícitamente obtenida.

El artículo 11.1 LOPJ establece que las pruebas ilícitas “no surtirán efecto”. Por ello, está claro que deben de sustraerse del proceso, pero custodiada por el secretario judicial. Sin embargo, el artículo 287 LEC no resuelve el problema de qué hacer con la prueba ilícita, una vez es declarada su ilicitud.

Lo que parece claro es que, como señala PICÓ I JUNOY⁵²⁸, la ilicitud de la prueba (i) es total y plena y no puede servir para acreditar ningún hecho litigioso⁵²⁹; (ii) no cabe la posibilidad de que se convalide o se subsane por parte del órgano jurisdiccional⁵³⁰; y (iii) tampoco es posible que se pueda convalidar gracias a una actitud “pasiva” de la parte perjudicada por dicha prueba, no denunciando la ilicitud, pues ésta se puede apreciar de oficio.

Por ello, la doctrina ha ofrecido los siguientes posibles destinos de la prueba declarada ilícita:

⁵²⁸ PICÓ I JUNOY, Joan, “La prueba ilícita...”, op.cit., página 881.

⁵²⁹ STS (Sala de lo Penal) de 13 de diciembre de 2004 (RJ 2005\760), FJ 2º: “En síntesis, la sentencia de instancia declara nulas las declaraciones de las tres personas absueltas pero las recupera en una especie de sanación en raíz parcial y a posteriori dándoles el valor de testifical en cuanto a las imputaciones que en aquellas se contienen contra el recurrente que les pedía dinero a cambio de no perseguir la venta de droga. Tal proceder es totalmente inadmisibile. En primer lugar, las declaraciones declaradas nulas lo son de forma total y absoluta, no pudiendo ser nulas en algunos aspectos –los que incriminan a los declarantes– y válidas en otros –en cuanto incriminan al recurrente–. Tal división ignora la radical unidad de toda declaración cuya validez no puede ser troceada. Si hubo nulidad lo es en su integridad.

⁵³⁰ STS 14 de marzo de 1991 (RJ 1991\2133), FJ 2º, citada por PICÓ I JUNOY, Joan, “La prueba ilícita...”, op.cit., página 882.

- 1.- Si la vulneración del derecho fundamental es constitutiva de delito, el juez civil deberá remitir la misma al Juzgado de Instrucción competente⁵³¹.
- 2.- Si la vulneración del derecho fundamental no es constitutiva de delito, el juez civil debería entregar la prueba ilícita a aquella parte que ha visto infringido su derecho fundamental, o bien proceder a su destrucción⁵³².

No obstante, y a pesar de existir alguna resolución judicial que ordena proceder a la destrucción de la prueba ilícita⁵³³, el problema de la solución anteriormente apuntada consiste en la falta de encaje normativo, puesto que ni la LEC ni la LOPJ la contemplan. Además, plantea problemas para cuando la parte perjudicada por el rechazo de la prueba desea volver a proponerla en segunda instancia, pues si ha sido destruida o se ha devuelto a la parte contraria puede ser que en apelación ya no sea posible la práctica de la prueba si la Audiencia Provincial entiende que era admisible.

⁵³¹ MONTERO AROCA, Juan, “La prueba en el proceso civil”, op.cit., páginas 200 y 201; en el mismo sentido, SEOANE SPIEGELBERG, José Luis, “La Prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil...”, op.cit., página 311.

⁵³² MONTERO AROCA, Juan, “La prueba en el proceso civil”, op.cit., página 201, quien indica lo siguiente: “Si la fuente de prueba es una grabación de una conversación telefónica obtenida ilícitamente, y suponiendo que ello no sea delito, parece absurdo que el destino de la fuente, declarada ilícita en el proceso civil, sea devolverla a la parte que la ha presentado. En todo caso, podría debatirse sobre si la parte que ha visto vulnerado su derecho fundamental al secreto de las comunicaciones tiene o no derecho a que la cinta se le entregue a ella; más aún, cabría entender que el destino de la cinta es la destrucción, si se niega el derecho anterior o si esa parte no pide la entrega”; en el mismo sentido, SEOANE SPIEGELBERG, José Luis, “La Prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil...”, op.cit., página 311.

⁵³³ ATS (Sala de lo Penal) de 18 de junio de 1992 (RJ 1992\6102); FJ 9º, que establece que “otro de los efectos de esta declaración será la destrucción inmediata de todas las cintas y de sus transcripciones mecanográficas, en presencia, si lo desean, de las partes y con intervención, por supuesto, del Secretario Judicial que dará fe de su destrucción, quedando mientras tanto bajo su custodia”.

3.- Custodia de la prueba ilícita por parte del secretario judicial. Esta es la solución que sugiere PICÓ I JUNOY⁵³⁴, a la que nos adherimos, por lo siguiente:

- La solución apuntada tiene encaje normativo en el artículo 459.1 LOPJ, que establece: “los secretarios judiciales responderán del depósito de los bienes y objetos afectos a los expedientes judiciales, así como del de las piezas de convicción en las causas penales, en los locales dispuestos a tal fin. Todo ello, sin perjuicio de las excepciones que puedan establecerse reglamentariamente en cuanto al destino que deba darse a éstos en supuestos especiales”.
- Impide que ninguna de las partes pueda manipular, alterar o destruir la prueba declarada ilícita.
- Impide que el Juez pueda examinar la misma y/o “contaminarse” a la hora de dictar sentencia.
- Permite que el órgano judicial superior pueda revisar la declaración de ilicitud de la prueba, si dicha declaración es recurrida por la parte perjudicada de su expulsión del proceso.
- Y finalmente, permite depurar ulteriores responsabilidades (disciplinarias, civiles o penales) del sujeto que haya vulnerado un derecho fundamental aportando la prueba ilícita al procedimiento.

5.- Prueba ilícita y secreto profesional del abogado.

En cuanto al secreto profesional del abogado, hemos manifestado en el capítulo segundo que la jurisprudencia y la doctrina científica vinculan estrechamente el secreto profesional con los artículos 18 y 24 CE. Por ello la prueba que vulnere el secreto profesional del abogado implica su ilicitud, con las consecuencias anteriormente apuntadas.

⁵³⁴ PICÓ I JUNOY, Joan, “La prueba ilícita...”, op.cit., página 885.

Así lo entienden algunos autores, como SOLDADO GUTIÉRREZ, quien indica que “finalmente, las pruebas obtenidas con violación del secreto profesional han de considerarse ilícitas porque ello implica violación de derechos fundamentales”⁵³⁵. En el mismo sentido, MEDINA CEPERO, quien afirma que “así, por ejemplo, serían ilícitas unas pruebas obtenidas violando derechos amparados por el secreto profesional (grabaciones de unas conversaciones entre un abogado y su cliente), personal (la sustracción de unos diarios biográficos íntimos) o religioso (el registro de una conversación entre un penitente y su confesor)”⁵³⁶. Finalmente, citamos a CORTÉS BECHIARELLI, al referirse a la testifical del abogado, afirma que cuando el letrado declara “respecto a hechos o noticias que le ha transmitido su cliente en el curso de la relación profesional, debe reputarse prueba obtenida con violación de derechos fundamentales o libertades públicas, y, en consecuencia, no surtirá efecto de especie alguna, ni las que sean consecuencia derivada de la misma”⁵³⁷.

Aplicando las anteriores consideraciones a los diferentes medios de prueba que pueden incidir en el secreto profesional del abogado, nos podemos encontrar:

- 1.- En cuanto a la prueba documental (o pericial de parte acompañada a los escritos de alegaciones, en la que un abogado-perito vulnerara su secreto profesional), puede que la parte acompañe junto a los escritos iniciales de alegaciones correspondencia mantenida entre letrados, protegida por secreto profesional, o bien algún otro documento que vulnere dicho secreto. Siguiendo con el ejemplo de la correspondencia

⁵³⁵ SOLDADO GUTIÉRREZ, José, “El secreto profesional del abogado”, op.cit., página 1200.

⁵³⁶ MEDINA CEPERO, Juan Ramón, “La ilicitud de la prueba en el proceso civil”, Repertorio de Jurisprudencia número 37/2002, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2002 (Referencia Aranzadi BIB 2002\2153).

⁵³⁷ CORTÉS BECHIARELLI, Emilio, “El secreto profesional del abogado y del procurador y su proyección penal”, Editorial Marcial Pons, Barcelona, 1998, página 130.

entre letrados, la parte perjudicada deberá instar el procedimiento sancionador ante el Colegio de Abogados correspondiente. En el supuesto que el Colegio sancione al abogado que ha aportado la correspondencia, dicha resolución deberá aportarse al proceso al objeto de defender que se ha vulnerado el secreto profesional del abogado. Por ello, hemos mantenido que se podría rechazar la prueba ilícita en el propio acto de la audiencia previa (art. 283.3 LEC) si el Juez dispone de los elementos para apreciar la ilicitud de la prueba. No obstante, de admitirse la prueba podrá abrirse el incidente contradictorio del artículo 287 LEC.

- 2.- En cuanto a la prueba de interrogatorio del propio abogado como parte (art. 307 LEC), o bien la testifical del abogado (art. 371 LEC), y a los efectos que interesan en el presente capítulo⁵³⁸, entendemos que el secreto profesional se podría vulnerar en el acto del juicio o vista⁵³⁹, ya que será el primer momento procesal, al contestar a las preguntas por parte del abogado, en el que la parte o el juez de oficio, podrán apreciar la posible ilicitud de la prueba, inadmitiendo aquellas preguntas que vulneren el secreto profesional.

En este supuesto, difícilmente se podrá expulsar la prueba del procedimiento, puesto que la declaración que vulnere el secreto profesional, de producirse, quedará registrada en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y la imagen (artículo 147 LEC). Por ello, deberá exigirse al Juez una motivación detallada en sentencia, respecto a las pruebas que acreditan los hechos controvertidos, al objeto de evitar cualquier efecto psicológico de la prueba ilícita.

⁵³⁸ Para un estudio de dichos medios de prueba en relación con el secreto profesional, vid. supra, capítulo segundo, punto 11.

⁵³⁹ Citamos dicho supuesto como regla general, aunque sería posible la vulneración del secreto profesional mediante la práctica de diligencias preliminares (artículos 256 y siguientes LEC), o bien mediante la práctica de prueba anticipada (artículos 293 y siguientes LEC).

- 3.- En cuanto a la prueba pericial, debemos recordar que el artículo 342 LEC establece que el perito designado judicialmente dispone de un plazo de dos días para que manifieste si acepta el cargo. Consiguientemente si el perito-abogado estima que, al realizar la pericia, vulnerará el secreto profesional, entonces no deberá aceptar la pericia.

En el supuesto en que el perito-abogado nada indique y, con su pericia, vulnere el secreto profesional (por ejemplo, analizando situaciones jurídicas haciendo referencia a personas, datos o circunstancias concretas), nos hallaremos ante un supuesto de revelación ilícita y directa del mismo, por lo que se abriría el incidente del artículo 287 LEC y, en su caso, se expulsaría dicha prueba del proceso, mediante su custodia por parte del Secretario Judicial.

- 4.- En cuanto a la prueba de reconocimiento judicial, entendemos que el secreto profesional del abogado puede vulnerarse en dos momentos procesales distintos:

El primero de ellos, como señala MONTERO AROCA⁵⁴⁰, en sede de diligencias preliminares, y en concreto en las medidas que el juez pueda adoptar para identificar a los integrantes de un grupo de afectados (artículo 256.1.6º LEC), ya que ante la negativa del requerido, en aplicación del artículo 261.5ª LEC, podrá decretar la entrada y registro para encontrar documentos o datos precisos⁵⁴¹. En esta situación puede vulnerarse el secreto profesional del abogado en la práctica de entrada y registro de un despacho de letrados, sin respetar el contenido de dicho secreto⁵⁴², con lo que dicha prueba podría declararse ilícita en el propio acto de la audiencia previa, aunque ante la posible oposición de alguna de las partes, o bien el propio juez

⁵⁴⁰ MONTERO AROCA, Juan, “La prueba en el proceso civil”, op.cit., página 173.

⁵⁴¹ La entrada y registro que prevé esta norma ha sido declarada constitucional en la STC 222/2012, de 27 de noviembre.

⁵⁴² Vid. supra, capítulo segundo, punto 11.v., de la presente obra.

de oficio, podría admitir la prueba y abrir el incidente del artículo 287 LEC.

Y el segundo de ellos consiste en la práctica de reconocimiento judicial de un despacho de abogados, en aplicación de los artículos 353 y siguientes LEC. Por ello, entendemos que en el supuesto en el que se vulnera el secreto profesional en la práctica de dicho registro o reconocimiento judicial, nada impide iniciar el citado incidente del artículo 287 LEC.

CAPÍTULO QUINTO

VULNERACIÓN DEL SECRETO PROFESIONAL DEL ABOGADO COMO PRESUPUESTO DE MALA FE PROCESAL

5.1.- Introducción.

Hemos analizado en los artículos anteriores que la vulneración del secreto profesional del abogado en el proceso civil lleva aparejada, en nuestra opinión, la ilicitud de la prueba a través de la cual una de las partes pretenda vulnerar dicho secreto.

Además, sostendremos en el presente capítulo que la vulneración del secreto profesional del abogado es una conducta contraria a la buena fe procesal y, por ello, se debe aplicar el artículo 247 LEC, con las consecuencias que citaremos a continuación.

Excedería los límites del presente estudio abordar el estudio en profundidad del principio de la buena fe procesal⁵⁴³, institución regulada en los códigos procesales de carácter democrático⁵⁴⁴, y no exento de alguna crítica doctrinal⁵⁴⁵, por lo que nos centraremos en el estudio de la aplicación del

⁵⁴³ En este sentido, vid., por todos, PICÓ I JUNOY, Joan, “El principio de la buena fe procesal”, Edit. J. M^a Bosch, 2^a edición, Barcelona, 2013, quien realiza un profundo estudio histórico, doctrinal (española y extranjera) y normativo del principio de buena fe procesal, para posteriormente aplicarlo a todos los órdenes jurisdiccionales (civil, penal, contencioso-administrativo y laboral), y finalmente tratar las consecuencias procesales y extraprocesales de su vulneración.

⁵⁴⁴ Vid. PICÓ I JUNOY, Joan, “El principio de la buena fe procesal y su fundamento constitucional”, en “El abuso del proceso: mala fe y fraude de ley procesal”, director Faustino Gutiérrez-Alviz Conradi, *Cuadernos de Derecho Judicial*, número XVIII, CGPJ, Madrid, 2006, páginas 22 a 26, donde el autor contesta negativamente a la pregunta de “¿responde el principio de la buena fe procesal a una determinada ideología política?”. De igual modo ver su reciente estudio “La buona fede processuale: una manifestazione dell’autoritarismo giurisdizionale?”, en *Rivista di Diritto Processuale*, número 1, 2013, páginas 171 a 181.

⁵⁴⁵ Por ejemplo, vid. CACHÓN CADENAS, Manuel, “La buena fe en el proceso civil”, en “El abuso del proceso: mala fe y fraude de ley procesal”, director Faustino Gutiérrez-Alviz Conradi, *Cuadernos de Derecho Judicial*, número XVIII, CGPJ, Madrid, 2006,

mismo al supuesto de vulneración del secreto profesional del abogado en el proceso civil.

5.2.- Regulación y concepto de buena fe procesal.

La formulación inicial del principio de buena fe proviene del derecho romano, y se recoge en el artículo 7.1 CC⁵⁴⁶, por lo que ha sido la doctrina civilista la que más aportaciones ha realizado a su estudio⁵⁴⁷, aunque, como

páginas 223 a 225, quien considera que el legislador de la LEC ha actuado de una forma un tanto irreflexiva, al trasladar al ámbito procesal un contenido similar al del artículo 7 CC, lo que crea constantes conflictos con las garantías constitucionales del proceso, ofreciendo para ello sólidos argumentos históricos. Mucho más crítico es MONTERO AROCA, Juan, “Sobre el mito autoritario de la buena fe procesal”, en *Proceso civil e ideología*, 2ª edición, coordinador Juan Montero Aroca, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, páginas 291 a 349.

⁵⁴⁶ Se recoge como principio general en el citado artículo, que establece que “los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe”, y la buena fe se cita expresamente en los siguientes artículos del CC: 7.1, 16.2, 18, 25, 53, 61, 64, 78, 79, 89, 95, 98, 156, 361, 364, 379, 382, 383, 433, 434, 435, 442, 451, 452, 453, 454, 457, 464, 1107, 1160, 1164, 1258, 1262, 1320, 1335, 1434, 1473, 1520, 1529, 1530, 1540, 1688, 1705, 1738, 1778, 1897, 1899, 1940, 1950, 1951, 1955, 1957 y 1959.

⁵⁴⁷ Vid., al respecto, PICÓ I JUNOY, Joan, “El principio de la buena fe procesal”, op.cit., nota 81 de la página 57, y añadimos los estudios de DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, “Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial”, Vol. 1, 6ª Edición, 2007, Civitas, Madrid, páginas 59 a 61; “Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica”, Prólogo a la obra de Karl Larenz, Madrid, 1985, recopilado en “Ensayos Jurídicos”, Tomo I, Editorial Civitas, 2011, Madrid, páginas 303 a 305; “Comentario al artículo 1258 del Código Civil”, recopilado en “Ensayos Jurídicos”, Tomo II, Editorial Civitas, 2011, Madrid, páginas 2131 a 2134; “Buena fe e integración de los contratos”, recopilado en “Ensayos Jurídicos”, Tomo II, Editorial Civitas, 2011, Madrid, páginas 2685 a 2692; “Los principios generales del Derecho en el pensamiento de Federico de Castro”, recopilado en “Ensayos Jurídicos”, Tomo III, Editorial Civitas, 2011, Madrid, páginas 3883 a 3888; “Abogados y formación”, recopilado en “Ensayos Jurídicos”, Tomo III, Editorial Civitas, 2011, Madrid, páginas 4047 y 4048.

señala PICÓ I JUNOY⁵⁴⁸, también se han ocupado de su estudio la doctrina administrativa, laboralista y tributarista⁵⁴⁹.

La buena fe procesal, como principio⁵⁵⁰, se deduce en la actualidad de los artículos 11.1 y 542.2 LOPJ⁵⁵¹, pero fundamentalmente del artículo 247 LEC, cuya redacción tras Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, es la siguiente⁵⁵²:

⁵⁴⁸ Para un análisis de la evolución histórica del principio de la buena fe procesal en Derecho español, vid. PICÓ I JUNOY, Joan, “El principio de la buena fe procesal”, op.cit., páginas 58 a 65.

⁵⁴⁹ Vid. PICÓ I JUNOY, Joan, “El principio de la buena fe procesal”, op.cit., notas 82 a 84, de las páginas 57 y 58.

⁵⁵⁰ Vid. RAMOS MÉNDEZ, Francisco, “El sistema procesal español”, 8ª edición, Atelier, Barcelona, 2010, páginas 301 a 303. En contra de la configuración de la buena fe como un principio procesal, vid. MONTERO AROCA, Juan, “El proceso civil llamado ‘social’ como instrumento de ‘justicia’ autoritaria”, en Proceso civil e ideología, coordinador Juan Montero Aroca, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, página 162, quien básicamente sostiene que lo único que es enjuiciable y sancionable es justamente la mala fe procesal, siendo la buena fe el devenir normal de las partes en el proceso. No obstante, suscribimos las opiniones de CACHÓN CADENAS, Manuel, “La buena fe en el proceso civil”, op.cit., página 235, y PICÓ I JUNOY, Joan, “El principio de la buena fe procesal”, op.cit., página 69, que concluyen que es estéril la discusión, puesto que es lo mismo exigir un comportamiento a las partes conforme a la buena fe procesal, o prohibirles la mala fe procesal y, en palabras de CACHÓN CADENAS, Manuel, “La buena fe en el proceso civil”, op.cit., página 235, “por la sencilla razón de que, siendo lo bueno lo contrario de lo malo, no hay zonas intermedias entre, por un lado, el deber genérico de actuar con buena fe procesal, y, por otro lado, la prohibición, también genérica, de obrar con mala fe procesal”.

⁵⁵¹ El artículo 11.1 LOPJ establece: “En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”; y el 542.2 LOPJ: “En su actuación ante los juzgados y tribunales, los abogados son libres e independientes, se sujetarán al principio de buena fe, gozarán de los derechos inherentes a la dignidad de su función y serán amparados por aquéllos en su libertad de expresión y defensa”.

⁵⁵² Con posterioridad, cabe destacar el artículo 75 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, así como el artículo 10.2 del Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, que también regulan o hacen referencia al principio de la buena fe procesal en sus respectivos ámbitos de aplicación (laboral y mediación civil).

“Artículo 247. Respeto a las reglas de la buena fe procesal. Multas por su incumplimiento

1. Los intervinientes en todo tipo de procesos deberán ajustarse en sus actuaciones a las reglas de la buena fe.
2. Los tribunales rechazarán fundadamente las peticiones e incidentes que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal.
3. Si los Tribunales estimaren que alguna de las partes ha actuado conculcando las reglas de la buena fe procesal, podrán imponerle, en pieza separada, mediante acuerdo motivado, y respetando el principio de proporcionalidad, una multa que podrá oscilar de ciento ochenta a seis mil euros, sin que en ningún caso pueda superar la tercera parte de la cuantía del litigio.

Para determinar la cuantía de la multa el Tribunal deberá tener en cuenta las circunstancias del hecho de que se trate, así como los perjuicios que al procedimiento o a la otra parte se hubieren podido causar.

En todo caso, por el Secretario judicial se hará constar el hecho que motive la actuación correctora, las alegaciones del implicado y el acuerdo que se adopte por el Juez o la Sala.

4. Si los tribunales entendieren que la actuación contraria a las reglas de la buena fe podría ser imputable a alguno de los profesionales intervinientes en el proceso, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, darán traslado de tal circunstancia a los Colegios profesionales respectivos por si pudiera proceder la imposición de algún tipo de sanción disciplinaria.
5. Las sanciones impuestas al amparo de este artículo se someten al régimen de recursos previstos en el Título V del Libro VII de la Ley Orgánica del Poder Judicial.”

Dicho principio es también exigible a la actuación del abogado, obligación contenida en el artículo 36 EGAE, según el cual:

“Artículo 36. Son obligaciones del abogado para con los órganos jurisdiccionales la probidad, lealtad y veracidad⁵⁵³ en cuanto al fondo

⁵⁵³ En cuanto al deber de veracidad del abogado, vid. PICÓ I JUNOY, Joan, “El abogado y su deber de decir la verdad en el proceso civil”, en la obra colectiva dirigida por CARRETERO GONZÁLEZ, Cristina y De MONTALVO JÄÄSKELÄINEN,

de sus declaraciones o manifestaciones, y el respeto en cuanto a la forma de su intervención.”

Asimismo, el artículo 11.1 CDAE establece:

“Son obligaciones de los Abogados para con los órganos jurisdiccionales: a) actuar ante ellos con buena fe, lealtad y respeto.”⁵⁵⁴

Y en el ámbito europeo, debemos citar el artículo 4 CDAUE, según el cual:

“4. Relaciones con los magistrados.

4.1. La deontología aplicable a la actividad judicial.

El Abogado que se presente ante una jurisdicción de un Estado miembro o que actúe en un procedimiento ante dicha jurisdicción, deberá observar las normas deontológicas aplicables a las actuaciones ante la misma.

4.2. Naturaleza contradictoria de los debates.

El Abogado deberá en toda circunstancia respetar el carácter contradictorio de los debates.

Federico *Retos de la Abogacía ante la Sociedad Global*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2012, páginas 571 a 582; también vid. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, “Memoria de pleitos”, concretamente el capítulo “Sobre los abogados”, Editorial Civitas, 2005, Madrid, páginas 99 a 134; CIPRIANI, Franco, “El abogado y la verdad”, en la obra colectiva “Proceso civil e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos: Moción de Valencia (2006), Declaración de Azul (2008)”, coordinadores Juan Montero Aroca y Adolfo Alvarado Velloso, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, páginas 283 a 291; MONTERO AROCA, Juan, “Ideología y proceso civil. Su reflejo en la ‘buena fe procesal’”, en “El abuso del proceso: mala fe y fraude de ley procesal”, director Faustino Gutiérrez-Alviz Conradi, *Cuadernos de Derecho Judicial*, número XVIII, CGPJ, Madrid, 2006, páginas 251 a 319, y más concretamente, vid. páginas 309 a 313.

⁵⁵⁴ Para Cataluña, destaca el artículo 25.d NAC:

“Artículo 25. Obligaciones del abogado hacia la Administración de justicia. En sus relaciones con la Administración de justicia, el abogado deberá cumplir las obligaciones siguientes: [...] d) Comportarse con prudencia, lealtad y buena fe en sus manifestaciones y escritos.”

No podrá ponerse en contacto con un Juez en relación con un asunto sin informar de ello previamente al Abogado de la parte contraria. No podrá entregar pruebas, notas u otros documentos a un Juez sin que sean comunicados en tiempo útil al Abogado de la parte contraria.

Las disposiciones anteriores no se aplicarán cuando las reglas de procedimiento no se rijan por el principio del carácter contradictorio del procedimiento.

4.3. Respeto al juez.

Sin dejar de demostrar su respeto y su lealtad hacia el cargo de Juez, el Abogado defenderá a su cliente concienzudamente y de la forma que considere más apropiada para la defensa de los intereses del cliente, en el marco de la Ley.

4.4. Informaciones falsas o susceptibles de inducir a error.

El Abogado no podrá en ningún momento facilitar, conscientemente, al Juez una información falsa o que pueda inducirle a error.

4.5. Aplicación de la presente normativa a los árbitros y a las personas que ejerzan funciones similares.

Las reglas aplicables a las relaciones entre Abogados y Jueces serán aplicables igualmente a sus relaciones con los árbitros, los peritos y cualquier otra persona encargada, incluso a título ocasional, de asistir al Juez o al árbitro.”

Para buscar la definición del principio de buena fe procesal partimos de las palabras del civilista DÍEZ-PICAZO, quien dice que “el concepto de la buena fe es uno de los más difíciles de aprehender dentro del Derecho Civil y, además, uno de los conceptos jurídicos que ha dado lugar a más larga y apasionada polémica”⁵⁵⁵.

Asimismo, CACHÓN CADENAS estima que las dos principales características de la buena fe son las siguientes: se trata de un concepto

⁵⁵⁵ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, “La doctrina de los propios actos. Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, Edit. J. M^a Bosch, Barcelona, 1963, páginas 134 y135.

jurídico indeterminado y, a la vez, potencialmente omnicompreensivo, esto es, aplicable a todo ámbito jurídico⁵⁵⁶.

Por su parte, y en un esfuerzo para llegar a una definición de buena fe procesal, BANACLOCHE PALAO dice que “una conducta conforme a la buena fe es aquella que sigue las reglas normales y generalmente admitidas de honestidad y rectitud, o como dijo el TS (Sentencia de 3 de abril de 1968) 'consiste en el respeto a las normas de conducta colectiva que son propias de toda conciencia honrada y leal y van implícitamente exigidas en cada caso como necesarias para el normal y feliz término de todo negocio jurídico’”⁵⁵⁷.

Para GIMENO SENDRA “por buena fe entiende la jurisprudencia la conducta ética significada por los valores de honradez, lealtad y justo reparto de la propia responsabilidad y atenuamiento a las consecuencias que todo acto consciente y libre puede provocar en el ámbito de la confianza ajena”⁵⁵⁸.

Estamos de acuerdo con PICÓ I JUNOY, que la define en los siguientes términos: “la buena fe es un concepto jurídico indeterminado, y por tanto sólo pueden efectuarse meras aproximaciones conceptuales sobre la misma. Desde esta perspectiva necesariamente genérica, la buena fe procesal puede definirse como aquella conducta exigible a toda persona, en el marco de un proceso, por ser socialmente admitida como correcta”⁵⁵⁹. La dificultad

⁵⁵⁶ CACHÓN CADENAS, Manuel, “La buena fe en el proceso civil”, op. cit., página 219.

⁵⁵⁷ BANACLOCHE PALAO, Julio, “De la buena fe procesal”, en Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, con A. De la Oliva, I. Díez-Picazo y J. Vegas Torres, Editorial Civitas, Madrid, 2001, página 455.

⁵⁵⁸ GIMENO SENDRA, Vicente, “Derecho Procesal Civil. I. El proceso de declaración parte general”, 4ª edición, Editorial Colex, Madrid, 2012, página 730.

⁵⁵⁹ PICÓ I JUNOY, Joan, “El principio de la buena fe procesal”, op. cit., página 72. De la misma opinión, vid. CACHÓN CADENAS, Manuel, “La buena fe en el proceso civil”, op. cit., páginas 216 a 219, quien cita las siguientes SSTs, a las que hemos añadido el fundamento jurídico de interés para el lector: SSTs 1 de marzo de 2001 (RJ 2001\2588), FJ 5º; 22 de febrero de 2001 (RJ 2001\2609), FJ 2º; 14 de mayo de 2002 (RJ 2002\4441), FJ 3º.

entonces de su comprensión radica en que se trata de un concepto jurídico indeterminado; por ello, cabe realizar meras aproximaciones al mismo, pero resultará fundamental examinar, caso por caso, si la buena fe ha sido contemplada por las partes⁵⁶⁰.

En el ámbito que nos ocupa, una conducta socialmente admitida como correcta por parte del abogado es la que tiende a preservar a toda costa su secreto profesional⁵⁶¹, por lo que la vulneración del secreto profesional se convierte en una conducta incorrecta y, por ello, contraria al principio de la buena fe procesal.

5.3.- Fundamento constitucional: especial atención al artículo 24 CE.

En el marco de un procedimiento judicial, el litigante que pretende incorporar al proceso una prueba que vulnera el secreto profesional se basa en el derecho a la prueba que ofrece el artículo 24 CE. Por ello, una denegación de dicha prueba debe encontrar también un fundamento constitucional, utilizando por ello la teoría de la ponderación de los intereses en conflicto (*balancing*)⁵⁶².

Estamos ante un tema complejo, pues como defiende parte de la doctrina, existe el peligro de que colisionen las garantías del proceso (art. 24 CE) con la buena fe procesal, por lo que la utilización de la buena fe procesal debe quedar subordinada a las exigencias constitucionales del proceso⁵⁶³.

⁵⁶⁰ Vid., por ejemplo, STS 17 de septiembre de 2010, RJ 2010\7132, FJ 3º.

⁵⁶¹ Vid. capítulo segundo, sobre el secreto profesional.

⁵⁶² PICÓ I JUNOY, Joan, “El principio de la buena fe procesal”, op. cit., página 76. Vid. dicha obra (páginas 76 a 97), que incluye un profundo estudio sobre la fundamentación constitucional del principio de la buena fe procesal y, además, aclara planteamientos erróneos sobre dicho principio, como por ejemplo, la buena fe como contenido del valor genérico de Justicia o del principio de seguridad jurídica. Vid., asimismo, NARANJO DE LA CRUZ, Rafael, “Los límites de los derechos fundamentales en las regulaciones entre particulares: la buena fe”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000. Sobre el *balancing*, vid. ALONSO GARCÍA, Enrique, “La interpretación de la Constitución”, Centros de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, páginas 431 a 448.

⁵⁶³ CACHÓN CADENAS, Manuel, “La buena fe en el proceso civil”, op.cit., página 220, quien incorpora la siguiente cita, comprobada por este autor, de RAMOS MÉNDEZ, Francisco, “¿Abuso de derecho en el proceso?”, en *Abuso dos direitos*

Expondremos a continuación los argumentos con base a los que las garantías del artículo 24 CE pueden ceder frente a otro derecho fundamental (derecho a la intimidad o derecho a la defensa, estrechamente vinculados al secreto profesional del abogado), consideraremos el principio de la buena fe procesal como un límite intrínseco al *ejercicio*⁵⁶⁴ del derecho (y no un límite directo del derecho en sí), y que la buena fe procesal refuerza, es decir, no colisiona con las garantías del artículo 24 CE.

Un primer argumento constitucional a tenerse en cuenta es la consideración del secreto profesional, no como un derecho fundamental autónomo, pero sí íntimamente ligado a los artículos 18.3 y 24 CE, analizado en el capítulo segundo de la presente obra, por lo que su vulneración puede quebrar el derecho a la intimidad o el derecho a la defensa.

Otro fundamento lo hallamos en la consideración de la buena fe como límite inmanente o intrínseco del ejercicio de los derechos fundamentales. En este sentido, la buena fe no sería un límite directo al derecho a la prueba, pero sí un límite al ejercicio del derecho a la prueba⁵⁶⁵. Así, el artículo 24 CE pretende garantizar la máxima vigencia y aplicación de los derechos reconocidos en el mismo, pero siempre y cuando se ejerciten conforme a las exigencias de la buena fe, esto es, cuando no exista un ejercicio abusivo o antisocial del mismo⁵⁶⁶.

processuais, coordinador José Carlos Barbosa Moreira, Editorial Forense, Río de Janeiro, 2000, páginas 1 a 6, concretamente dicho autor indica en la página 6 lo siguiente: “En el proceso, que encarna la lucha por el derecho, se reflejan las mismas tensiones que en el resto de la sociedad. Lo razonable es asumirlas. Los verdaderos protagonistas del litigio son los ciudadanos, no los Tribunales. Dejémoslos desahogarse a sus anchas. No estrechemos innecesariamente el marco de las garantías procesales. 3. Obviamente, se excluyen los casos límite. Pero la realidad demuestra que son estadísticamente insignificantes”.

⁵⁶⁴ La cursiva es nuestra.

⁵⁶⁵ Estamos conformes con CACHÓN CADENAS, Manuel, “La buena fe en el proceso civil”, op. cit., páginas 214 y 215, quien aclara que “en este sentido, me parecen condenados al fracaso los esfuerzos que se despliegan para buscar una apoyatura constitucional directa a la noción de la buena fe”.

⁵⁶⁶ PICÓ I JUNOY, Joan, “El principio de la buena fe procesal”, op. cit., páginas 80 a 85. Vid. asimismo, FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “El sistema constitucional español”, Editorial Dykinson, Madrid, 1992, páginas 169 y 170. En cuanto a la doctrina

Para defender lo anterior, PICÓ I JUNOY destaca dos Sentencias del TC que ayudan a defender la existencia de límites intrínsecos en todo tipo de derechos, incluso los fundamentales, como son los límites de la buena fe, fraude de ley y abuso de derecho. En primer lugar, la STC 120/1983, de 15 de diciembre, en cuyo FJ 2º afirma que un derecho fundamental “debe enmarcarse, en cualquier supuesto, en unas determinadas pautas de comportamiento, que el artículo 7 CC expresa con carácter general al precisar que ‘los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe’⁵⁶⁷ y que en el supuesto de examen tienen una específica manifestación dentro de la singular relación jurídica laboral que vincula a las partes”⁵⁶⁸. La segunda STC es la 184/2001, de 17 de septiembre, en cuyo FJ 6º destaca la ilicitud de la libertad de expresión del abogado cuando la misma pretende “atentar contra la imparcialidad del Tribunal o alterar el adecuado orden y desarrollo del proceso, con clara infracción de las obligaciones procesales de actuación en el proceso, con corrección, buena fe y sin provocar dilaciones indebidas”⁵⁶⁹.

civilista, vid. notas 158 y 159 (páginas 84 y 85) del libro de PICÓ I JUNOY, anteriormente citado.

⁵⁶⁷ Respecto al artículo 7 CC (refiriéndose en genérico a su Título Preliminar), CACHÓN CADENAS, Manuel, “La buena fe en el proceso civil”, op.cit., página 216 indica que, si bien es una norma de alcance general, no circunscrito al Derecho Civil (como así lo indica el artículo 4.3 CC), carecen no obstante de rango constitucional, ni tampoco “para atribuirles un nebuloso carácter cuasiconstitucional”, y todo ello por una simple razón: porque el Título Preliminar del Código Civil no forma parte de la Constitución.

⁵⁶⁸ Ver jurisprudencia citada en la nota 151 de la obra de PICÓ I JUNOY, “El principio de la buena fe procesal”, op. cit., página 81, comprobada por este autor y a la que añadimos el fundamento jurídico de interés para el lector: SSTC 41/1984, de 21 de marzo, FJ 2º; 88/1985, de 19 de julio, FJ 2º; 126/1992, de 28 de septiembre, FJ 3º; y ATC 171/1985, de 6 de marzo, FJ 2º.

⁵⁶⁹ Ver jurisprudencia citada en las Notas 152 y 154 de la obra de PICÓ I JUNOY, “El principio de la buena fe procesal”, op. cit., páginas 81 y 82, que es la siguiente, comprobada por este autor: SSTC 117/2003, de 16 de junio, FJ 2º; 79/2002, de 8 de abril, FJ 6º; 226/2001, de 26 de noviembre, FJ 2º; 184/2001, de 17 de septiembre, FJ 6º; 113/2000, de 5 de mayo, FJ 6º; 157/1996, de 15 de octubre, FJ 5º; SSTC de 1 de marzo de 2001 (RJ 2001\2588), F. D. 3º; 22 de febrero de 2001 (RJ 2001\2609), F.D. 2º; 6 de junio de 2001 (RJ 2001\4421), F.D. 2º; de 5 de julio de 1989 (RJ 1989\5399), F.D. 2º; y de 4 de marzo de 1985 (RJ 1985\1107), FJ 3º.

Así, nótese que la buena fe, el fraude de ley y el abuso de derecho actúan como verdaderos límites inmanentes o intrínsecos⁵⁷⁰ del ejercicio de los derechos contenidos en el artículo 24 CE, y dichos límites, de apreciarse por el juzgador, deberán razonarse y motivarse en la resolución judicial que los aprecie⁵⁷¹.

Centrándonos en el propio artículo 24 CE, debemos indicar en primer lugar que la posibilidad de limitar cualquiera de los derechos en él reconocidos debe tomarse de un modo restrictivo, con exigencia de motivación por parte del juzgador que los limite⁵⁷². Por ello, destacamos que justamente a través de la buena fe procesal (y prohibición de la mala fe procesal, el fraude procesal o el abuso de derecho), se consigue una efectiva aplicación de dicho precepto constitucional. Así:

- a.- En cuanto al derecho a la tutela judicial efectiva, nótese que impone el rechazo a la actuación maliciosa o temeraria de las partes en el proceso. Por ello, se proscribe el uso torticero o fraudulento de la normativa procesal, ya que dificulta la aplicación del derecho a la tutela judicial efectiva por parte del juez⁵⁷³.

⁵⁷⁰ En cuanto a los límites extrínsecos del derecho a la prueba, vid. PICÓ I JUNOY, Joan “El derecho a la prueba en el proceso civil”, Edit. J. M^a Bosch, Barcelona, 1996, páginas 42 a 61.

⁵⁷¹ Vid. PICÓ I JUNOY, “El principio de la buena fe procesal”, op. cit., página 85.

⁵⁷² Vid. PICÓ I JUNOY, “El principio de la buena fe procesal”, op. cit., página 86. Vid. SSTC 85/1992, de 8 de junio, FJ 4º; y 37/1989, de 15 de febrero, FJ 8º.

⁵⁷³ Como bien indica PICÓ I JUNOY, Joan, “El principio de la buena fe procesal”, op. cit., nota 167 de la página 88, “la propia Exposición de Motivos de la LEC, en el párrafo tercero del punto VI, afirma que no existe ‘ningún inconveniente para que la Ley refuerce notablemente las facultades coercitivas de los tribunales respecto al cumplimiento de sus resoluciones o para sancionar comportamientos procesales manifiestamente contrarios al logro de la tutela efectiva’”. Asimismo, dicho autor cita las SSTC 108/1985, de 8 de octubre, FJ 6º (en similares términos, vid. STS 13 de marzo de 2006, RJ 2006\5717, FJ 1º), y 198/1987, de 14 de diciembre, FJ 3º, como ejemplos de resoluciones del TC en las que recurre al principio de la buena fe procesal como criterio para evitar el uso malicioso de las normas procesales, ya que dicho uso malicioso vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva.

- b.- La contrapartida de la utilización maliciosa de la normativa procesal por parte de uno de los litigantes lleva consigo la merma del derecho a la defensa de la contraparte, por lo que, en aplicación del principio de buena fe procesal y del artículo 24 CE, se proscribe el uso malicioso de las normas procesales⁵⁷⁴.
- c.- En cuanto al derecho a la igualdad de armas procesales⁵⁷⁵, nótese que una actuación maliciosa rompe dicho equilibrio, pues impide que las partes gocen de las mismas oportunidades de ataque y defensa, de los mismos derechos y cargas procesales⁵⁷⁶. Una conducta maliciosa incluso puede llevar consigo la intención de modificar el propio objeto del proceso, cuestión expresamente prohibida en la LEC⁵⁷⁷.
- d.- Asimismo, en cuanto al derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, es contrario al principio de la buena fe procesal el uso de cualquiera de los litigantes de instituciones procesales que tengan por

⁵⁷⁴ Vid. PICÓ I JUNOY, Joan, “El principio de la buena fe procesal”, op. cit., páginas 90 y 91, que cita los siguientes ejemplos: (a) el actor que introduce extemporánea y dolosamente un documento en el proceso, ya que perjudica gravemente la estrategia de defensa efectuada por el demandado en su escrito de contestación a la demanda (STS 18 de diciembre de 1991, RJ 1991\9400, FJ 2º); o (b) quien esconde un documento o se niega a aportarlo en juicio. Añadimos, como ejemplos de mala fe procesal, los siguientes: (a) el actor que introduce un documento nuevo en fraude procesal, acompañando el mismo como anexo a un dictamen pericial aportado con posterioridad al escrito de contestación a la demanda; (b) los accionistas mayoritarios, en connivencia con la Sociedad, que aportan nuevos documentos junto a su escrito de intervención voluntaria (artículo 206.4 de la Ley de Sociedades de Capital), intervención interesada con posterioridad a la presentación del correspondiente escrito de contestación a la demanda.

⁵⁷⁵ Vid. PICÓ I JUNOY, Joan, “El principio de la buena fe procesal”, op. cit., página 91, quien indica que “el derecho a la igualdad de armas procesales, si bien no ha sido expresamente reconocido en la Constitución española, se considera por el TC como fundamental dentro del sistema de garantías del art. 24 CE, indicando que debe conectarse con los derechos a la tutela judicial efectiva, a la defensa y al proceso con todas las garantías”.

⁵⁷⁶ Vid. BERZOSA FRANCO, M^a Victoria, “Principios del proceso”, en *Justicia*, 1992, III, páginas 553 a 620, y concretamente vid. página 569.

⁵⁷⁷ Vid. PICÓ I JUNOY, Joan, “La modificación de la demanda en el proceso civil”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

objeto retrasar el proceso (comportamiento procesal de la parte a lo largo del proceso, tendente a alargar artificialmente el mismo⁵⁷⁸; uso indiscriminado de recursos; interposición maliciosa de declinatoria para ganar tiempo para contestar a una compleja demanda; o el mero silencio cuando, por ejemplo, es requerida para manifestar bienes en fase de ejecución de sentencia⁵⁷⁹).

- e.- Finalmente, PICÓ I JUNOY cita el artículo 17 CEDH⁵⁸⁰ como fundamento explícito (porque se establece la prohibición del abuso de derecho) e indirecto (porque su aplicación se deriva del artículo 10.2 CE) del principio de la buena fe procesal⁵⁸¹.

⁵⁷⁸ STS (Sala de lo Penal) de 1 de febrero de 2007, JUR 2007\3384, FJ 11°.

⁵⁷⁹ Vid. PICÓ I JUNOY, Joan, “El principio de la buena fe procesal”, op. cit., páginas 93 a 96, quien ofrece los siguientes ejemplos adicionales: (a) solicitud de abogado y procurador de oficio en aquellos procesos en los que no es preceptiva su intervención con la única intención de provocar la suspensión de los juicios (SAP Madrid 29 de junio de 2009, JUR 2009\342927, FJ 2°; y SAP Valladolid, de 21 de enero de 2002 (JUR 2002\72980), FJ 2°; (b) solicitar la suspensión del juicio oral con un día de antelación, cuando las partes habían tenido tiempo para solicitar la misma y sin que la causa justifique suspensión alguna (ATS 2 de abril de 2012, La Ley 40753/2012, FJ 6°; y 18 de abril de 2012, La Ley 46844/2012, FJ Único); (c) instar la suspensión de un proceso por enfermedad del abogado no debidamente justificada (SAP León 28 de julio de 2009, JUR 2009\399645, FJ 2°); (d) la imposibilidad de decretar nulidad de actuaciones respecto de vicios o defectos procesales subsanables, que no son denunciados en su momento, con el objeto de retrasar al máximo la tramitación del procedimiento (vid. páginas 191 a 193 del libro de PICÓ I JUNOY, en cuanto la aplicación de dicho ejemplo al proceso civil, y jurisprudencia que trata el mismo); (e) la solicitud extemporánea del derecho a la justicia gratuita con el único fin de retrasar la tramitación del procedimiento (STS 5 de diciembre de 1988, RJ 1988\9556; FJ 4°); y (f) presentación de un escrito de oposición a una ejecución hipotecaria basándose en un motivo ajeno al artículo 695.1 LEC (AAP Barcelona, de 25 de marzo de 2009, JUR 2009\378981, FJ 3°).

⁵⁸⁰ Artículo 17 CEDH: “Ninguna de las disposiciones del presente Convenio podrá ser interpretada en el sentido de que implique para un Estado, grupo o individuo, un derecho de cualquiera a dedicarse a una actividad o realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en el presente Convenio o a las limitaciones más amplias de estos derechos o libertades que las previstas en el mismo”.

⁵⁸¹ Sigue con ello el planteamiento efectuado por PICÓ I JUNOY, Joan, “El principio de la buena fe procesal”, op. cit., página 97; vid. asimismo, CACHÓN CADENAS,

5.4.- Tratamiento procesal de la mala fe⁵⁸².

Tal y como indica, entre otras, la STS de 17 de enero de 2001 (RJ 2001\4), FJ 11º, la buena fe goza de presunción *iuris tantum* en el proceso; por ello, debe probarse la mala fe del letrado contrario, consistente en la vulneración del secreto profesional y, en consecuencia, debe interpretarse con carácter restrictivo la existencia de mala fe procesal⁵⁸³.

La mala fe procesal debe alegarse desde el primer momento en que se aprecie: así, por ejemplo, por las partes si el demandante acompaña documentación junto a su escrito de demanda que vulnera el secreto profesional (correspondencia entre abogados), el demandado deberá poner de manifiesto la mala fe en el escrito de contestación a la demanda; asimismo, cuando se vulnere el secreto profesional en el acto del juicio (por ejemplo, por declaración del abogado como parte o como testigo), será en dicho acto cuando deberá alegarse la mala fe procesal.

En este sentido, habida cuenta que la mala fe procesal requiere su prueba, y que la resolución judicial que la aprecie debe ser motivada, para el supuesto en el que se vulnere el secreto profesional del abogado en el momento de interposición de demanda, aconsejaríamos acompañar como prueba documental al escrito de contestación a la demanda copia de la correspondiente queja dirigida al Ilustre Colegio de Abogados⁵⁸⁴. Una vez exista resolución por parte del Ilustre Colegio de Abogados imponiendo la sanción al abogado que haya aportado la correspondencia cruzada entre abogados al pleito (como ejemplo de vulneración del secreto profesional), dicho documento colegial debería incorporarse al procedimiento como

Manuel, “La buena fe en el proceso civil”, op.cit., páginas 215 y 216; LOZANO-HIGUERO PINTO, Manuel, “La buena fe procesal: consideraciones doctrinales y jurisprudenciales”, op.cit., página 64.

⁵⁸² Vid. PICÓ I JUNOY, Joan, “El principio de la buena fe procesal”, op. cit., páginas 134 a 138.

⁵⁸³ Vid. CACHÓN CADENAS, Manuel, “La buena fe en el proceso civil”, op.cit., página 246. Y en el mismo sentido PICÓ I JUNOY, Joan, “El principio de la buena fe procesal”, op.cit., página 134.

⁵⁸⁴ Vid. PICÓ I JUNOY, Joan, “El principio de la buena fe procesal”, op.cit., página 135.

prueba documental (*ex* artículo 270.1.1º LEC), para así probar el carácter ilícito y malicioso de la aportación.

Asimismo, el carácter imperativo de los artículos 11 LOPJ y 247 LEC facultan al tribunal a apreciar de oficio la mala fe procesal⁵⁸⁵, quien además debería remitir la correspondiente queja al Ilustre Colegio de Abogados del letrado que ha infringido el deber de secreto profesional⁵⁸⁶.

5.5.- Consecuencias procesales de la existencia de mala fe procesal.

La apreciación judicial de la mala fe procesal produce múltiples consecuencias, remitiéndonos en este punto al estudio de PICÓ I JUNOY⁵⁸⁷. Respecto a la vulneración del secreto profesional del abogado podemos deducir las siguientes consecuencias procesales:

⁵⁸⁵ Ver en este sentido, SSTS 9 de octubre de 2007 (RJ 2007\7402), FJ 3º; de 2 de diciembre de 1993 (RJ 1993\9485), FJ. 3º; 25 de febrero de 1992 (RJ 1992\1552), FJ. 4º; STSJ de Catalunya (Sala de lo Social) de 4 de febrero de 2008 (AS 2008\1202), FJ 3º.

⁵⁸⁶ Así, la STSJ de Cataluña, de 18 de octubre de 2000 (RJ 2000\4531), FJ 9º, según la cual “si el Juzgador de instancia considera que la actuación del Letrado de la parte actora fue temeraria y contraria a las reglas de la buena fe procesal, lejos de aplicarle una sanción para cuya imposición no está facultado, debió comunicar tal circunstancia al respectivo Colegio de Abogados por si pudiera proceder la imposición de algún tipo de sanción disciplinaria por su conducta profesional, pues sólo dicho Colegio es competente para declarar la responsabilidad profesional del Letrado”.

⁵⁸⁷ Para un estudio sobre todas y cada una de las consecuencias procesales de la infracción del principio de la buena fe procesal, vid. PICÓ I JUNOY, Joan, “El principio de la buena fe procesal”, op.cit., páginas 309 a 352. Asimismo, vid. MONTERO AROCA, Juan, “Ideología y proceso civil. Su reflejo en la ‘buena fe procesal’”, op.cit., páginas 314 a 317, que recoge las siguientes consecuencias procesales de la actuación maliciosa de la parte en el proceso civil, atendiendo a las normas especiales de la LEC: (a) el artículo 112.1 LEC, que puede apreciar mala fe procesal en el marco de la desestimación de una recusación planteada maliciosamente, así como el artículo 190.2,III LEC cuando se formula oralmente recusación en el acto de la vista y no se formaliza por escrito posteriormente; (b) el artículo 176 LEC prevé multa al litigante que, sin justa causa, demora el libramiento de un exhorto en el ámbito del auxilio judicial; (c) el artículo 183.5 LEC, que permite la multa al testigo o perito que solicite nuevo señalamiento de vista injustificadamente; (d) el artículo 228.2, II LEC, que impone multa a la parte que insta con temeridad un incidente de nulidad de actuaciones; (e) el artículo 270.2 LEC, que permite imponer multa a la parte que

5.5.1.- Inadmisión de la prueba que vulnere el secreto profesional del abogado.

La primera consecuencia de la apreciación por parte del juzgador de mala fe procesal de parte de uno de los litigantes es la inadmisión del acto procesal solicitado⁵⁸⁸, esto es, y en el supuesto que nos ocupa, la inadmisión de la prueba que vulnere el secreto profesional del abogado, y todo ello por aplicación directa de los artículos 247.2 LEC y 11.1 LOPJ, en relación con los artículos que regulan el secreto profesional del abogado, citados en el capítulo segundo del presente estudio.

5.5.2.- La ineficacia del acto procesal ya realizado.

En palabras de PICÓ I JUNOY “un acto procesal efectuado infringiendo la buena fe no puede desplegar la eficacia deseada por el litigante malicioso. Tal sucede, por ejemplo, con la reconvenición implícita realizada para que el actor no tenga conocimiento de la misma y no pueda así defenderse como es debido (art. 406.3 LEC); o la alegación de hechos o pretensiones una vez establecido ya el objeto del proceso y al margen de las previsiones legales (arts. 218 y 412 LEC)”⁵⁸⁹.

pretende aportar documentación con posterioridad a los escritos de alegaciones si se aprecia ánimo dilatorio o mala fe procesal; (f) el artículo 286.4 LEC, que permite multar a la parte que formule hechos nuevos o de nueva noticia si se aprecia ánimo dilatorio o mala fe procesal; (g) el artículo 288 LEC, que permite imponer multa a la parte que demora sin justa causa la práctica de una prueba admitida; (h) el artículo 292.4 LEC, que impone multa a la parte que no ha comparecido a su interrogatorio, sin mediar excusa; (i) el artículo 320.3 LEC, que impone multa a la parte que impugna la validez de un documento público, si el tribunal aprecia temeridad; (j) y el artículo 344.2 LEC, que impone multa a la parte que tache a un perito con temeridad o deslealtad (en sede de testigos, vid. artículo 379.3 LEC).

⁵⁸⁸ Vid. PICÓ I JUNOY, Joan, “El principio de la buena fe procesal”, op.cit., página 310, que indica que un ejemplo de mala fe procesal consiste en la petición de realización de un acto procesal una vez haya precluído el plazo para solicitar el mismo (formulación extemporánea de declinatoria, art. 416.2 LEC; formulación de alegaciones no recogidas en la demanda, art. 412 LEC; proposición de nuevas pruebas en el acto del juicio, art. 429.1 y 4 LEC, etcétera).

⁵⁸⁹ Vid. PICÓ I JUNOY, Joan, “El principio de la buena fe procesal”, op.cit., página 311.

En cuanto al secreto profesional del abogado, la aplicación del presente criterio representará la ineficacia, por ejemplo, de la declaración que el abogado haya podido realizar delante del juzgador, como parte o testigo, vulnerando su secreto profesional.

5.5.3.- Imposición de multa por mala fe procesal.

El artículo 247.3 LEC establece que, de estimarse la mala fe procesal por parte del tribunal, le podrá imponer a la parte, en pieza separada, una multa que podrá oscilar de 180 a 6.000 euros, sin que en ningún caso pueda superar la tercera parte de la cuantía del litigio⁵⁹⁰.

Estas multas presentan una notable problemática práctica, como así viene denunciando la doctrina científica⁵⁹¹, y cuyo análisis excede del objeto del

⁵⁹⁰ Debe indicarse que la imposición de multas procesales debe ser la última consecuencia procesal a la parte, según la SAP de Barcelona de 20 de febrero de 2008 (AC 2008\863), FJ 2º; AAP de Barcelona de 29 de noviembre de 2007 (JUR 2008\73958), FJ 1º; AAP de Las Palmas, de 6 de julio de 2007 (JUR 2007\342439), FJ 1º; SAP de Barcelona de 27 de noviembre de 2006 (JUR 2007\181627), FJ 3º.

⁵⁹¹ Vid., por todos, PICÓ I JUNOY, Joan, “El principio de la buena fe procesal”, op.cit., páginas 317 a 334; del mismo autor, “Mecanismos de control de la mala fe procesal en la ejecución civil”, en *La ejecución civil: problemas actuales*, coordinadores Manuel Cachón Cadenas y Joan Picó i Junoy, Editorial Atelier, Barcelona, 2008, páginas 37 a 62. Vid., asimismo, ARÉVALO NIETO, Pedro y GARCÍA SALAZAR, Cristina, “El poder de los jueces para corregir y sancionar a los abogados”, en *Economist & Jurist*, número 155, noviembre, 2011, páginas 82 a 89; CACHÓN CADENAS, Manuel, “La buena fe en el proceso civil”, op.cit., páginas 238 a 241; CORVILLO REPULLO, Juan Ramón, “Las sanciones pecuniarias establecidas en la nueva LECV para los litigantes y para los abogados”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, número 479, de 29 de marzo de 2001, página 3; GÓMEZ ARROYO, José Luis, “Anotaciones al artículo 247 de la LECV (de la buena fe procesal)”, en *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, Volumen 16, número 2, 2004, páginas 435 a 464; ORTELLS RAMOS, Manuel, “¿Multas o astringencias? Una indefinición de la nueva ejecución forzosa española”, en *Revista Internauta de Práctica Jurídica*, número 13, enero-junio 2004, texto disponible en el siguiente sitio web de la Fundación Dialnet: [mhtml:http://www.ripj.com/art_jcos/art_jcos/num13/art.13/13Multas%20o%20ASTRICIONES_RIPJ.mht](http://www.ripj.com/art_jcos/art_jcos/num13/art.13/13Multas%20o%20ASTRICIONES_RIPJ.mht), visitada el 23 de abril de 2013; RUIZ DE LA FUENTE, María Consuelo, “Las intimaciones judiciales en el proceso civil”, Editorial Atelier, Barcelona, 2011; SÁNCHEZ GARCÍA, Jesús María, “Qué interpretación debemos dar al párrafo 4º del artículo 247 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, número 273, de 8 de marzo de 2007, páginas 1 a 5.

presente estudio⁵⁹². Sin embargo, en cuanto a la consideración como maliciosa de la vulneración del secreto profesional del abogado, cabe preguntarse ¿puede imponerse la multa del artículo 247.3 LEC directamente al abogado que ha vulnerado su secreto profesional?

La respuesta ha sido contestada negativamente por diversas resoluciones de la Audiencia Provincial de Barcelona⁵⁹³, por ejemplo en el AAP de 10 de septiembre de 2003, en cuyo FJ 3º niega la posibilidad de multar a la parte por actos maliciosos de su letrado, en los siguientes términos: “la interposición de un recurso de reposición contra una resolución frente a la que no cabía recurso alguno es un acto que ni tiene la naturaleza y alcance de los actos de parte a que se ha hecho referencia en el apartado anterior, ni puede atribuirse a la parte misma, directa o indirectamente, sino exclusivamente a su Letrado, por lo que no puede motivar la sanción que se ha impuesto, aunque tal conducta sea demostrativa de una forma ciertamente desviada de ejercer el legítimo derecho de defensa, pues ya anteriormente, con ocasión de haberse acordado por el Juzgado otra mejora del embargo, mediante auto de 27 de junio de 2002, interpuso también recurso de reposición contra el mismo que fue declarado inadmisibile en auto de 16 de septiembre de 2002, lo que pone de relieve su empecinamiento en utilizar medios procesales a sabiendas de su improcedencia”.

El anterior Auto ha merecido la acertada crítica por parte de PICÓ I JUNOY, en los siguientes términos: “Sin embargo, esta doctrina contradice el tenor literal del art. 247.3 LEC que, con toda claridad, expresamente prevé la multa a la ‘parte’ –y no a su letrado- que ‘ha actuado conculcando las reglas de la buena fe procesal’, por lo que indirectamente responde de los actos procesales de su letrado. Evidentemente, a su vez, la parte podrá

⁵⁹² De hecho, PICÓ I JUNOY, Joan, “El principio de la buena fe procesal”, op.cit., páginas 317 a 334, estudia y analiza con profundidad los siguientes problemas prácticos de las multas: su tipicidad; los criterios para cuantificar las multas; su carácter gubernativo; el procedimiento sancionador que se debe seguir, así como el régimen de recursos; los sujetos sancionables económicamente con la multa; el sujeto destinatario de la multa; y su repercusión práctica.

⁵⁹³ AAP de Barcelona de 31 de marzo de 2011 (AC 2011\492), FJ 4º; AAP de Barcelona de 25 de marzo de 2009 (JUR 2009\378981), FJ 3º; AAP de 10 de septiembre de 2003, publicado en la Revista Jurídica de Catalunya, 2004, I, páginas 141 y 142.

perseguir la conducta maliciosa de su letrado que no haya consentido exigiendo la correspondiente responsabilidad en la que haya podido incurrir –especialmente la disciplinaria y civil-⁵⁹⁴.

En relación al anterior extracto del AAP de Barcelona, entendemos aplicables dos posibles situaciones:

- i.- La primera de ellas consiste en que el abogado hubiera interpuesto el recurso de reposición sin informar al cliente. En este supuesto, estamos de acuerdo con la anterior opinión de PICÓ I JUNOY, y la multa debería haberse impuesto a la parte, porque el abogado actúa en su nombre, aunque posteriormente aquella podría exigirle la correspondiente responsabilidad civil o instar su responsabilidad disciplinaria ante el Colegio de Abogados correspondiente.
- ii.- La segunda de ellas consiste en que el abogado reciba instrucciones expresas de su cliente de interponer el recurso, a sabiendas de que el mismo resulta inadmisibile. En esta situación, el abogado deberá haber informado previamente al cliente de los riesgos de la misma. Si la multa se impone al abogado, éste tendrá derecho de instar su posterior reclamación a su cliente, ya que se vio forzado a interponer el recurso, siguiendo sus expresas instrucciones. Conviene, en consecuencia, dejar plasmado por escrito la información proporcionada al cliente, así como sus expresas instrucciones (por ejemplo, mediante correos electrónicos) al objeto de acreditar lo anteriormente expuesto.

5.5.4.- Nulidad de actuaciones.

En algunos casos puede aplicarse la nulidad de actuaciones para sancionar la conducta maliciosa de una de las partes. Así, PICÓ I JUNOY pone el ejemplo de la interposición de una demanda en la que se indique incorrectamente el domicilio del demandado y así intentar la tramitación de un procedimiento judicial con el demandado en rebeldía, supuesto en el que se podrían aplicar los artículos 225.3º LEC y 238.3º LOPJ⁵⁹⁵.

⁵⁹⁴ PICÓ I JUNOY, Joan “El principio de la buena fe procesal”, op.cit., página 329.

⁵⁹⁵ PICÓ I JUNOY, Joan, “El principio de la buena fe procesal”, op.cit., página 351, que cita la siguiente jurisprudencia menor, comprobada por este autor: SSAP de Burgos de

En el ámbito que nos ocupa, entiendo que la parte perjudicada por la vulneración del secreto profesional del abogado solicitará la ineficacia de lo declarado por la parte, el testigo o, en su caso, el perito, que hayan vulnerado dicho secreto, o bien solicitará la inadmisión del documento que vulnere el secreto (por ejemplo, la correspondencia mantenida entre abogados).

CONCLUSIONES

Al inicio de la tesis muchos eran los interrogantes que se planteaban: ¿qué calificación jurídica tiene la relación entre el abogado y su cliente?, ¿Cuáles son las obligaciones principales del primero?, ¿Qué es el secreto profesional del abogado?, ¿Debe siempre el abogado guardar secreto sobre todos los hechos o noticias revelados por el cliente?, ¿Es el secreto profesional del abogado un derecho fundamental autónomo, o bien debemos considerarlo íntimamente ligado a otros derechos fundamentales?, ¿Puede el juez rechazar en la audiencia previa una prueba que vulnere el secreto profesional? ¿Es ilícita la prueba que viole el secreto profesional del abogado? ¿E infringe la buena fe procesal? ¿Y qué consecuencias procesales lleva consigo la vulneración del secreto profesional por parte del abogado? Ahora estamos en condiciones de ofrecer las siguientes conclusiones que responden a los anteriores interrogantes:

Primera: La relación existente entre el abogado y su cliente se califica, a tenor de la constante jurisprudencia del Tribunal Supremo, como de arrendamiento de servicios. Sin embargo, habida cuenta la parca regulación en el CC de dicha institución, se complementa la misma con los preceptos del mandato, la normativa deontológica de la profesión de abogado (EGAE, CDAE, CDAUE y, en su caso, NAC), y la regulación general de obligaciones y contratos del CC.

Segunda: El encargo profesional del cliente a su abogado constituye la prestación principal de este último. Sin embargo, existen prestaciones accesorias exigibles también al abogado, como son el deber de información y consejo al cliente, cumplir con sus instrucciones, devolverle los documentos una vez finalizado el contrato, y guardar el secreto profesional.

Tercera: El secreto profesional es un derecho y un deber del abogado, del que resulta beneficiario el cliente y comprende toda la información que éste le revela en el ejercicio de su profesión, con excepción de aquella que tenga carácter público y la que deba utilizarse por el abogado en defensa de su cliente ante los tribunales.

Cuarta: El secreto profesional del abogado no es un derecho fundamental autónomo, pero se halla estrechamente ligado al derecho a la intimidad (art.

18 CE), y al derecho de defensa (art. 24.2, párrafo segundo CE), con base a la doctrina y jurisprudencia citada en la tesis, que destaca la tradición histórica e importancia del secreto profesional del abogado como elemento esencial en la relación abogado-cliente, ya que éste desvela hechos que pueden afectar a su intimidad y que fundamentan a su debida defensa en el proceso. Por ello, su vulneración en el marco del procedimiento civil implica la aplicación de los artículos 247 (buena fe procesal) y 287 (prueba ilícita) LEC

Quinta: El secreto profesional del abogado no es absoluto, pues el artículo 5.8 CDAE y 33 NAC le permiten revelarlo cuando existe consentimiento del cliente, en los expedientes disciplinarios colegiales cuando se impugnan los honorarios del abogado, cuando el cliente comenta al abogado su intención de cometer un delito, o cuando el mantenimiento del secreto profesional puede ocasionar un grave perjuicio para el propio abogado o para un tercero.

Sexta: El artículo 283.3 LEC introduce un nuevo criterio de admisión de la prueba, condicionándola a que la misma no sea una “actividad prohibida por la ley”. Si comparamos dicho precepto con el artículo 287 LEC (ilicitud de la prueba), existe entonces la duda de determinar el ámbito de aplicación de ambos preceptos. La tramitación parlamentaria de la LEC no despeja las dudas sobre dicho ámbito, y la doctrina ofrece disparidad de criterios. Por nuestra parte, a pesar de que la doctrina mayoritaria defiende que el artículo 283.3 LEC establece el principio de legalidad procesal, entendemos que el artículo 283.3 LEC se refiere a la legalidad ordinaria (prueba ilegal), mientras que el artículo 287 LEC se refiere únicamente a la vulneración de derechos fundamentales (prueba ilícita).

En consecuencia, mantenemos que si una de las partes propone la admisión de una prueba que vulnera la legalidad ordinaria, debe inadmitirse en la misma audiencia previa. Por ello, en nuestro caso, una prueba lograda con vulneración del secreto profesional del abogado debe inadmitirse por vulnerar la legalidad ordinaria (a saber, los arts. 2.3 y 5.3 CDAUE, 32 y 34.e EGAE, 5 CDAE y 31 a 34 NAC) hayándonos así ante un nuevo límite extrínseco del derecho a la prueba.

Séptima: Además, la prueba obtenida con vulneración del secreto profesional, al vulnerar derechos fundamentales, comporta que estemos ante una prueba ilícita; ello supone que también debe ser inadmitida por el

Juez en aplicación del artículo 283.3 LEC si la ilicitud es clara para el juzgador (por ejemplo, consta la aportación procesal de correspondencia entre abogados y también la resolución del Colegio de Abogados que sanciona al letrado aportante), aunque mayores garantías procesales ofrece la admisión *ad cautelam* de la prueba para iniciarse el incidente previsto en el artículo 287 LEC.

En definitiva, habida cuenta la gravedad de la vulneración de un derecho fundamental, la LEC establece dos mecanismos de control sobre la referida prueba (en la audiencia previa *ex art.* 283.3 LEC; y con posterioridad, tan pronto se tenga conocimiento del carácter ilícito de la prueba admitida *ex art.* 287 LEC). Por contra, si la prueba sólo vulnera la legalidad ordinaria, la parte únicamente dispone de un control, el del artículo 283.3 LEC.

Octava: La prueba que vulnera el secreto profesional del abogado supone la infracción del principio de la buena fe procesal. Por ello, resulta de aplicación el artículo 247 LEC, con lo que el Juez debe decretar bien la inadmisión del acto procesal solicitado –esto es, la admisión como prueba del medio que vulnera dicho secreto-, e incluso, según la gravedad del caso, puede imponer las multas previstas en dicho precepto. Además, si el tribunal considera que la actuación contraria a la buena fe procesal es imputable al Abogado de la parte, tiene el deber de dar traslado de dicha circunstancia al correspondiente Colegio de Abogados para que depure la oportuna responsabilidad disciplinaria.

APÉNDICE PRIMERO

NORMAS SOBRE SECRETO PROFESIONAL DEL ABOGADO

Habida cuenta la tradición histórica del secreto profesional del abogado, podemos afirmar que es una institución con arraigo tradicional en nuestro ordenamiento jurídico. Fruto de ello, son numerosas las disposiciones normativas que regulan el secreto profesional del abogado, que mencionaremos a lo largo del presente apartado. No obstante, centraremos nuestro estudio en el secreto profesional del abogado, dejando de lado, ya que excede del contenido del presente trabajo, el secreto aplicable a otras profesiones u oficios diferentes del abogado pero que también tienen el deber de guardar secreto⁵⁹⁶.

⁵⁹⁶ Realizando un repaso por la normativa que regula el secreto en cualquiera de sus ámbitos en Derecho español, debemos apuntar lo siguiente:

i.- En cuanto al deber de secreto profesional en el ámbito sanitario, vid. artículo 64 del Real Decreto 1018/1980, de 19 de mayo, que regula los Estatutos Generales de la Organización Médica Colegial, que considera una falta de disciplina grave o muy grave la violación del secreto profesional; pero sobre todo, el secreto médico se halla regulado en los artículos 14 a 17 del Código de Ética y Deontología Médica de 10 de septiembre 1999.

ii.- En cuanto a los Notarios, el artículo 274 del Reglamento Notarial de 2 de junio de 1944 establece que “los protocolos son secretos”.

iii.- En cuanto a los detectives y vigilantes de seguridad privados, hay que tener en cuenta el artículo 103 del Real Decreto 2364/1994, de 9 de diciembre, que aprueba el Reglamento de Seguridad Privada, que establece el carácter reservado de las investigaciones que dichos profesionales puedan llevar a cabo.

iv.- No debemos asimismo olvidar la propia Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, en cuyo artículo 10 se impone el deber de secreto al responsable del fichero, extensible a quien intervenga en cualquier fase de tratamiento de datos de carácter personal. Los artículos 35.3 y 40 de dicha Ley impone asimismo deber de secreto al personal que trabaje en la Agencia de Protección de Datos, cuya vulneración se tipifica como falta grave o muy grave (artículo 44).

v.- En cuanto a los sacerdotes, cabe destacar el artículo 983.1 del Código Canónico: “El sigilo sacramental es inviolable; por lo cual está terminantemente prohibido al confesor descubrir al penitente, de palabra o de cualquier otro modo, y por ningún motivo”, y el artículo 984.1 del citado Código: “Está terminantemente prohibido al confesor hacer

No obstante, y antes de ofrecer la abundante regulación que el secreto profesional del abogado tiene en España, compartimos la reflexión que sobre la misma realiza CRESPO MORA, quien indica que “ningún otro deber deontológico del letrado ha logrado un traslado más decidido desde el plano ético al plano estrictamente legal”⁵⁹⁷.

Seguidamente haremos una mera transcripción de normativa sobre el secreto profesional en España, y más concretamente, de la normativa aplicable en Cataluña y en el Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona, indicando la existencia de más normativa sobre esta cuestión, ya que todos los estatutos de los Colegios de Abogados de España hacen referencia al secreto profesional.

uso, con perjuicio del penitente, de los conocimientos adquiridos en la confesión, aunque no haya peligro alguno de revelación”.

En otro ámbito, incluso el Ministerio Fiscal debe salvaguardar el cumplimiento de velar por el secreto de sumario en las actuaciones penales (Instrucción 3/1993, de 16 de marzo, Aranzadi RCL 1994\977).

Finalmente, debemos citar a RIGÓ VALLBONA, José, “El Secreto Profesional de Abogados y Procuradores en España”, op.cit., páginas 93 y 94, quien enumera las profesiones que, revestidas de una especial aureola de confianza, deben guardar el secreto profesional: abogados, procuradores, médicos, comadronas, farmacéuticos, notarios, eclesiásticos y ministros de otros cultos, agentes de Cambio y Bolsa y periodistas, añadiendo que la lista no es, ni mucho menos, cerrada, para lo cual me atrevo añadir a enfermeros/as, jueces, secretarios judiciales y oficiales de juzgado y registradores. Más adelante, RIGÓ VALLBONA, José, “El Secreto Profesional de Abogados y Procuradores en España”, op.cit., página 98, indica que, en puridad, el deber de secreto de los funcionarios públicos no se halla ligado directamente por una relación contractual con el cliente, sino que es un deber impuesto directamente por el Estado y sólo a través de él se halla obligado hacia el simple ciudadano.

Finalmente, y en cuanto al secreto profesional de los periodistas se refiere, vid. punto 5 del Anexo del Decreto de 13 de abril de 1967, que regula el Estatuto de la Profesión Periodística (NDL 24486); y también vid. LAZCANO BROTONS, Iñigo, “El secreto profesional en el periodismo”, Lete Argitaletxea, Bilbao, 2007.

⁵⁹⁷ CRESPO MORA, M^a Carmen, “La responsabilidad del Abogado en el Derecho Civil”, op.cit., página 191.

NORMATIVA EUROPEA

Código Deontológico de los Abogados de la Unión Europea, Aprobado mediante acuerdo de los representantes de los Colegios de Abogados de la Unión Europea, de 28 de octubre de 1988, modificado en las sesiones plenarias del 28 de noviembre de 1998, el 6 de diciembre de 2002 y el 19 de mayo de 2006.

[...]

Artículo 2.3. Secreto profesional.

2.3.1. Forma parte de la naturaleza misma de la misión del Abogado que éste sea depositario de los secretos de su cliente y destinatario de comunicaciones confidenciales. Sin la garantía de la confidencialidad no puede haber confianza. El secreto profesional está, pues, reconocido como derecho y deber, fundamental y primordial del Abogado.

La obligación del Abogado relativa al secreto profesional sirve al interés de la Administración de Justicia, y al cliente. Esta obligación, por lo tanto, es titular de una protección especial del Estado.

2.3.2. Un Abogado debe respetar el secreto de toda información de la que tuviera conocimiento en el marco de su actividad profesional.

2.3.3. La obligación de secreto profesional no está limitada en el tiempo.

2.3.4. Un Abogado debe requerir la observancia de la misma obligación de secreto profesional a sus socios, empleados y a cualquier persona que colabore con él en su actividad profesional.

[...]

Artículo 5.3. Correspondencia entre abogados.

5.3.1. El Abogado que dirija a un compañero de otro Estado Miembro una comunicación que desea que tenga carácter confidencial o reservado deberá expresar la voluntad claramente al realizar la comunicación.

5.3.2. En el caso de que el destinatario de la comunicación no estuviera en condiciones de otorgarle un carácter confidencial o reservado, deberá devolverla al remitente sin revelar su contenido a terceras personas.

NORMATIVA ESTATAL

Constitución española de 27 de diciembre de 1978, publicada en el BOE número 311, de 29 de diciembre.

[...]

Artículo 18.1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. [...]

3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.

[...]

Artículo 20.1. Se reconocen y protegen los derechos: [...] d) A comunicar libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades.

[...]

Artículo 24.1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.

La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.

Ley Orgánica 1/1982, de 5 de Mayo, de Protección Civil al honor, a la intimidad y a la propia imagen, publicada en el BOE número 115, de 14 de mayo.

[...]

Artículo 7. Tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección delimitado por el artículo 2 de esta Ley:

[...]

4. La revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela.

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, publicada en el BOE número 157, de 2 de julio, rectificaciones BOE número 264, de 4 de noviembre.

[...]

Artículo 542. [...] 3. Los abogados deberán guardar secreto de todos los hechos o noticias de que conozcan por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, no pudiendo ser obligados a declarar sobre los mismos.

Ley Orgánica 10/1995, del Código Penal, publicada en el BOE número 281, de 24 de noviembre de 1995, rectificaciones en el BOE número 54, de 2 de marzo de 1996.

[...]

Artículo 199.2. El profesional que, con incumplimiento de su obligación de sigilo o reserva, divulgue los secretos de otra persona, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para dicha profesión por tiempo de dos a seis años.

[...]

Artículo 466. 1. El abogado o procurador que revelare actuaciones procesales declaradas secretas por la autoridad judicial, será castigado con las penas de multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación para empleo, cargo público, profesión u oficio de uno a cuatro años.

Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, publicada en el BOE número 7, de 8 de enero, rectificaciones publicadas en BOE número 90, de 14 de abril y número 180, de 28 de julio de 2001.

[...]

Artículo 307. Negativa a declarar, respuestas evasivas o inconcluyentes y admisión de hechos personales.

1. Si la parte llamada a declarar se negare a hacerlo, el tribunal la apercibirá en el acto de que, salvo que concurra una obligación legal de guardar secreto, puede considerar reconocidos como ciertos los hechos a que se refieran las preguntas, siempre que el interrogado hubiese intervenido en ellos personalmente y su fijación como ciertos le resultare perjudicial en todo o en parte.

[...]

Artículo 371. Testigos con deber de guardar secreto.

1. Cuando, por su estado o profesión, el testigo tenga el deber de guardar secreto respecto de hechos por los que se le interrogue, lo manifestará razonadamente y el tribunal, considerando el fundamento de la negativa a declarar, resolverá, mediante providencia, lo que proceda en Derecho. Si el testigo quedare liberado de responder, se hará constar así en el acta.

2. Si se alegare por el testigo que los hechos por los que se le pregunta pertenecen a materia legalmente declarada o clasificada como de carácter reservado o secreto, el tribunal, en los casos en que lo considere necesario para la satisfacción de los intereses de la administración de justicia, pedirá de oficio, mediante providencia, al órgano competente el documento oficial que acredite dicho carácter.

El tribunal, comprobado el fundamento de la alegación del carácter reservado o secreto, mandará unir el documento a los autos, dejando constancia de las preguntas afectadas por el secreto oficial.

Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal, publicado en la Gaceta número 260, de 17 de septiembre de 1882.

[...]

Artículo 263. La obligación impuesta en el párrafo primero del artículo anterior⁵⁹⁸ no comprenderá a los Abogados ni a los Procuradores respecto de las instrucciones o explicaciones que recibieren de sus clientes. Tampoco comprenderá a los eclesiásticos y Ministros de cultos disidentes respecto de las noticias que se les hubieren revelado en el ejercicio de las funciones de su Ministerio.

[...]

Artículo 416. Están dispensados de la obligación de declarar: [...]

2. El Abogado del procesado respecto a los hechos que éste le hubiese confiado en su calidad de defensor.

Si alguno de los testigos se encontrase en las relaciones indicadas en los párrafos precedentes con uno o varios de los procesados, estará obligado a declarar respecto a los demás, a no ser que su declaración pudiera comprometer a su pariente o defendido.

Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, publicada en el BOE número 103, de 29 de abril

[...]

⁵⁹⁸ Se refiere a la obligación de denunciar contenida en el artículo 262 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Artículo 22. No sujeción.

Los abogados no estarán sometidos a las obligaciones establecidas en los artículos 7.3, 18 y 21 con respecto a la información que 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 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.

Sin perjuicio de lo establecido en la presente Ley, los abogados guardarán el deber de secreto profesional de conformidad con la legislación vigente.

Real Decreto 607/1986, de 21 de marzo, por el que se desarrolla la Directiva del Consejo, de 2 de marzo de 1977, para el ejercicio efectivo de la libre prestación de servicios de los Abogados, publicado en el BOE número 78, de 1 de abril, rectificaciones en el BOE número 92, de 17 de abril.

[...]

Artículo 7. [...] **2.** Para el ejercicio de las restantes actividades, el Abogado visitante quedará sometido a las condiciones y reglas profesionales del Estado miembro de origen sin perjuicio del respeto de las reglas, cualquiera que sea su fuente, que rigen la profesión en España, especialmente las que regulan la incompatibilidad entre el ejercicio de las actividades de Abogado y el de otras actividades, el secreto profesional, las relaciones de compañerismo, la prohibición de asistencia por un mismo Abogado a partes que tengan intereses opuestos y a la publicidad. Estas reglas no serán aplicables más que si pueden ser observadas por un Abogado no establecido en España y sólo en la medida en que su observancia se justifique objetivamente para asegurar el ejercicio correcto de las actividades de Abogado, la dignidad de la profesión, el respeto a las incompatibilidades y el cumplimiento de sus obligaciones fiscales.

Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española, publicado en el BOE número 164, de 10 de julio.

Artículo 28. Ejercicio colectivo de la abogacía.

2. La agrupación habrá de tener como objeto exclusivo el ejercicio profesional de la abogacía y estar integrada exclusivamente por abogados en ejercicio, sin limitación de número. No podrá compartir locales o servicios con profesionales incompatibles, si ello afectare a la salvaguarda del secreto profesional. Tanto el capital como los derechos políticos y económicos habrán de estar atribuidos únicamente a los abogados que integren el despacho colectivo. [...]

6. La actuación profesional de los integrantes del despacho colectivo estará sometida a la disciplina colegial del Colegio en cuyo ámbito se efectúa, respondiendo personalmente el abogado que la haya efectuado. No obstante, se extenderán a todos los miembros del despacho colectivo el deber de secreto profesional, las incompatibilidades que afecten a cualquiera de sus integrantes y las situaciones de prohibición de actuar en defensa de intereses contrapuestos con los patrocinados por cualquiera de ellos.

7. La responsabilidad civil que pudiese tener el despacho colectivo será conforme al régimen jurídico general que corresponda a la forma de agrupación utilizada. Además, todos los abogados que hayan intervenido en un asunto responderán civilmente frente al cliente con carácter personal, solidario e ilimitado.

8. Para la mejor salvaguarda del secreto profesional y de las relaciones de compañerismo, las normas reguladoras del despacho colectivo podrán someter a arbitraje colegial las discrepancias que pudieran surgir entre sus miembros a causa del funcionamiento, separación o liquidación de dicho despacho.

Artículo 32. Secreto profesional. Registro del despacho profesional del abogado.

1. De conformidad con lo establecido por el artículo 437.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los abogados deberán guardar secreto de todos los hechos o noticias que conozcan por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, no pudiendo ser obligados a declarar sobre los mismos.

2. En el caso de que el Decano de un Colegio, o quien estatutariamente le sustituya, fuere requerido en virtud de norma legal o avisado por la autoridad judicial, o en su caso gubernativa, competente para la práctica de un registro en el despacho profesional de un abogado, deberá personarse en dicho despacho y asistir a las diligencias que en el mismo se practiquen, velando por la salvaguarda del secreto profesional.

Artículo 34. Deberes de los colegiados en un colegio de abogados. [...]

Son deberes de los Abogados: [...] e) Mantener como materia reservada las conversaciones y correspondencia habidas con el abogado o abogados contrarios, con prohibición de revelarlos o presentarlos en juicio sin su previo consentimiento. No obstante, por causa grave, la Junta de Gobierno del Colegio podrá discrecionalmente autorizar su revelación o presentación en juicio sin dicho consentimiento previo.

Código Deontológico de la Abogacía Española, aprobado por el Pleno del Consejo General de la Abogacía Española en fecha 27 de noviembre de 2002, adaptado al Estatuto General de la Abogacía Española, aprobado por el Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, y modificado en el pleno de 10 de diciembre de 2002⁵⁹⁹.

⁵⁹⁹ Cabe destacar los antecedentes normativos del artículo anteriormente reproducido. Así, debemos referenciar el artículo 2 del Código Deontológico de la Abogacía Española, de 30 de junio 1.995 (en vigor hasta el 30 de septiembre de 2000), que establecía lo siguiente:

“2. DEL SECRETO PROFESIONAL

2.1. El Abogado, depositario de las confidencias del cliente, debe guardar el secreto profesional, que constituye un deber y un derecho fundamental de la profesión. Derecho y deber que permanecen incluso después de haber cesado la prestación de sus servicios.

2.2. El derecho y la obligación del secreto profesional comprende las confidencias del cliente, las del adversario, las de los compañeros y todos los hechos y documentos de que se haya tenido noticia por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional.

2.3. La obligación del secreto profesional se extiende a cuantos asuntos conozca el abogado por trabajar en colaboración con otros Abogados o como Pasante y deberá, así mismo, exigirse a los empleados del Bufete y ampara las comunicaciones y negociaciones orales, las notas y correspondencia escrita, telegráfica o por télex y las

[...]

Artículo 5. Secreto profesional:

1. La confianza y confidencialidad en las relaciones entre cliente y abogado, ínsita en el derecho de aquél a su integridad y a no declarar en su contra, así como en derechos fundamentales de terceros, impone al

transcripciones taquigráficas, estenográficas, grabaciones magnéticas y cualquier otro medio de reproducción.

2.4. Las conversaciones en Juntas o reuniones, así como las mantenidas por teléfono, radio u otro medio similar, no podrán ser grabadas sin la conformidad expresa de todos los Abogados que participen. Tales grabaciones están asimismo comprendidas en el secreto profesional, por lo que no podrán hacerse públicas bajo ningún concepto.

2.5. Los Abogados deben abstenerse de entregar a sus respectivos clientes las cartas originales, comunicaciones o notas que reciban del Abogado de la otra parte con motivo de cualquier asunto profesional, salvo expresa autorización de éste.

2.6. El Abogado no está obligado a hacer manifestaciones o declaraciones referentes a los hechos de que haya tenido conocimiento por razón de su trabajo profesional.

El Abogado que se encuentre en situación de sufrir una perturbación en el mantenimiento del secreto profesional, deberá comunicarlo a la Junta de Gobierno con la máxima urgencia.

2.7. Únicamente estará dispensado el Abogado de guardar el secreto profesional y siempre con la previa autorización del Decano, en los siguientes supuestos:

a) Si, aceptándolo el Abogado, fuera relevado del mismo por el propio cliente, o sus herederos.

b) Si, para evitar una lesión notoriamente injusta y de suma gravedad al propio Abogado o a un tercero, fuera relevado de su guarda y sólo respecto a aquellos datos de hecho que conduzcan a impedir la lesión.”

Finalmente, cabe destacar que el artículo actualmente en vigor difiere tan sólo en su punto quinto del su inmediato antecesor, contenido en el artículo 5 del Código Deontológico de la Abogacía Española, de 30 de junio de 2000 (en vigor hasta el 31 de diciembre de 2002), en cuyo punto 5 se indicaba lo siguiente: “En caso de ejercicio de la Abogacía en forma colectiva, el deber de secreto se extenderá frente a los demás componentes del colectivo siempre que el cliente expresamente lo solicite”.

abogado el deber y le confiere el derecho de guardar secreto respecto de todos los hechos o noticias que conozca por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, sin que pueda ser obligado a declarar sobre los mismos como reconoce el artículo 437.2 de la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial.

2. El deber y derecho al secreto profesional del abogado comprende las confidencias y propuestas del cliente, las del adversario, las de los compañeros y todos los hechos y documentos de que haya tenido noticia o haya recibido por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional.

3. El abogado no podrá aportar a los tribunales, ni facilitarle a su cliente las cartas, comunicaciones o notas que reciba del abogado de la otra parte, salvo expresa autorización del mismo.

4. Las conversaciones mantenidas con los clientes, los contrarios o sus abogados, de presencia o por cualquier medio telefónico o telemático, no podrán ser grabadas sin previa advertencia y conformidad de todos los intervinientes y en todo caso quedarán amparadas por el secreto profesional.

5. En caso de ejercicio de la abogacía en forma colectiva, el deber de secreto se extenderá frente a los demás componentes del colectivo siempre que el cliente expresamente lo solicite.

6. En todo caso, el abogado deberá hacer respetar el secreto profesional a su personal y a cualquier otra persona que colabore con él en su actividad profesional.

7. Estos deberes de secreto profesional permanecen incluso después de haber cesado en la prestación de los servicios al cliente, sin que estén limitados en el tiempo.

8. El secreto profesional es un derecho y deber primordial de la Abogacía. En los casos excepcionales de suma gravedad en los que, la obligada preservación del secreto profesional, pudiera causar perjuicios irreparables o flagrantes injusticias, el Decano del Colegio aconsejará al Abogado con la finalidad exclusiva de orientar y, si fuera posible, determinar medios o procedimientos alternativos de solución del problema planteado

ponderando los bienes jurídicos en conflicto. Ello no afecta a la libertad del cliente, no sujeto al secreto profesional, pero cuyo consentimiento no excusa al Abogado de la preservación del mismo.

[...]

Artículo 13. Relaciones con los clientes. [...]

5. El Abogado no podrá aceptar encargos profesionales que impliquen actuaciones contra un anterior cliente, cuando exista riesgo de que el secreto de las informaciones obtenidas en la relación con el antiguo cliente pueda ser violado, o que de ellas pudiera resultar beneficio para el nuevo cliente.

6. El Abogado deberá, asimismo, abstenerse de ocuparse de los asuntos de un conjunto de clientes afectados por una misma situación, cuando surja un conflicto de intereses entre ellos, exista riesgo de violación de secreto profesional, o pueda estar afectada su libertad e independencia.

Normas de Ordenación de la Actividad Profesional de los Abogados

(Circular 80/1999 del Consejo General de la Abogacía Española)

[...]

Segunda: Ejercicio de la Abogacía en forma colectiva.

6.- La actuación profesional de los integrantes del despacho colectivo estará sometida a la disciplina colegial del Colegio en cuyo ámbito se efectúe, respondiendo personalmente el Abogado incorporado o cuya comunicación de actuación profesional haya sido registrada en el mismo. No obstante, se extenderán a todos los miembros del despacho colectivo el deber de secreto profesional, las incompatibilidades que afecten a cualquiera de sus integrantes y las situaciones de prohibición de actuar en defensa de intereses contrapuestos con los patrocinados por cualquiera de ellos.

[...]

8.- Para la mejor salvaguardia del secreto profesional y de las relaciones de compañerismo, las normas reguladoras del despacho colectivo podrán

someter a arbitraje colegial las discrepancias que pudieran surgir entre sus miembros a causa del funcionamiento, separación o liquidación de dicho despacho

Tercera.- Ejercicio de la Abogacía en colaboración con otros profesionales.

2.- Para la mejor salvaguardia del secreto profesional y de las relaciones de compañerismo e interprofesionales, el convenio podrá someter a arbitraje colegial las discrepancias que pudieran surgir entre sus firmantes a causa del funcionamiento, separación o liquidación del mismo.

CATALUÑA

Normativa de l'Advocacia Catalana, aprobada en sesiones del Consell de Col·legis d'Advocats de Catalunya, en sesiones de 1 de febrero de 2008 y 2 de marzo de 2009, y publicada en el Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya, número 5354, de 6 de abril de 2009 (páginas 28874 a 28906)⁶⁰⁰

[...]

Artículo 31. Naturaleza de derecho y deber.

1. El secreto profesional es un derecho y un deber del abogado.
2. Por razón del secreto profesional se limita el uso de la información reservada recibida del cliente a las necesidades de su defensa y se excluye revelarla, excepto en los casos de levantamiento.
3. Se considera información reservada la recibida del cliente en el ejercicio de la profesión en cualquiera de sus modalidades, que por su naturaleza

⁶⁰⁰ Asimismo, el secreto profesional se cita expresamente a lo largo del articulado de la Normativa: artículo 22, como prohibición de defensa de diferentes partes a la vez cuando implique vulneración del secreto profesional; artículo 36.2.a, que establece ilícita la publicidad que vulnere el secreto profesional; y los artículos 65y 66, en relación a infracciones por vulneración del secreto profesional.

tenga un interés jurídicamente atendible a excluirla del conocimiento de terceros.

4. El deber de secreto y confidencialidad se extiende a las comunicaciones y la información recibida del abogado contrario y de su cliente sobre hechos y noticias que a aquellos interese excluir del conocimiento de terceros.

5. El abogado no puede ser obligado a declarar sobre hechos o noticias que conozca por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional.

Artículo 32. Ambito objetivo, sibjetivo y temporal.

1. El secreto profesional ampara la información recibida del cliente y de la contraparte con independencia del medio o soporte utilizado.

2. El secreto profesional se extiende a los abogados colaboradores, y sujeta también al personal dependiente.

3. El secreto profesional persiste después de haber cesado la relación contractual del abogado con el cliente.

Artículo 33. Levantamiento.

1. El secreto profesional se podrá levantar en los siguientes supuestos:

a) Cuando el mantenimiento del secreto pueda causar una lesión notoriamente injusta y grave al abogado o a un tercero.

b) Cuando el abogado sea autorizado de manera expresa por el titular del ámbito de la información reservada.

c) En los expedientes disciplinarios colegiales y de impugnación de honorarios.

2. En todos los supuestos, el abogado interesado en el levantamiento del secreto lo deberá solicitar a la junta de gobierno o al miembro de la junta en el que ésta delegue, la cual autorizará si se cumplen los requisitos establecidos en este artículo, atendiendo a los intereses en conflicto.

Artículo 34. Amparo colegial.

1. El Colegio velará por el cumplimiento del derecho y el deber de secreto y protegerá a sus colegiados cuando este cumplimiento pueda estar amenazado, e intervendrá en cualquier situación de perturbación, de oficio o a instancia de los interesados.

2. En las actuaciones policiales o judiciales que afecten a un abogado o sociedad profesional de abogados, el decano, o el que le represente, a petición de aquellos, deberá asistir a las diligencias, con el fin de velar por la salvaguarda del secreto profesional.⁶⁰¹

[...]

Artículo 77. La responsabilidad disciplinaria y deontológica de las sociedades profesionales.

1. Las sociedades profesionales serán disciplinariamente responsables de las infracciones cometidas previstas en esta norma, por cuenta y en provecho de estas, por las personas físicas que tengan en ellas un poder de dirección fundamentado en la atribución de su representación, bien para

⁶⁰¹ Cabe considerar que la Normativa tipifica como infracción muy grave la vulneración del deber de secreto profesional, excepto en los casos en que se levante el deber de secreto o bien cuando se derive un perjuicio grave al titular del interés lesionado (artículo 65.4). La infracción del deber de secreto profesional lleva consigo una sanción consistente en inhabilitación profesional durante un tiempo superior a un año e inferior a cinco años, o bien la imposición de multa de entre 5.001 y 50.000 euros (artículo 72.1). No obstante, cabe indicar que en el supuesto de que el infractor reitere la comisión de infracciones muy graves puede llevar consigo la sanción de expulsión del Colegio (artículo 72.5).

Asimismo, el artículo 66.1.b tipifica como infracción grave la aportación de comunicaciones entre letrados a un procedimiento judicial, sin autorización del otro letrado y/o de la junta de gobierno del correspondiente Colegio de Abogados de Catalunya, por lo que la sanción por su quebrantamiento consiste en inhabilitación profesional durante un tiempo no superior a un año o bien multa de entre 1.001 y 5.000 euros (artículo 72.2).

También, y como pena accesoria, cabe la posibilidad de sancionar al infractor con (i) la obligación de realizar actividades de formación profesional o deontológica, y/o (ii) si el infractor ha obtenido una ganancia económica incluso se le puede sancionar con el pago de la citada ganancia (artículo 72.4).

tomar decisiones en su nombre, bien para controlar el funcionamiento de la sociedad.

En los mismos supuestos, las sociedades profesionales serán también disciplinariamente responsables de las infracciones cometidas en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quien, estando sometido a la autoridad de las personas físicas citadas en el párrafo anterior, ha podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre él el debido control.

2. La responsabilidad disciplinaria de las sociedades profesionales no excluirá la de las personas físicas a que se refiere el apartado anterior, ni la de estas excluirá la responsabilidad disciplinaria de aquellas, que se podrán sustanciar en un solo procedimiento. Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiera a las dos sanción de multa, el órgano sancionador modulará las respectivas cuantías, de manera que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquellos.

3. La concurrencia en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que hubieran hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias excluyentes de la culpabilidad, no excluirá ni modificará la responsabilidad disciplinaria de las sociedades profesionales, sin perjuicio de lo que se dispone en el artículo 75.

Artículo 78. Sanciones por responsabilidad disciplinaria de las sociedades profesionales.

1. Las infracciones disciplinarias, profesionales o colegiales, atribuibles a las sociedades profesionales serán objeto de las siguientes sanciones:

a) Las infracciones disciplinarias muy graves, sanción de multa de 5.001 a 50.000 euros.

b) Las infracciones disciplinarias graves, sanción de multa de 1.001 a 5.000 euros.

c) Las infracciones disciplinarias leves, sanción de multa no superior a 1.000 euros.

2. Si la sociedad profesional responsable de la infracción ha obtenido una ganancia económica, se podrá añadir una sanción adicional hasta el importe del provecho obtenido.

NORMATIVA DE LOS ESTATUTOS DEL ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE BARCELONA

Sobre este particular, debemos citar fundamentalmente el artículo 39 de los Estatutos del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona, aprobados en Junta General Extraordinaria celebrada en sesiones de fecha 14, 15 y 16 de enero de 2009⁶⁰², y reiterado en fecha 28 de septiembre de 2012⁶⁰³, que establece lo siguiente:

Artículo 39. Secreto profesional.

1. El secreto profesional es un derecho y un deber de la abogacía, como depositaria de la información que le transmite el cliente en base a la confianza.
2. El/los abogados/as deberán guardar secreto de todos los hechos o noticias de los que tengan conocimiento, por cualquiera de las modalidades, que deriven de su actividad profesional, i no pueden ser obligados a declarar sobre estos.
3. Se considera información reservada la recibida del cliente en el ejercicio de la profesión, en cualquiera de sus modalidades, que por su naturaleza tenga un interés especial a excluirla del conocimiento de terceros.

⁶⁰² Estatutos inscritos en el Registro de Colegios Profesionales de la Generalitat de Catalunya mediante Resolución de la Direcció General de Drets i d'Entitats Jurídiques de la Generalitat de Catalunya número JUS/751/2009, de 17 de marzo, y publicados en el Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya número 5346, de 25 de marzo de 2009, páginas 25532 a 25579.

⁶⁰³ El Colegio de Abogados de Barcelona decidió volver a publicar íntegramente los estatutos, con una pequeña modificación del artículo 52 (que prevé la posibilidad de acordar con el cliente honorarios en función del resultado), declarado adecuado a la legalidad por Resolución de la Conselleria de Justicia 2076/2012, de 28 de septiembre, publicada en el Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya número 6234, de 17 de octubre de 2012, página 49211.

4. El deber de secreto y confidencialidad se extiende a las comunicaciones y la información recibidas del abogado o abogada contrario y de su cliente sobre hechos y noticias que le interese excluir del conocimiento de terceros.

5. En las relaciones entre compañeros de profesión se deberán de cumplir las siguientes obligaciones:

a) Observar el deber de guardar el secreto profesional en materia de comunicaciones, con independencia del soporte en el que se produzcan.

b) No registrar ni reproducir las conversaciones o las reuniones mantenidas con otros abogados/as sin su consentimiento; este consentimiento no incluye la autorización para la divulgación del contenido del registro.

c) No revelar, divulgar ni utilizar en un juicio o fuera la información confidencial recibida de otro/a abogado/a, sea cual sea el medio utilizado, y sin perjuicio de los hechos notorios, que quedan exceptuados de esta limitación.

6. El secreto profesional se extiende a todos los integrantes del despacho, incluido el personal dependiente.

7. El secreto profesional solo se podrá levantar cuando el abogado o la abogada sean autorizados de manera expresa por el cliente o por sus herederos, o por acuerdo motivado por la Junta de Gobierno, a petición de la persona interesada, en los supuestos siguientes:

a) Cuando el mantenimiento del secreto pueda causar una lesión notoriamente injusta y grave al abogado/a o a un tercero.

b) En el seno de un expediente disciplinario colegial o de impugnación de honorarios, en función de una denuncia o por ejercer correctamente el derecho de defensa, a iniciativa propia o a requerimiento del Colegio.

8. El secreto profesional no está limitado en el tiempo y, por lo tanto, persiste después de haber cesado la relación contractual del abogado/a con el cliente.

9. El Colegio velará por el cumplimiento del derecho y el deber de secreto, protegerá las personas colegiadas cuando este cumplimiento pueda estar

amenazado e intervendrá en cualquier situación de perturbación, de oficio o a instancia de las personas interesadas.

10. En las actuaciones policiales o judiciales que afecten un/a abogado/a o sociedad profesional de abogados, el/la decano/a, o quien le represente, a petición de aquellos, deberá de asistir a las diligencias, con el objeto de velar por la salvaguarda del secreto profesional⁶⁰⁴.

⁶⁰⁴ Asimismo, el secreto profesional se cita expresamente a lo largo del articulado de los estatutos: artículo 8.e, en relación a la obligación del Colegio de Abogados de Barcelona de velar por el cumplimiento del secreto profesional; el artículo 31.3 como derecho de los colegiados en relación a obtener del Colegio la protección del secreto profesional; el artículo 33.b, como deber de los colegiados, el artículo 35.4.c y .f, como obligación deontológica; el artículo 38.4.a que establece como actos de publicidad contrarios a las normas de deontología de la profesión los que desvelen, directa o indirectamente, hechos o situaciones amparados por el secreto profesional; el artículo 46, que establece la existencia de conflicto de intereses cuando la defensa simultánea de diversas partes implique el quebrantamiento del secreto profesional; y el artículo 79, que establece entre las competencias de la Junta de Gobierno la de velar por el cumplimiento del secreto profesional.

APÉNDICE SEGUNDO

EL SECRETO PROFESIONAL DEL ABOGADO EN EL DERECHO COMPARADO⁶⁰⁵.

1.- Albania.

Artículo 14 del Código Deontológico, aprobado el 12 de noviembre de 2005⁶⁰⁶:

Artículo 14. La confidencialidad, que deriva de la ley y de las normas sobre ética profesional, es un derecho, una obligación y una garantía para el abogado. Un abogado no debe, debido a la información particular que recibe

Article 14. The confidentiality, which derives from law and norms of professional ethics, is a right, obligation and safeguard for the lawyer. A lawyer shall not, because of the particular information received by the client in

⁶⁰⁵ A efectos meramente introductorios, y sin perjuicio de anotar en cada cita concreta la procedencia exacta de la misma, debemos indicar que la normativa resaltada en el presente apartado se obtiene de las siguientes fuentes: (i) normativa europea, extraída de la página web del Consejo de los Colegios de Abogados de la Comunidad Europea (CCBE), esto es, de la página web siguiente: http://www.ccbe.eu/index.php?pageNum_Liste_tri=1&totalRows_Liste_tri=50&id=107&L=0, en versiones en inglés, alemán o francés (texto que se reproducirá en el apartado), así como en el informe emitido por la CCBE en el año 2004 sobre secreto profesional en el ámbito de la Unión Europea, cuyo texto se puede encontrar y descargar desde la página web siguiente: http://elixir.bham.ac.uk/Free%20Movement%20of%20Professionals/Links_docs/fish_report_en.pdf, ambas páginas visitadas el 2 de julio de 2012; (ii) Asimismo, vid. AZERRAYAD, Marcos E., “Ética y secreto profesional del abogado”, Editorial Cathedra Jurídica, Buenos Aires (Argentina), 2007; (iii) Varios Autores “Lex Mundi In-House Counsel and the Attorney Client Privilege”, publicado por Lex Mundi, 2009, informe que se puede consultar y descargar en http://www.lexmundi.com/images/lexmundi/PracticeGroups/LADR/Attorney_Client_Update8.09_Main_Document.pdf, visitada el 9 de julio de 2012, y (iv) vid. DAL. Georges-Albert, “Legal Professional Privilege and European Case Law”, Editorial Larcier, Bruselas (Bélgica), 2011.

Asimismo, vid. TARUFFO, Michele, “La prueba”, Editorial Marcial Pons, Barcelona, 2008, páginas 51 a 54.

⁶⁰⁶ Disponible en inglés en http://www.ccbe.eu/fileadmin/user_upload/NTCdocument/Albania_EN_Lawyers_1_12_36161987.pdf, visitado el 2 de julio de 2012.

el cliente en circunstancias de *bona fide*, permitirse violar los requisitos del Artículo 9 de la Ley “Sobre la práctica de la Profesión de Abogado en la República de Albania”. El abogado deberá mantener la confidencialidad de toda la información que le facilite su cliente, o que reciba sobre su cliente u otros mientras preste servicios a su cliente. La obligación de confidencialidad no cuenta con un límite temporal. El abogado exigirá a sus empleados y a su personal así como a cualquiera que colabore con él en la prestación de servicios profesionales, que respeten la misma obligación de confidencialidad. El deber de confidencialidad no impedirá:

- a) El derecho del abogado de informar a una persona, sobre la que delegue tareas puntuales de servicios de asesoría legal, sobre el estado del caso en cuestión, siempre que dicha persona esté sujeta a la obligación de confidencialidad.
- b) El derecho a revelar hechos o información confidencial cuando cuente con el consentimiento del cliente o de los clientes relevantes, pero sólo tras haberles presentado la información de forma completa.
- c) El derecho a revelar la intención de un cliente de cometer un delito y revelar la información necesaria para prevenir dicho delito.
- d) El derecho a revelar hechos e información confidenciales, para definir y obtener los honorarios del abogado o para proteger al abogado.

bona fide circumstances, be permitted to violate the requirements of the Article 9 of the Law ‘On practicing of the Legal Profession in the Republic of Albania’. The lawyer shall keep the confidentiality of all information given to him by his client, or received by him about his client or others in the course of rendering services to his client. The obligation of confidentiality is not limited in time. The lawyer shall require his associates and staff and anyone engaged by him in the course of providing professional services to observe the same obligation of confidentiality. The duty of confidentiality shall not prejudice:

- a) The right of the lawyer to inform a person, to whom he is delegating individual legal service tasks on the state of affairs of the case at hand, provided such person is bound by the duty of confidentiality.
- b) The right to disclose facts or secret information having the consent of the client or of the clients at hand, but only after having completely exposed to them this information.
- c) The right to reveal the intention of a client to commit a crime and to disclose the necessary information for preventing that crime;
- d) The right to disclose facts and secret information, to define or obtain the lawyer fee or to protect the lawyer or his employees or partners against any accusation related to misbehavior.

2.- Alemania⁶⁰⁷.

Artículo 203 del Código Penal Aleman:

Violación de secretos privados.

(1) Aquél que delate un secreto ajeno, es decir, un secreto perteneciente al ámbito privado, o un secreto industrial o comercial que le sea confiado en calidad de médico, dentista, veterinario, farmacéutico u otras personas pertenecientes a profesiones de índole médica, que para el ejercicio de la misma o para el derecho al uso del título profesional requieran una formación regulada estatalmente, psicólogo profesional con licenciatura reconocida estatalmente, abogado, agente de patentes y marcas, notario, letrado en un procedimiento legalmente establecido, auditor, censor jurado de cuentas, asesor fiscal, representante fiscal u órgano o miembro de un órgano de una sociedad de servicios jurídicos, agencia de marcas, auditoría, empresa contable o asesoría fiscal, asesor matrimonial, familiar, de educación o juventud así como asesor para asuntos de adicción en un centro de asistencia reconocido por una administración, entidad, institución o fundación del derecho público, miembro o encargado de un centro de asistencia reconocido según los §§ 3 y 8 de la Ley de conflictos del embarazo, asistente social o pedagogo social reconocido

Article 203 Criminal Code:

«Verletzung von Privatgeheimnissen.

(1) Wer unbefugt ein fremdes Geheimnis, namentlich ein zum persönlichen Lebensbereich gehörendes Geheimnis oder ein Ehe-, Familien-, Erziehungs- oder Jugendberater sowie Berater für Suchtfragen in einer Beratungsstelle, die von einer Behörde oder Körperschaft, Anstalt oder Stiftung des öffentlichen Rechts anerkannt ist, Mitglied oder Beauftragten einer anerkannten Beratungsstelle nach den §§ 3 und 8 des Schwangerschaftskonfliktgesetzes staatlich anerkanntem Sozialarbeiter oder staatlich anerkanntem Sozialpädagogen oder Angehörigen eines Unternehmens der privaten Kranken-, Unfall- oder Lebensversicherung oder einer privatärztlichen Verrechnungsstelle anvertraut worden oder sonst bekanntgeworden ist, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Ebenso wird bestraft, wer unbefugt ein fremdes Geheimnis, namentlich ein zum persönlichen Lebensbereich gehörendes Geheimnis oder ein Betriebs- oder Geschäftsgeheimnis, offenbart, das ihm als Amtsträger, für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteten, Person, die Aufgaben oder Befugnisse nach dem

⁶⁰⁷ Texto de los preceptos disponibles en alemán en http://elixir.bham.ac.uk/Free%20Movement%20of%20Professionals/Links_docs/fish_report_en.pdf, visitada el 8 de agosto de 2012.

estatalmente, colaborador de una empresa de seguros privados de salud, accidentes o de vida o una entidad de compensación médico-sanitaria privada, o del que haya conocido por otro motivo, podrá ser sancionado con una pena privativa de libertad de hasta un año o pena de multa.

(2) Asimismo, será castigado aquel que, sin mediar permiso en tal sentido, divulgue un secreto ajeno, es decir, un secreto perteneciente al ámbito privado o un secreto industrial o comercial, que le sea confiado en calidad de cargo público o persona especialmente comprometida por ejercer una función pública, persona que ejerza funciones o facultades según el derecho de representación de personal, miembro de una comisión de investigación que actúe en interés de un órgano legislativo del Estado Federado o de un *Land*, o de otra comisión o consejo, que no sea por si mismo miembro del órgano legislativo o en calidad de auxiliar de dicha comisión o consejo, perito oficial comprometido formalmente sobre la base de una ley al cumplimiento de sus obligaciones según su leal saber y entender, o persona comprometida formalmente sobre la base de una ley a cumplir según su leal saber y entender su obligación de trato confidencial al realizar investigaciones científicas, o del que haya obtenido conocimiento de otra forma. A los efectos de la frase 1 equivalen a un secreto los datos individualizados acerca de relaciones personales u objetivas de otras personas que hayan sido registrados para el cumplimiento de las funciones de la administración pública. La frase 1, sin embargo, no será de aplicación,

Personalvertretungsrecht wahrnimmt, Mitglied eines für ein Gesetzgebungsorgan des Bundes oder eines Landes tätigen Untersuchungsausschusses, sonstigen Ausschusses oder Rates, das nicht selbst Mitglied des Gesetzgebungsorgans ist, oder als Hilfskraft eines solchen Ausschusses oder Rates, öffentlich bestellten Sachverständigen, der auf die gewissenhafte Erfüllung seiner Obliegenheiten auf Grund eines Gesetzes förmlich verpflichtet worden ist, oder Person, die auf die gewissenhafte Erfüllung ihrer Geheimhaltungspflicht bei der Durchführung wissenschaftlicher Forschungsvorhaben auf Grund eines Gesetzes förmlich verpflichtet worden ist, anvertraut worden oder sonst bekanntgeworden ist. Einem Geheimnis im Sinne des Satzes 1 stehen Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse eines anderen gleich, die für Aufgaben der öffentlichen Verwaltung erfaßt worden sind, Satz 1 ist jedoch nicht anzuwenden, soweit solche Einzelangaben anderen Behörden oder sonstigen Stellen für Aufgaben der öffentlichen Verwaltung bekanntgegeben werden und das Gesetz dies nicht untersagt.

(3) Einem in Absatz 1 Nr 3 genannten Rechtsanwalt stehen andere Mitglieder einer Rechtsanwaltskammer gleich. Den in Absatz 1 und Satz 1 Genannten stehen ihre berufsmäßig tätigen Gehilfen und die Personen gleich, die bei ihnen zur Vorbereitung auf den Beruf tätig sind. Den in Absatz 1 und den in Satz 1 und 2 Genannten steht nach dem Tod des zur Wahrung des Geheimnisses Verpflichteten ferner gleich, wer das Geheimnis von dem Verstorbenen oder

cuando dichos datos individualizados sean comunicados a otras administraciones u otros centros para el ejercicio de las funciones propias de la administración pública y la ley no lo prohíba.

(3) Equivalen a la figura del abogado mencionado en el ap. 1 N° 3 otros miembros de un colegio de abogados. Equivalen a los mencionados en el ap. 1 y frase 1 los auxiliares profesionales de éste y las personas que colaboran con él en el marco de su formación. Tras la muerte de aquel que esté obligado a guardar secreto, equivaldrán a aquellos mencionados en el ap. 1 y en la frase 1 y 2 los que hayan obtenido conocimiento a través del fallecido o de la sucesión de éste.

(4) Los apartados 1 hasta 3 también se aplicarán cuando el autor divulgue el secreto ajeno sin autorización tras la muerte del afectado.

(5) Cuando el autor actúe a cambio de una remuneración o con la intención de obtener un lucro para él o para un tercero o con el fin de perjudicar a otra persona, la sanción será de pena de privación de libertad de hasta dos años o pena de multa.

Artículo 43A de la Ley de la Abogacía Alemana:

«Obligaciones básicas del abogado.

(1) El abogado no podrá establecer vinculaciones que pongan en peligro su independencia profesional.

(2) El abogado está obligado al trato confidencial. Esta obligación se refiere a todo aquello de lo que conozca en el

aus dessen Nachlaß erlangt hat.

(4) Die Absätze 1 bis 3 sind auch anzuwenden, wenn der Täter das fremde Geheimnis nach dem Tod des Betroffenen unbefugt offenbart.

(5) Handelt der Täter gegen Entgelt oder in der Absicht, sich oder einen anderen zu bereichern oder einen anderen zu schädigen, so ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder Geldstrafe.»

Article 43A German Lawyers Act:

«Grundpflichten des Rechtsanwalts.

(1) Der Rechtsanwalt darf keine Bindungen eingehen, die seine berufliche Unabhängigkeit gefährden.

(2) Der Rechtsanwalt ist zur Verschwiegenheit verpflichtet. Diese Pflicht bezieht sich auf alles, was ihm in Ausübung seines Berufes bekanntgeworden ist. Dies gilt nicht für Tatsachen, die offenkundig sind oder ihrer Bedeutung nach keiner Geheimhaltung bedürfen.

(3) Der Rechtsanwalt darf sich bei seiner Berufsausübung nicht unsachlich verhalten. Unsachlich ist insbesondere ein Verhalten, bei dem es sich um die bewußte Verbreitung von Unwahrheiten oder solche herabsetzenden Äußerungen (...)

(6) Der Rechtsanwalt ist verpflichtet, sich fortzubilden.»

Article 2 German Federal Bars Rules of Professional Practice:

«Verschwiegenheit.

(1) Der Rechtsanwalt ist zur

marco del ejercicio de su profesión. Ello no será aplicable a circunstancias que sean de dominio público o que por su relevancia no requieran un trato confidencial.

(3) En el ejercicio de su profesión el abogado no debe comportarse de forma temeraria. Se considerará temerario aquel comportamiento, en el marco del cual se divulguen de forma consciente falsedades o comentarios de desprecio, para los que otros implicados o el desarrollo del proceso no hayan dado motivo alguno“.

Artículo 2 de la Ley de Práctica Profesional de los Colegios de Abogados:

(1) El abogado tiene el derecho y la obligación de tratar los asuntos de forma confidencial.

(2) El derecho y la obligación del trato confidencial se refiere a todo aquello de lo que conozca en el ejercicio de su profesión y persistirá una vez haya expirado el mandato.

(3) La obligación del trato confidencial no será aplicable, cuando este reglamento profesional u otras normas jurídicas permitan excepciones o la ejecución de o la defensa frente a reclamaciones a partir de la relación de mandato o la defensa del abogado mismo requieran la divulgación.

(4) El abogado deberá instruir y obligar a sus colaboradores y a todas las demás personas que intervengan en su actividad profesional a mantener el secreto profesional.

Verschwiegenheit berechtigt und verpflichtet.

(2) Das Recht und die Pflicht zur Verschwiegenheit beziehen sich auf alles, was ihm in Ausübung seines Berufes bekannt geworden ist, und bestehen nach Beedigung des Mandats fort.

(3) Die Pflicht zur Verschwiegenheit gilt nicht, soweit diese Berufsordnung oder andere Rechtsvorschriften Ausnahmen zulassen oder die Durchsetzung oder Abwehr von Ansprüchen aus dem Mandatsverhältnis oder die Verteidigung des Rechtsanwalts in eigener Sache die Offenbarung erfordern.

(4) Der Rechtsanwalt hat seine Mitarbeiter und alle sonstigen Personen, die bei seiner beruflichen Tätigkeit mitwirken, zur Verschwiegenheit (§ 43a Abs. 2 Bundesrechtsanwaltsordnung ausdrücklich zu verpflichten und anzuhalten.»

3.- Armenia.

Artículo 9 del Código Deontológico. Confidencialidad⁶⁰⁸:

Artículo 9. Confidencialidad.

1.- La información confidencial de un abogado es información que el cliente ha facilitado al abogado con la condición de confidencialidad, así como aquella información que el abogado obtenga a través de su propia actividad y que es desconocida para el público.

2.- Un abogado no puede ser interrogado como testigo sobre circunstancias de las que ha sido conocedor como resultado de una asesoría jurídica.

3.- Un abogado hará pública información confidencial si:

1) cuenta con el consentimiento por escrito del cliente;

2) es necesario para fundamentar y razonar las disputas entre él o ella y el cliente que surjan en la disputa judicial;

3) se adquiere información sobre la preparación de un delito grave y particularmente grave según lo descrito en el Código Penal de la

Article 9. Confidentiality.

1. An advocate's confidential information is information which the client provided an advocate on confidentiality condition, as well as such information and evidence that an advocate obtained through his or her own activities and which is not known to the public.

2. An advocate cannot be interrogated as a witness about circumstances with which he or she became aware as a result of legal assistance.

3. An advocate shall publicize confidential information if:

1) written consent of the client is available;

2) that is necessary for grounding and reasoning of the claims between him or her and the client arisen in the judicial dispute,

3) an information is available about a grave and a particularly grave crime as proscribed in RA Criminal Code preparing to be committed.

4. An Advocate's confidentiality's maintaining requirement has no time

⁶⁰⁸

Disponibile en inglés en http://www.ccbe.eu/fileadmin/user_upload/NTCdocument/Armenia_EN_Code_of_C1_1236165221.pdf, visitado el 2 de julio de 2012.

República de Armenia.

limits.

Los requisitos del mantenimiento de la confidencialidad por parte del Abogado no cuenta con ninguna limitación temporal.

4.- **Austria.**

Sección 152 del Código de Procedimiento Criminal⁶⁰⁹:

Para 1 (4): Letrados, abogados, notarios y auditores, acerca de aquello de lo que conozcan en dicha calidad.

Para 1 (4): Verteidiger, Rechtsanwälte, Notare und Wirtschafts-treuhänder über das, was ihnen in dierser Eigenschaft bekannt geworden ist

Para 2: Equivalen a las personas indicadas en el ap. 1 línea 4 y 5 los auxiliares de las mismas así como aquellas personas que intervengan en la actividad profesional en el marco de su formación.

Para 2: Den in Abs. 1 Z 4 und 5 erwähnten Personen stehen deren Hilfskräfte und jene Personen gleich, die zur Ausbildung an der berufsmäßigen Tätigkeit teilnehmen.

Para 3: El derecho a negarse a declarar de las personas indicadas en el ap. 1 línea 4 y 5 así como en el ap. 2 no puede ser eludido bajo sanción de nulidad.

Para 3: Das Recht der in Abs. 1 Z 4 und 5 sowie in Abs. 2 erwähnten Personen, sich des Zeugnisses zu entschlagen, darf bei sonstiger Nichtigkeit nicht umgangen werden.

Sección 321 del Código de Procedimiento Civil⁶¹⁰:

Para 4: Considerando aquello que ha sido confiado al testigo en su calidad de abogado por la parte por él representada.

Para 4: in Ansehung desjenigen, was dem Zeugen in seiner Eigenschaft als Rechtsanwalt von seiner Partei anvertraut wurde.

⁶⁰⁹ Disponible en alemán en http://elixir.bham.ac.uk/Free%20Movement%20of%20Professionals/Links_docs/fish_report_en.pdf, visitada el 2 de julio de 2012.

⁶¹⁰ Disponible en alemán en http://elixir.bham.ac.uk/Free%20Movement%20of%20Professionals/Links_docs/fish_report_en.pdf, visitada el 2 de julio de 2012.

La Sección 49 del Código de Procedimiento Administrativo⁶¹¹:

Para 2: Las personas facultadas profesionalmente para la representación de partes también podrán negarse a declarar en relación a aquello que les haya sido confiado en calidad de representante de una parte por la misma.

Para 2: Die zur berufsmäßigen Parteienvertretung befugten Personen können die Zeugenaussage auch darüber verweigern, was ihnen in ihrer Eigenschaft als Vertreter einer Partei von dieser anvertraut wurde.

Artículo 9.2 del Código Deontológico de la Abogacía⁶¹²:

(2) El abogado estará obligado a tratar de forma confidencial los asuntos que le hayan sido confiados y las demás circunstancias de las que conozca en el marco de su calidad profesional y cuya confidencialidad sea en interés de la parte por él representada. En el marco de procedimientos judiciales y otros procedimientos administrativos tendrá derecho a guardar esta confidencialidad de acuerdo con las normas procesales.

(2) Der Rechtsanwalt ist zur Verschwiegenheit über die ihm anvertrauten Angelegenheiten und die ihm sonst in seiner beruflichen Eigenschaft bekanntgewordenen Tatsachen, deren Geheimhaltung im Interesse seiner Partei gelegen ist, verpflichtet. Er hat in gerichtlichen und sonstigen behördlichen Verfahren nach Maßgabe der verfahrensrechtlichen Vorschriften das Recht auf diese Verschwiegenheit.

5.- Bélgica.

En Bélgica se aplica internamente el CDAUE, según Resolución de los Colegios de Abogados Belgas de 31 de enero de 2007, publicado en el

⁶¹¹ Disponible en alemán en http://elixir.bham.ac.uk/Free%20Movement%20of%20Professionals/Links_docs/fish_report_en.pdf, visitada el 2 de julio de 2012.

⁶¹² Texto disponible en alemán en http://www.ccbe.eu/fileadmin/user_upload/NTCdocument/rao_01012009pdf1_1247040407.pdf; así como en http://elixir.bham.ac.uk/Free%20Movement%20of%20Professionals/Links_docs/fish_report_en.pdf, visitadas el 2 de julio de 2012.

Belgian Official Journal el 21 de febrero de 2007, y en vigor el 21 de mayo de 2007⁶¹³.

6.- Bosnia-Herzegovina.

Apartado VII de su Código Deontológico de la Abogacía, de 14 de diciembre de 2002⁶¹⁴.

VII Secreto profesional.

1. Respetar el secreto profesional es uno de los principales principios de la práctica jurídica y, como tal, representa un deber, un derecho y una obligación del abogado.

2. Se considera secreto profesional todo aquello que el abogado conoce como asunto confidencial a través de su cliente o de otra forma durante la prestación de la asistencia jurídica. En la práctica, el secreto profesional también incluye todos los documentos, registros de audio o informáticos, fotografías u otros registros, así como depósitos que se guarden en el despacho del abogado.

3. El deber de mantener el secreto profesional no cesa tras la finalización de la representación o el proceso durante el cual o sobre el cual se produjeron la información o las circunstancias que representen ser un secreto. La obligación de mantener el secreto profesional también existe en

VII Professional secret.

1. Respecting professional secret is one of the main principles of law practice and as such represents duty, right and obligation of the attorney.

2. As a professional secret is considered all that the attorney gets to know as confidential matter from his client or otherwise during his providing legal aid. In practice professional secret also includes all documents, sound or computer records, picture or other records, and deposits kept in attorney's office.

3. The duty of keeping of professional secret does not cease upon termination of representation or proceedings during which or regarding which the information or circumstances representing a secret were acquired. The obligation of keeping of professional secret also exists in case of acquiring certain information and circumstances from a party whom the attorney refused to represent. The attorney may reveal the

⁶¹³ Resolución cuya versión inglesa se puede consultar en [http://www.advocaat.be/documenten/OVB/regulations/\(7\)%20regl%20toepassing%20gedragscode.pdf](http://www.advocaat.be/documenten/OVB/regulations/(7)%20regl%20toepassing%20gedragscode.pdf), visitado el 2 de julio de 2012.

⁶¹⁴ Disponible en versión inglesa en http://www.ccbe.eu/fileadmin/user_upload/NTCdocument/Code_of_Ethics_Bar_A1_12_92580820.pdf, visitada el 2 de junio de 2012.

caso de que una parte a la que el abogado se negara a representar aportará cierta información. El abogado podría revelar los hechos y las circunstancias sujetos al secreto profesional, sólo en ciertos tipos de procesos con el consentimiento de la persona que ha facilitado esa información, que debe ser por escrito, o en caso que la revelación del secreto sea imperativo en procesos criminales o en procesos disciplinarios contra el abogado para probar la inocencia de éste.

4. El propio abogado podrá evaluar concienzudamente lo que el cliente quiere que se considere secreto que, en ocasiones, incluye el propio hecho de que el cliente le haya pedido asesoría legal son decir de qué tipo de asesoría se trata.

5. El abogado notificará a sus empleados de la oficina la obligación de mantener el secreto profesional, la obligación de lo cual se incluirá en el contrato de trabajo firmado con sus empleados, la transgresión de la cual resultará en la rescisión del contrato.

6. La obligación del secreto profesional se aplica a todos los abogados de oficinas conjuntas o de firmas de abogados, así como al resto de empleados de las mismas.

7. La revelación del secreto profesional representa la transgresión del deber y de la reputación en la práctica del derecho más grave, siempre que se cometa más allá de las condiciones estipuladas en la cláusula 3 de este capítulo.

facts and circumstances representing the professional secret, only in certain type of proceedings upon the consent of the person from which he has learned them, which must be in writing, or in case that disclosing of the secret is imperative in criminal proceedings or in disciplinary proceedings against the attorney if he is to prove his innocence.

4. An attorney himself shall assess conscientiously what a client wants to be considered as secret, which occasionally includes the very fact that the client has asked him for legal aid without saying what kind of aid it is.

5. An attorney shall notify his associates at the office with the obligation of keeping of professional secret, which obligation is to be included in the employment contract concluded with his associates as the one the transgression of which results in termination of contract.

6. The obligation of professional secret applies to each attorney in a joint office, or in law firm, as well as to all other employees therein.

7. Disclosure of professional secret represents the most serious transgression of duty and legal practice reputation, whenever committed beyond the terms and conditions stipulated in clause 3 of this chapter.

7.- Bulgaria.

Artículo 5 del Código Deontológico de la Abogacía, de 8 de julio de 2005⁶¹⁵.

Artículo 5. (1) Un abogado deberá guardar los secretos del cliente sin ningún tipo de limitación temporal. La confidencialidad es el primer y fundamental deber de un abogado.

(2) Un abogado deberá respetar la confidencialidad de toda la información a la que tiene acceso en el transcurso de su actividad profesional.

(3) Un abogado deberá exigir a sus empleados y a todo aquel con el que colabore en el transcurso de su actividad profesional que respete la confidencialidad.

(4) Un abogado podrá revelar información confidencial sólo en tanto en cuanto sea necesario para defenderse a sí mismo en procesos civiles, administrativos, penales, disciplinarios o de otro tipo, relacionados con disputas entre abogado y cliente.

Article 5. (1) An attorney-at-law shall keep the client's secrets without any time limitations. Confidentiality is a primary and fundamental duty of an attorney-at-law.

(2) An attorney-at-law shall respect the confidentiality of all information which becomes known to him/her in the course of his/her professional activity.

(3) An attorney-at-law shall require the observance of confidentiality from his/her staff and anyone else he/she collaborates with in the course of his/her professional activity.

(4) An attorney-at-law may disclose confidential information only to the extent necessary to defend himself/herself in civil, administrative, penal, disciplinary or other proceedings related to attorney-at-law — client disputes.

8.- Croacia.

Apartado II del Código de Deontología de los Abogados, de 12 de junio de 1999⁶¹⁶.

⁶¹⁵ Disponible en versión inglesa en http://www.ccbe.eu/fileadmin/user_upload/NTCdocument/E_codepdf1_1235381869.pdf, visitada el 2 de julio de 2012.

II. La confidencialidad del abogado

26. Un abogado deberá preservar la confidencialidad de cualquier información que haya obtenido de un cliente o de otra forma mientras preste asesoría legal, particularmente durante la representación o defensa. El abogado deberá determinar, por sí mismo y de forma concienzuda, lo que el cliente quiere que el abogado conserve como secreto. **27.** El abogado deberá cuidarse, de forma razonable, de asegurar que la confidencialidad de dicha información sea preservada por otras personas que trabajen en su despacho de abogados. **28.** El secreto del abogado se refiere a todos los documentos, grabaciones, datos informáticos, fotografías y materiales similares y depósitos realizados en el despacho del abogado. **29.** Las confidencias o la información que se obtengan en el transcurso de la prestación de asesoría jurídica a una persona jurídica o a un organismo público no deben utilizarse en el proceso o cuando sea desventajoso para el cliente. Un abogado no utilizará dichas confidencias en perjuicio de uno o más miembros interesados de la persona jurídica o del organismo en cuestión, excepto cuando se preste asesoría a una persona jurídica o a un organismo en contra de sus miembros. **30.** El abogado deberá preservar el secreto del abogado bajo amenaza de responsabilidad disciplinaria mientras

II. The attorney's confidentiality 26.

An attorney shall preserve the confidentiality of any information acquired from a client or otherwise while rendering legal assistance, particularly during representation or defense. An attorney must conscientiously determine alone what the client wants to be preserved as the attorney's secret. **27.** An attorney shall exercise reasonable care to ensure that the confidentiality of such information be preserved by other persons working in his or her law office. **28.** The attorney's secret refers to all documents, recordings, computer data, pictures and similar materials and deposits kept in the attorney's office. **29.** Confidences or information acquired in the course of rendering legal assistance to a legal person or a public body must not be used in the proceedings or otherwise to the client's disadvantage. An attorney shall not use such confidences to the disadvantage of either one or more interested members of the particular legal person or body, except when rendering legal assistance to a legal person or body against their members. **30.** An attorney shall preserve the attorney's secret under threat of disciplinary accountability while rendering legal assistance and afterwards, as long as its disclosure is likely to be detrimental to the client. **31.** In order to preserve the attorney's secret, an attorney shall not disclose any information about the matters entrusted to him or her, even upon the termination of a case. **32.** The rules governing the

facilite asesoría jurídica y posteriormente, por tanto tiempo como su revelación probablemente suponga un perjuicio para el cliente. **31.** Para preservar el secreto del abogado, un abogado no podrá revelar ninguna información sobre los asuntos que se le hayan confiado, incluso tras la finalización de un caso. **32.** Las normas que regulan la obligación de proteger el secreto del abogado se aplicarán en consecuencia a otros abogados y empleados que trabajen en el mismo despacho de abogados. **33.** Un abogado mencionará de forma expresa en el contrato de trabajo (contrato laboral) ante los empleados que la violación del secreto del abogado es motivo de rescisión de contrato (violación grave de responsabilidades). **34.** La revelación del secreto del abogado está permitida sólo cuando exista un claro consentimiento por parte del cliente, si es necesario para la defensa del abogado, o si es necesario para justificar la decisión del abogado de retirarse de la defensa de un cliente.

obligation of protecting the attorney's secret shall be applied accordingly to other attorneys and employees working in the same law office. **33.** An attorney shall expressly state in the work contract (contract of employment) with employees that the violation of the attorney's secret is a ground for the termination of employment (severe violation of responsibilities). **34.** Revelation of the attorney's secret is permitted only upon the clear consent of the client, if it is necessary for the defense of the attorney, or if it is necessary to justify the attorney's decision to withdraw from defending the client.

9.- Chipre.

Artículo 13 del Código de Conducta de los Abogados, de 17 de mayo de 2002⁶¹⁷.

(1) Se reconoce el secreto profesional como el derecho y la obligación fundamentales y primarias de los abogados y debe ser protegido por los Tribunales y por cualquier

(1) Professional secrecy is recognised as the fundamental and primary right and obligation of advocates and must be protected by the Court and any State or public authority.

⁶¹⁷ Disponible en versión inglesa en http://www.ccbe.eu/fileadmin/user_upload/NTCdocument/code_cyprus_enpdf1_1187702776.pdf, visitada el 2 de julio de 2012.

- autoridad Estatal o pública.
- (2) Los abogados son los guardianes de la información y las pruebas confidenciales que su cliente les confía. La salvaguarda de la confidencialidad es un prerequisite necesario para inspirar la confianza del cliente en el abogado.
- (3) Los abogados deben, sin limitación temporal, respetar la confidencialidad de toda la información o pruebas confidenciales de los que tienen conocimiento en el transcurso de su actividad profesional.
- (4) Los abogados velan por que los miembros de su plantilla así como todas las personas que cooperen con ellos en el transcurso de su actividad profesional respeten la obligación de la confidencialidad. Siempre que, cuando los abogados ejerzan la profesión de abogado en un despacho de abogados (grupo/unión/asociación), las normas de confidencialidad se apliquen al grupo y a todos sus miembros.
- (5) Si un abogado es testigo en un caso, no debe seguir apareciendo también como abogado. Como testigo, debe presentarse ante el Tribunal con una opinión completamente independiente y puede negarse a contestar cualquier pregunta que tienda a llevarle a una revelación o a la violación de la confidencialidad.
- (6) El deber de mantener la confidencialidad incluye la
- (2) Advocates are guardians of the confidential information and evidence entrusted to them by their client. The safeguarding of secrecy is a necessary prerequisite in inspiring the client's trust in the advocate.
- (3) Advocates must, without any time limitation, respect the secrecy of all confidential information or evidence which has come to their knowledge in the course of their professional activity
- (4) Advocates see that the members of their staff and all persons cooperating with them in the course of their professional activity observe the obligation of secrecy. Provided that when advocates exercise the legal profession in the form of a law firm (group/union/partnership), secrecy rules apply to the entire group and to all its members.
- (5) If an advocate is a witness to a case, he must no longer appear also as an advocate; As a witness, he must appear before the Court with a fully independent opinion and may refuse to answer any question which may tend to lead him to a disclosure or violation of secrecy.
- (6) The duty of maintaining secrecy includes the protection of confidential information provided by third persons in the context of the advocate's professional capacity, as well as confidential information arising from conversations necessary in view of reaching an agreement, which later did not materialise. Secrecy also includes the confidential information entrusted by a fellow colleague. Advocates cannot accept another case without their client's consent if such case touches upon a matter with regard to which the client has

protección de información confidencial facilitada por terceras personas en el contexto de la capacidad profesional del abogado, así como información confidencial que provenga de conversaciones necesarias en vistas a alcanzar un acuerdo, que posteriormente no se materializó. La confidencialidad también incluye la información confidencial facilitada por un compañero de profesión. Los abogados no pueden aceptar otro caso sin el consentimiento de su cliente si el caso en cuestión está relacionado con un asunto sobre el cual el cliente ha revelado información a los abogados durante el período en el que se le estaban facilitando servicios profesionales. A condición de que los abogados no se hallen excluidos de la aceptación de un caso, a menos que honesta y justificadamente crean que, en el ejercicio de su deber, se encontrarían en situaciones embarazosas como resultado de la confianza demostrada por otro cliente al que hayan asesorado previamente.

- (7) Si un cliente formula una acusación contra su abogado, o si el abogado se enfrenta a un enjuiciamiento penal o disciplinario, entonces este tiene derecho a revelar cualquier información confidencial referente a la acusación o al caso, incluso si la información que su cliente le confió es, así, revelada.

disclosed information to them during the provision of professional services. Provided that advocates are not excluded from accepting a case, unless they honestly and justifiably believe that, in the exercise of their duties, they would find themselves in an embarrassing situation as a result of the trust demonstrated by another client to whom they had previously given advice regarding the matter in question.

- (7) If a client makes an accusation against his advocate, or if the advocate faces criminal or disciplinary prosecution, then the latter is entitled to disclose any confidential information with regard to the accusation or the case, even if information confided to him by his client would, in this manner, be disclosed.

10.- Chequia.

Artículo 17.a de las Normas de Conducta Profesional y de Régimen de Competencia de los Abogados de la República Checa, de 31 de octubre de 1996⁶¹⁸.

Durante un registro domiciliario u otro registro llevado a cabo bajo el Código de Procedimiento Criminal, durante una inspección fiscal llevada a cabo bajo la Ley de la Administración Tributaria y de Cargas y una consecuente inspección llevada a cabo bajo la Ley de Aduanas, si dicho registro o inspección se lleva a cabo en las instalaciones en las que el abogado practica su profesión de abogado o donde puedan encontrarse documentos u otros medios de información que contengan hechos sobre los que sea de aplicación, según la ley, el deber de confidencialidad del abogado (en adelante el “Documento”), el abogado está obligado a llamar la atención del órgano autorizado para llevar a cabo el registro o la inspección (en adelante el “Órgano Autorizado”) sobre su deber legal de confidencialidad y el deber de edición limitada asociada al mismo. El abogado podrá permitir al órgano autorizado que se familiarice con el contenido de los documentos que considere que están sujetos al deber de confidencialidad del abogado, sólo con el consentimiento de un representante del Colegio de Abogados presente en el registro o la inspección. Si dicho representante no da su consentimiento

During a house search or other search conducted under the Criminal Procedure Code, during a tax inspection conducted under the Act on Tax Administration and Charges and subsequent inspection conducted under the Customs Act if such a search or inspection is conducted on the premises in which the lawyer practises the legal profession or where documents or other information media may be found that contain facts to which the lawyer’s duty of confidentiality apply under the law (hereinafter referred to as the “Document”), the lawyer is obligated to draw the attention of the body authorised to conduct the search or inspection (hereinafter referred to as the “Authorised Body”) to its legal duty of confidentiality and the limited editing duty associated thereto. The lawyer may allow the authorised body to become acquainted with the contents of the documents which it believes are subject to the lawyer’s duty of confidentiality, only with the consent of a representative of the Bar present at the search or inspection. Should the Bar’s representative not give his consent to allow the Authorised Body to become acquainted with the contents of the Document, the next procedure is regulated by the authorised legal and

⁶¹⁸ Disponible en versión inglesa en http://www.ccbe.eu/fileadmin/user_upload/NTCdocument/Czech_Bar_Code_of_Co1_1251980731.pdf, visitada el 2 de julio de 2012.

para permitir que el Órgano Autorizado se familiarice con el contenido del Documento, el procedimiento siguiente está regulado por las normas legales y profesionales autorizadas.

professional regulations.

11.- Dinamarca.

Artículo 2.3 del Código de Conducta de los Abogados y de los Colegios de Abogados daneses, de 24 de abril de 2008⁶¹⁹.

2.3 Confidencialidad

2.3.1 La confianza y la confidencialidad entre el abogado y su cliente es una precondition necesaria para la función de abogado.

La discreción es, por tanto, en esencia un deber legal y ético y un derecho de los abogados y deberá ser respetada en interés, no sólo del individuo, sino también de la sociedad en general.

2.3.2. Un abogado respetará la confidencialidad de toda la información que se le facilite en el ejercicio de su actividad profesional.

2.3.3. La obligación de confidencialidad no tiene un límite temporal.

2.3.4. Anulado.

2.3.5. Los empleados del abogado, el personal y otras personas contratadas en el despacho de abogados deberán cumplir la misma obligación de

2.3. Confidentiality

2.3.1. Trust and confidentiality between the lawyer and his client is a necessary precondition for the lawyer's function.

Discretion is therefore essentially a legal and ethical duty and right for lawyers and shall be respected in the interests not only of the individual but also society at large.

2.3.2. A lawyer shall respect the confidentiality of all information that becomes known to him in the course of his professional activity.

2.3.3. The obligation of confidentiality is not limited in time.

2.3.4. Rescinded.

2.3.5. The lawyer's associates, staff and other persons employed in the law firm shall fulfil the same obligation of confidentiality.

2.3.6. If several lawyers or law firms conduct business in joint offices, 2.3.5

⁶¹⁹ Disponible en versión inglesa en http://www.ccbe.eu/fileadmin/user_upload/NTCdocument/Danish_Code_of_Condu1_1215156525.pdf, visitada el 2 de julio de 2012.

confidencialidad.

shall likewise apply to such joint offices.

2.3.6. Si varios abogados o despachos de abogados llevan a cabo negocios en oficinas conjuntas, 2.3.5 podrá igualmente aplicarse a dichas oficinas conjuntas.

12.- Eslovenia.

Artículos 51 a 53 del Código de Conducta Profesional de los Abogados, de 7 de diciembre de 2011⁶²⁰.

51. El abogado guardará en secreto todo aquello que le haya confiado el cliente o todo lo que haya aprendido de forma confidencial. Además, él mismo evaluará concienzudamente aquello que el cliente quiere que se considere confidencial.

51. The lawyer shall keep as secret whatever he was entrusted by the client or whatever he has learned for him as confidential. In addition, he shall himself conscientiously assess what the client wishes to keep as confidential.

La confidencialidad también se aplicará al contenido del expediente del abogado, incluso cuando haya finalizado la representación y sobre la destrucción de los archivos de casos completados.

The confidentiality shall also apply to the contents of the lawyer's record, even upon termination of representation and upon destruction of the archives of completed cases.

52. El principio de confidencialidad obliga al abogado a negar información sobre si ha proporcionado ayuda legal a alguien.

52. The principle of confidentiality shall oblige the lawyer to refuse the information on whether he has provided legal aid to somebody.

53. Excepcionalmente, el abogado podrá estar exento de su deber de confidencialidad,

53. Exceptionally the lawyer may be exempt of the duty of confidentiality,

- Si la parte le exime de su deber de confidencialidad,
- Si la revelación del secreto

- if the party exempts him from the duty of confidentiality,
- if the revelation of the secret is evidently a benefit to the client,
- if it is important in view of safeguard

⁶²⁰ Texto disponible en inglés en http://www.ccbe.eu/fileadmin/user_upload/NTCdocument/code_slovenia_enpdf1_1188552980.pdf, visitada el 3 de julio de 2012.

beneficia de forma evidente al cliente,

- Si es importante en aras de salvaguardar sus importantes intereses personales.

El abogado no revelará ningún secreto, ni siquiera en interés del propio cliente, si su cliente se lo prohíbe explícitamente, salvo si así lo requieren circunstancias excepcionales en el interés personal del cliente.

13.- Eslovaquia.

Artículo 9 del Código de Conducta Profesional de la Abogacía, de 19 de junio de 2004⁶²¹,

(1) El abogado está obligado a tratar cualquier información que haya obtenido en conexión con la práctica jurídica como estrictamente confidencial (Sección 23 de la Ley). Está obligado a no revelar ningún dato de carácter personal los cuales se hallan protegidos por otra ley.

(2) El abogado está obligado a informar a todas las personas, que le asisten en la prestación de servicios jurídicos, sobre el alcance de su deber estatutario de confidencialidad, incluso sobre la obligación de dichas personas a declarar como testigos.

(3) El deber del abogado y de las personas que le asisten en la presentación de servicios jurídicos de no revelar ninguna información referente a la representación deberá

of his important personal interests.

The lawyer shall not reveal the secret even in the interest of the client, if it is explicitly forbidden by the client, except if it is required by exceptional circumstances in the personal interest of the client.

(1) The lawyer is obliged to treat any information learnt in connection with the practice of law as strictly confidential (Sec. 23 of the Act). He is obliged not to reveal any personal data which are protected under a separate law.

(2) The lawyer is obliged to inform all the persons, who assist him in the provision of legal services, about the scope of their statutory duty of confidentiality, even about such persons' obligation to testify as witnesses.

(3) The duty of the lawyer and persons assisting him in the provision of legal services not to disclose any information relating to the representation shall even survive termination of such representation.

(4) The lawyer in whose flat or law firm

⁶²¹ Texto disponible en inglés en http://www.ccbe.eu/fileadmin/user_upload/NTCdocument/code_slovakia_enpdf1_1188551683.pdf, visitada el 3 de julio de 2012.

estar, incluso, por encima de la finalización de dicha representación.

(4) El abogado en el piso o el despacho de abogados del cual se lleve a cabo un registro, está obligado a notificar a la autoridad competente responsable del registro el deber estatutario del abogado de confidencialidad, por lo tanto, de su limitada obligación de facilitar cualquier información y pedir que un representante del Colegio de Abogados o cualquier otro compañero abogado, esté presente allí como persona imparcial.

a search is conducted, is obliged to notify the appropriate authority which conducts the search of the lawyer's statutory duty of confidentiality, therefore of his limited obligation to provide any information, and request that a representative of the Bar or any other fellow lawyer be present thereat as an impartial person.

14.- Estados Unidos⁶²².

En Estados Unidos debemos partir de la Sentencia dictada por la Corte del Distrito de Massachussets el 10 de marzo de 1950, caso UNITED STATES v. UNITED SHOE MACHINERY CORPORATION, 89 *F.Supp.* 357 (1950)⁶²³, que estableció los requisitos para establecer la confidencialidad de las comunicaciones abogado-cliente:

- i.- La persona que haga valer la confidencialidad tiene que ser un cliente, o tenía la intención de ser un cliente cuando desveló la información al abogado.
- ii.- La persona que reciba la información debe ser un abogado y debe actuar como tal.
- iii.- La comunicación debe llevarse a cabo entre el abogado y el cliente.

⁶²² Para un estudio del secreto profesional del abogado en Estados Unidos, visto por la doctrina española, vid. MULLERAT BALMAÑA, Ramón María, "Los diversos enfoques del secreto profesional del abogado y sus excepciones en los Estados Unidos de América", *Diario La Ley*, 1997, Ref. D-70, Tomo 1, páginas 2108 a 2116; referencia La Ley nº 11976/2001.

⁶²³ Texto de la Sentencia disponible en inglés en http://www.leagle.com/xmlResult.aspx?xmlDoc=195044689FSupp357_1351.xml&docb ase=CSLWAR1-1950-1985, visitada el 4 de julio de 2012.

- iv.- La comunicación debe llevarse a cabo con el objetivo de recibir un asesoramiento jurídico, la prestación de un servicio jurídico o el asesoramiento en el marco de algún procedimiento judicial, y no con el objetivo de cometer un delito.
- v.- La confidencialidad debe ser reclamada o renunciada por parte del cliente.

Asimismo, debemos hacer referencia a la Norma 502 de las Normas Federales sobre Prueba⁶²⁴ (última modificación de 1 de diciembre de 2011).

⁶²⁴ El texto en inglés se puede consultar en http://www.law.cornell.edu/rules/fre/rule_502, visitada el 4 de julio de 2012.

Norma 502. Secreto abogado-cliente y el producto de trabajo, limitaciones a la exención.

Las siguientes disposiciones se aplicarán, en las circunstancias expuestas, a la divulgación de una comunicación o información protegida por el privilegio abogado-cliente o la protección del producto del trabajo.

(a) Divulgación Realizada en un Proceso Federal o de una Oficina o Agencia Federal; Ámbito de aplicación de una exención. Cuando la revelación se hace en un proceso federal o de una oficina o agencia federal y supone renunciar al privilegio abogado-cliente o la protección del producto del trabajo, la exención se extiende a una comunicación o información no divulgada en un proceso federal o estatal, sólo si:

(1) La renuncia es intencionada

(2) Las comunicaciones o la información reveladas se refieren al mismo tema; y

(3) Deberían, en justicia, considerarse conjuntamente.

(b) Divulgación inadvertida. Cuando se haga en un proceso federal o ante una oficina o agencia federal, la divulgación no supondrá una renuncia en un proceso federal o estatal si:

(1) La divulgación es involuntaria;

(2) El titular del privilegio o protección tomó medidas razonables para evitar la divulgación, y

Rule 502. Attorney-Client Privilege and Work Product; Limitations on Waiver.

The following provisions apply, in the circumstances set out, to disclosure of a communication or information covered by the attorney-client privilege or work-product protection.

(a) Disclosure Made in a Federal Proceeding or to a Federal Office or Agency; Scope of a Waiver. When the disclosure is made in a federal proceeding or to a federal office or agency and waives the attorney-client privilege or work-product protection, the waiver extends to an undisclosed communication or information in a federal or state proceeding only if:

(1) the waiver is intentional;

(2) the disclosed and undisclosed communications or information concern the same subject matter; and

(3) they ought in fairness to be considered together.

(b) Inadvertent Disclosure. When made in a federal proceeding or to a federal office or agency, the disclosure does not operate as a waiver in a federal or state proceeding if:

(1) the disclosure is inadvertent;

(2) the holder of the privilege or protection took reasonable steps to prevent disclosure; and

(3) the holder promptly took reasonable steps to rectify the error, including (if applicable) following Federal Rule of

(3) El titular inmediatamente tomó las medidas necesarias para rectificar el error, incluyendo (si procede) el seguimiento del Reglamento Federal de Procedimientos Civiles 26 (b) (5) (B).

(c) Divulgación Hecha en un Procedimiento Estatal. Cuando la revelación se hace en un proceso estatal y no es objeto de una orden de la corte estatal sobre la renuncia, la divulgación no tendrá efectos de renuncia en un proceso federal, si la divulgación:

(1) no sería una renuncia bajo esta norma si se hubiera producido en un proceso federal; o

(2) no es una renuncia bajo la ley del estado donde se hizo la revelación.

(d) Efecto controlador de una Orden Judicial. Un tribunal federal podrá ordenar que el privilegio de protección o protección no sea eximido por la divulgación en relación a un litigio pendiente ante el tribunal –en cuyo caso la revelación tampoco sería una renuncia en ningún otro proceso federal o estatal.

(e) Efecto Controlador de una Acuerdo entre las Partes. Un acuerdo sobre los efectos de la divulgación en un procedimiento federal es obligatorio sólo para las partes del acuerdo, a menos que se incorpore a una orden judicial.

(f) Efecto Controlador de esta Norma. Sin perjuicio de las Normas 101 y 1101, esta norma se refiere a los procedimientos estatales y a tribunales federales –tribunales anexados y

Civil Procedure 26 (b)(5)(B).

(c) Disclosure Made in a State Proceeding. When the disclosure is made in a state proceeding and is not the subject of a state-court order concerning waiver, the disclosure does not operate as a waiver in a federal proceeding if the disclosure:

(1) would not be a waiver under this rule if it had been made in a federal proceeding; or

(2) is not a waiver under the law of the state where the disclosure occurred.

(d) Controlling Effect of a Court Order. A federal court may order that the privilege or protection is not waived by disclosure connected with the litigation pending before the court — in which event the disclosure is also not a waiver in any other federal or state proceeding.

(e) Controlling Effect of a Party Agreement. An agreement on the effect of disclosure in a federal proceeding is binding only on the parties to the agreement, unless it is incorporated into a court order.

(f) Controlling Effect of this Rule. Notwithstanding Rules 101 and 1101, this rule applies to state proceedings and to federal court-annexed and federal court-mandated arbitration proceedings, in the circumstances set out in the rule. And notwithstanding Rule 501, this rule applies even if state law provides the rule of decision.

(g) Definitions. In this rule:

(1) “attorney-client privilege” means the protection that applicable law provides

federales- procedimientos arbitrales bajo mandato, en las circunstancias establecidas por la norma. Y sin perjuicio de la Norma 501, esta norma es de aplicación incluso si la ley estatal prevé la norma de decisión.

(g) Definiciones. En esta norma:

(1) “privilegio abogado-cliente” significa la protección que la ley aplicable prevé para la comunicación abogado-cliente; y

(2) “Protección trabajo-producto” significa la protección que la ley aplicable prevé para el materia tangible (o su equivalente en intangible) preparado con anterioridad a un litigio o a un juicio.

for confidential attorney-client communications; and

(2) “work-product protection” means the protection that applicable law provides for tangible material (or its intangible equivalent) prepared in anticipation of litigation or for trial.

Artículo 1.6 de las Reglas de Conducta Profesional, publicadas por el American Bar Association⁶²⁵.

⁶²⁵

Disponibles en inglés en http://www.americanbar.org/groups/professional_responsibility/publications/model_rules_of_professional_conduct/model_rules_of_professional_conduct_table_of_contents.html, visitada el 4 de julio de 2012.

Relación Cliente-Abogado

Norma 1.6 Confidencialidad de la Información

(a) Un abogado no revelará información relacionada con la representación de un cliente a menos que el cliente facilite su consentimiento informado, la divulgación se autoriza tácitamente para llevar a cabo la representación o la divulgación está permitida por el párrafo (b).

(b) Un abogado podrá revelar información relacionada con la representación de un cliente en la medida que el abogado razonablemente estime necesario:

(1) para evitar razonablemente una muerte segura o un sustancial daño corporal.

(2) Para evitar que el cliente comita un delito o fraude que razonablemente considere seguro que resultará en un daño sustancial a los intereses financieros o a la propiedad de otro y para el fomento de lo cual el cliente ha usado o está usando los servicios del abogado;

(3) Para evitar, mitigar o corregir daños sustanciales a los intereses financieros o a la propiedad de otro que es razonablemente seguro que será o ha sido el resultado de la comisión de un delito o un fraude por parte del cliente y para el fomento de lo cual el cliente ha usado o está usando los servicios del abogado;

(4) para obtener asesoramiento jurídico sobre el cumplimiento del

Client-Lawyer Relationship

Rule 1.6 Confidentiality of Information.

(a) A lawyer shall not reveal information relating to the representation of a client unless the client gives informed consent, the disclosure is impliedly authorized in order to carry out the representation or the disclosure is permitted by paragraph (b).

(b) A lawyer may reveal information relating to the representation of a client to the extent the lawyer reasonably believes necessary:

(1) to prevent reasonably certain death or substantial bodily harm;

(2) to prevent the client from committing a crime or fraud that is reasonably certain to result in substantial injury to the financial interests or property of another and in furtherance of which the client has used or is using the lawyer's services;

(3) to prevent, mitigate or rectify substantial injury to the financial interests or property of another that is reasonably certain to result or has resulted from the client's commission of a crime or fraud in furtherance of which the client has used the lawyer's services;

(4) to secure legal advice about the lawyer's compliance with these Rules;

(5) to establish a claim or defense on behalf of the lawyer in a controversy between the lawyer and the client, to establish a defense to a criminal charge or civil claim against the lawyer based upon conduct in which the client was involved, or to respond to allegations in

abogado del presente Reglamento;

(5) para interponer una demanda o contestación a la misma, en nombre del abogado en una controversia entre el abogado y el cliente, para definir una defensa a una acusación de carácter penal o demanda civil contra el abogado basada en una conducta en el que estuvo involucrado el cliente, o para responder a alegaciones en cualquier procedimiento relacionado a la representación del abogado del cliente; o

(6) para cumplir con otras leyes o con una orden judicial.

any proceeding concerning the lawyer's representation of the client; or

(6) to comply with other law or a court order.

Finalmente, destacamos el contenido de la Sentencia del Tribunal Supremo Estadounidense de 25 de junio de 1998, caso *Swidler & Berlin et Al. v. United States*, en la que se pone de manifiesto no sólo la protección del secreto profesional en todas las comunicaciones entre abogado y su cliente, sino que además indica expresamente que el secreto permanece aún después de la muerte del abogado⁶²⁶.

14.- Estonia.

Artículo 5 del Código de Conducta de los Colegios de Abogados de Estonia, de 8 de abril de 1999⁶²⁷.

Artículo 5. Confidencialidad (1) La relación entre el abogado y su cliente está fundada en la confianza. Por lo tanto, toda la información facilitada o recibida por éste en el transcurso de la prestación de servicios jurídicos, es

Article 5. Confidentiality (1) The relationship between the advocate and his client is founded upon trust. Therefore, all information given or received by him in the course of

⁶²⁶ Vid. texto de la Sentencia en <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=CASE&court=US&vol=524&page=399>, visitada el 3 de julio de 2012.

⁶²⁷ Disponible en versión inglesa en http://www.ccbe.eu/fileadmin/user_upload/NTCdocument/EN_Estonia_CODE_OF_C1_1251980836.pdf, visitada el 2 de julio de 2012.

confidencial.

(2) El abogado respetará la confidencialidad de toda la información relacionada con la prestación de servicios jurídicos así como la fuente de dicha información, excepto en el caso de que la revelación de esa información sea obligatoria por ley o cuando la autorización e instrucciones que dé el cliente indiquen el consentimiento del cliente de que se revele dicha información.

(3) La obligación de confidencialidad se extiende igualmente a incluir el hecho de buscar la asistencia jurídica del abogado, así como el contenido de la asistencia jurídica y de los honorarios. La revelación de la cantidad de lo que cargue el abogado al tribunal para juzgar el pago de honorarios de los abogados no se considerará una violación de la obligación de confidencialidad.

(4) El abogado asegurará que ningún tercero pueda acceder a los documentos, correspondencia u otra información de su cliente, ni a ningún documento elaborado por el abogado en el transcurso de la prestación de servicios jurídicos al cliente, que estén en su poder en relación con el tratamiento del caso del cliente.

(5) El abogado no rendirá cuentas ni testificará como testigo sobre los hechos sobre los que ha tenido conocimiento en el transcurso de la prestación de servicios al cliente. (6) El abogado no pondrá documentos u otra información relacionada con su actividad profesional a ningún tercero, ni a agencias administrativas a los que no estén dirigidos esos documentos o

rendering legal services, is confidential.

(2) The advocate shall respect the confidentiality of all information in connection with the provision of legal services as well as the source of such information, except in the case where disclosure of such information is required by law or where the authorisation and instructions given by the client indicate client's consent to disclose such information.

(3) The confidentiality requirement shall also extend to include the fact of seeking legal assistance from the advocate, as well as to the content of such legal assistance and to the fees. Disclosure of the amount of a fee charged by the advocate to court for judging the payment of legal fees shall not be deemed a violation of the confidentiality obligation.

(4) The advocate shall ensure that no third person had access to his client's documents, correspondence or other information, or to any documents drafted by the advocate in the course of rendering legal services to the client, which are in his possession in connection with handling the client's matter.

(5) The advocate may not give an account of or testify as a witness about the facts which have become known to him in the course of rendering services to his client. (6) The advocate may not make the documents or other information related to his professional activity available to any third party, or administrative agencies to which the said documents or information are not addressed, except in the case where disclosure of such information is explicitly required by law or where the

información, excepto en el caso de que la revelación de dicha información esté explícitamente requerida por ley o cuando la autorización e instrucciones que dé el cliente indiquen el consentimiento del cliente de que se revele dicha información. La presentación y revelación de dichos documentos e información al Consejo de Administración del Colegio de Abogados en el ejercicio de supervisión de las actividades de un abogado o ante el Tribunal de Honor en la audiencia de un asunto relacionado con una falta disciplinaria no se considerará una violación de la obligación de confidencialidad.

(6) La obligación de confidencialidad tendrá una duración no especificada. El abogado cumplirá la obligación de confidencialidad incluso después de que finalicen sus actividades profesionales. La violación de la obligación de confidencialidad no puede justificarse por motivos de interés público o por el hecho que ello permitiría una mejor protección de los intereses del cliente.

(7) Sólo el cliente o su sucesor legal podrán, por consentimiento escrito, eximir a un abogado de la obligación de confidencialidad.

15.- **Finlandia.**

Artículo 3.4 de las Normas de Correcta Conducta Profesional para Abogados, de 15 de enero de 2009, en vigor desde el 1 de abril de 2009⁶²⁸.

authorisation and instructions given by the client indicate client's consent to disclose the said information. Presentation and disclosure of the said documents and information to the Board of Directors of the Bar in the exercise of supervision over the activities of an advocate or to the Court of Honour in the hearing of a matter concerning a disciplinary offence shall not be deemed to be a violation of the confidentiality obligation.

(6) The obligation of confidentiality shall have an unspecified term. The advocate shall comply with the confidentiality obligation also after the termination of his professional activities. Violation of the confidentiality obligation cannot be justified by public interest or the fact that this would allow better protection of the interests of the client.

(7) Only the client or his legal successor may by his written consent, exempt an advocate from the confidentiality obligation.

⁶²⁸ Disponible en inglés en http://elixir.bham.ac.uk/Free%20Movement%20of%20Professionals/Links_docs/fish_report_en.pdf, visitada el 13 de agosto de 2012.

3.4 Confidencialidad.

Un abogado no revelará, sin el debido permiso, revelar los secretos de un individuo o de una familia, ni revelar ningún secreto empresarial o profesional de los que el abogado ha tenido conocimiento en el transcurso de su actividad profesional (obligación de secreto).

Además, un abogado no revelará, sin el debido permiso, ninguna otra información sobre el cliente ni sobre las circunstancias del cliente de la que el abogado ha tenido conocimiento en el transcurso de su actividad profesional (obligación de secreto).

3.4 Confidentiality.

An attorney shall not, without due permission, disclose the secrets of an individual or a family, nor disclose any business or professional secrets which have come to the attorney's knowledge in the course of his/her professional activity (obligation of secrecy).

Furthermore, an attorney may not, without permission, disclose any other information about the client and the client's circumstances which the attorney has learned in the course of his/her professional activity (obligation of confidentiality).

16.- Francia.

Artículo 2 del Reglamento Interior Nacional de la Profesión de Abogado, aprobado en fecha 28 de abril de 2007⁶²⁹.

Artículo 2 : el secreto profesional

Article 2 : le secret professionnel

Principios

Principes

2.1 El abogado es el confidente

2.1 L'avocat est le confident nécessaire

3.4 Confidentiality.

An attorney shall not, without due permission, disclose the secrets of an individual or a family, nor disclose any business or professional secrets which have come to the attorney's knowledge in the course of his/her professional activity (obligation of secrecy).

Furthermore, an attorney may not, without permission, disclose any other information about the client and the client's circumstances which the attorney has learned in the course of his/her professional activity (obligation of confidentiality).

⁶²⁹ Disponible en versión francesa en http://www.ccbe.eu/fileadmin/user_upload/NTCdocument/France_FR_RINpdf2_1251981001.pdf, visitada el 2 de julio de 2012.

necesario del cliente.

El secreto profesional del abogado es de orden público. Es de carácter general, absoluto e ilimitado en el tiempo.

Con sujeción a los requisitos estrictos de su propia defensa ante cualquier tribunal y los casos de declaración o revelación previstos o autorizados por la ley, el abogado no cometerá, en ningún caso, ninguna revelación que vaya en contra del secreto profesional.

Ámbito del secreto profesional

2.2 El secreto profesional cubre todos los ámbitos, desde el ámbito de la asesoría o el de la defensa, hasta el ámbito del apoyo, material o inmaterial (papel, información transmitidas por vía fax, electrónica...):

- Las consultas dirigidas por un abogado a su cliente o destinadas a éste;
- La correspondencia entre el cliente y su abogado, entre el abogado y sus colegas, con la excepción para estos últimos de aquella que lleve un sello oficial ;
- Las notas de entrevistas y, en general, todos los documentos, información y confidencias recibidos por el abogado en el ejercicio de su profesión.
- El nombre de los clientes y la agenda del abogado;
- Las regulaciones financieras y todos los manejos de fondos

du client.

Le secret professionnel de l'avocat est d'ordre public. Il est général, absolu et illimité dans le temps.

Sous réserve des strictes exigences de sa propre défense devant toute juridiction et des cas de déclaration ou de révélation prévues ou autorisées par la loi, l'avocat ne commet, en toute matière, aucune divulgation contrevenant au secret professionnel.

Etendue du secret professionnel

2.2 Le secret professionnel couvre en toute matière, dans le domaine du conseil ou celui de la défense, et quels qu'en soient les supports, matériels ou immatériels (papier, télécopie, voie électronique ...):

- les consultations adressées par un avocat à son client ou destinées à celui-ci ;
- les correspondances échangées entre le client et son avocat, entre l'avocat et ses confrères, à l'exception pour ces dernières de celles portant la mention officielle;
- les notes d'entretien et plus généralement toutes les pièces du dossier, toutes les informations et confidences reçues par l'avocat dans l'exercice de la profession;
- le nom des clients et l'agenda de l'avocat;
- les règlements pécuniaires et tous maniements de fonds effectués en application de l'article 27 alinéa 2 de

efectuadas con arreglo al artículo 27 párrafo 2 de la Ley de 31 de diciembre de 1971;

- La información solicitada por auditores de cuentas o por cualquier tercero (información que el abogado sólo puede comunicar a su cliente).

En procedimientos de licitaciones públicas y compras del sector público y privado, el abogado puede consultar las referencias personales de uno o más de sus clientes con su previo y expreso consentimiento.

Si el nombre dado en referencia es el de un cliente al que ha asesorado el abogado en calidad de colaborador o asociado a un despacho de abogados en el que ya no ejerce desde hace menos de diez años, éste deberá obligatoriamente notificar a su antiguo despacho de abogados la demanda de autorización expresa dirigida al cliente e indicar en la respuesta a la licitación el nombre del despacho de abogados en el seno del cual se ha adquirido la experiencia.

No puede llevarse a cabo ninguna consulta o incautación de documentos en el despacho o en el domicilio del abogado, salvo lo dispuesto en el artículo 56-1 del Código de Procedimiento Penal.

Estructura profesional, modo de ejercicio y secreto profesional

2.3 El abogado debe hacer respetar el secreto al personal de su despacho y a todo aquel que coopere con él en el ámbito de su actividad profesional. Él responde de las violaciones de secreto

la loi du 31 décembre 1971;

- les informations demandées par les commissaires aux comptes ou tous tiers, (informations qui ne peuvent être communiquées par l'avocat qu'à son client).

Dans les procédures d'appels d'offres publics ou privés et d'attribution de marchés publics, l'avocat peut faire mention des références nominatives d'un ou plusieurs de ses clients avec leur accord exprès et préalable.

Si le nom donné en référence est celui d'un client qui a été suivi par cet avocat en qualité de collaborateur ou d'associé d'un cabinet d'avocat dans lequel il n'exerce plus depuis moins de deux ans, celui-ci devra concomitamment aviser son ancien cabinet de la demande d'accord exprès adressée à ce client et indiquer dans la réponse à appel d'offres le nom du cabinet au sein duquel l'expérience a été acquise.

Aucune consultation ou saisie de documents ne peut être pratiquée au cabinet ou au domicile de l'avocat, sauf dans les conditions de l'article 56-1 du Code de procédure pénale.

Structure professionnelle, mode d'exercice et secret professionnel

2.3 L'avocat doit faire respecter le secret par les membres du personnel de son cabinet et par toute personne qui coopère avec lui dans son activité professionnelle. Il répond des violations du secret qui seraient ainsi commises.

Lorsque l'avocat exerce en groupe ou participe à une structure de mise en commun de moyens, le secret s'étend à

que se cometan.

Cuando el abogado ejerza en grupo o forme parte de una estructura de puesta en común de recursos, el secreto se hace extensible a todos los abogados que ejerzan con él y a aquellos con los que comparte medios de ejercicio de la profesión.

tous les avocats qui exercent avec lui et à ceux avec lesquels il met en commun des moyens d'exercice de la profession.

17.- Grecia.

Artículos 49 y 50 del Código para Abogados⁶³⁰.

Artículo 49 del Código de los Abogados (LD3026; 3026/1954):

«1. Un abogado (Δικηγόρος/Dikigoros) está obligado a mantener intacto el requerido secreto a favor de su mandante (cliente). Cualquier otra cosa, del que puede ser conocedor como consecuencia de la práctica de la función de abogado (profesión), se le deja a él, en su buena conciencia, la decisión de si y en qué medida debería declarar en caso de ser citado como testigo.

2. En cualquier caso, un abogado no puede ser interrogado como testigo en relación a un caso en el que hubiera estado involucrado como Abogado (Δικηγόρος) sin el permiso previo de Consejo Ejecutivo de su Colegio de Abogados o, en caso de extrema urgencia, del Presidente del Colegio de Abogados. Esta prohibición afecta también al Abogado (Δικηγόρο) que presta sus servicios con una retención periódica fija (es decir, un

Article 49 Code for Lawyers (LD3026; 3026/1954):

«1. A lawyer (Δικηγόρος/Dikigoros) is obliged to keep inviolable the required secrecy in favour of his principal (client). Anything else, which may come to his knowledge as a consequence of the practise of the legal function (profession), it is left to him, in good conscience, to decide as to whether and to what extent he should depose if he is called as a witness.

2. In any event, a lawyer cannot be examined as a witness in respect of a case in which he was involved as a Lawyer (Δικηγόρος) without the prior permission of the Executive Council of his Bar or in case of extreme urgency of the President of the Bar. This prohibition applies also to a Lawyer (Δικηγόρο) who renders his services on a fixed periodical retainer (i.e. a “Regulated In-house Legal Professional”) in respect of all the cases of the party to whom he renders his

⁶³⁰ Referencia disponible en inglés en http://elixir.bham.ac.uk/Free%20Movement%20of%20Professionals/Links_docs/fish_report_en.pdf, visitada el 3 de julio de 2012.

“Profesional Interno de la Abogacía Regulado”) respecto a todos los casos de la parte a la que le presta sus servicios.

3. Registros en virtud del artículo 253 et seq del Código de Procedimiento Penal, en casa o en el despacho de un Abogado (Δικηγόρο), así como registros corporales e incautación de documentos en virtud del artículo 261 et seq del Código de Procedimiento Penal, que estén en posesión de un abogado, están prohibidos siempre y cuando el Abogado sea en abogado autorizado del acusado o su defensor.”

Artículo 50 Código de los Abogados:

“Un Abogado (Δικηγόρος), que confirme ante un tribunal o ante un juez facultado para tomar pruebas, que su declaración supondría ofender el secreto profesional contemplado en él, no estará obligado a aportar pruebas.”

18.- Islandia.

Artículo 6 del Código Ético de la Abogacía, aprobado el 24 de junio de 1960, siendo su última actualización de 17 de marzo de 2000⁶³¹.

“La información que un abogado obtenga de forma profesional deberá mantenerse alejada de partes desinteresadas, aunque esto no se prohíbe por la confidencialidad legalmente prescrita. Un abogado debe hacer hincapié en esta norma ante sus empleados.

Un abogado no hará uso, en beneficio de la parte opuesta, de la información

services.

3. Searches under article 253 et seq of the Code of Penal Procedure, at home or at the Office of a Lawyer (Δικηγόρο), as well as body searches and seizure of documents under article 261 et seq of the Code of Penal Procedure, which are in the hands of a lawyer are prohibited provided the Lawyer is the authorized lawyer of the accused or his defence counsel.”

Article 50 Code for Lawyers:

“A Lawyer (Δικηγόρος), who confirms before a Court or Judge empowered to take evidence that his deposition would offend the professional secrecy imposed on him, shall not be obliged to give evidence.”

“Information which a lawyer obtains professionally shall be kept away from uninterested parties, although this be not forbidden by legally prescribed confidentiality. A lawyer shall emphasize this rule to his staff.

A lawyer may not make use of information received in confidence in the course of his professional activities for

⁶³¹ Disponible en versión inglesa en <http://www.lmfi.is/english/codex-ethicus/>, visitada el 2 de julio de 2012.

recibida en confianza en el transcurso de sus actividades profesionales.”

the benefit of an opposing party.“

19.- Irlanda.

Artículo 3 del Código de Conducta de la Abogacía Irlandesa, aprobado el 13 de marzo de 2006⁶³².

(a) La esencia de la función de un abogado es que el cliente debería contarle cosas a su abogado que no le contaría a otros, y que un abogado debería recibir otra información sobre la base de la confianza. La confidencialidad es, por lo tanto, un derecho y una obligación principal y fundamental del abogado. La obligación de confidencialidad del abogado sirve al interés de la administración de justicia así como al interés del cliente. En consecuencia, sujeto a lo dispuesto en (d), (e) y (f) de este documento, los abogados se hallan bajo el deber de no comunicar a ningún tercero información que se les haya sido confiada por o en nombre de su cliente y de no utilizar esa información en detrimento de su cliente o en ventaja propia o de otro cliente. Este deber persiste en todo momento una vez cese la relación entre el abogado y el cliente y tras el fallecimiento del cliente y subsiste a menos que cuenten con el consentimiento de su cliente para realizar dicha comunicación o resulta necesario realizar dicha comunicación al responder a acusaciones de su cliente contra ellos.

(a) It is the essence of a barrister's function that a barrister should be told by his or her client things which the client would not tell to others, and that a barrister should be the recipient of other information on a basis of confidence. Confidentiality is therefore a primary and fundamental right and duty of the barrister. The barrister's obligation of confidentiality serves the interest of the administration of justice as well as the interest of the client. Accordingly subject to the provisions of (d), (e) and (f) herein barristers are under a duty not to communicate to any third party, information entrusted to them by or on behalf of their client and not to use such information to their client's detriment or to their own or another client's advantage. This duty continues at all times after the relation of barrister and client has ceased and after the death of their client and subsists unless they have the consent of their client to make such a communication or it is necessary to make such a communication when answering accusations against them by their client.

(b) The foregoing duty applies also to pupils in relation to information entrusted to their Masters and coming to the pupil's knowledge in the course of

⁶³²

(b) La obligación anterior se aplica también a los alumnos en relación a la información que les confíe a sus Maestros y a la que el alumno acceda en el transcurso de pasantías y a un abogado que lleve a cabo tareas previstas en el párrafo 7.6.

(c) Cuando un cliente formula una acusación contra su procurador, un abogado (sujeto a cualquier renuncia de privilegios y confidencialidad que de ello pueda surgir) sigue estando obligado a mantener la confidencialidad de asuntos de los que sea conocedor como abogado y puede no declarar o aportar pruebas que tengan que ver con esos asuntos sin el consentimiento del cliente excepto cuando sea por imperativo legal.

(d) Esta norma no impide que los abogados notifiquen y cooperen con sus aseguradores profesionales en relación a cualquier asunto.

(e) Esta norma no impedirá que los abogados impartan información que les haya sido confiada por sus clientes con el propósito de cumplir adecuadamente con las obligaciones de supervisor de aprendices.

(f) Nada en esta Norma impedirá que un abogado revele información confidencial en el contexto de una queja presentada ante el Consejo del Colegio de Abogados sobre la conducta profesional de ese abogado o de cualquier otro abogado o en el contexto en que un abogado persiga una decisión del Consejo del Colegio de Abogados o del Comité de Práctica Profesional.

pupillage and to a barrister carrying out tasks envisaged by paragraph 7.6.

(c) When an accusation is made by a client against his or her solicitor, a barrister (subject to any waiver of privilege and confidentiality that may thereby arise) is still bound to maintain confidentiality as to matters coming to his or her knowledge as a barrister and may not give a statement or give evidence concerning such matters without the consent of the client save where such is given under compulsion of law.

(d) This rule shall not prevent barristers notifying and co-operating with their professional indemnifiers in relation to any matters.

(e) This rule shall not prevent barristers imparting information entrusted to them by their clients for the purpose of properly discharging duties as a pupil Master.

(f) Nothing in this Rule shall prevent a barrister disclosing information that is otherwise confidential in the context of a complaint to the Bar Council about the professional conduct of that barrister or any other barrister or in the context of the barrister seeking a ruling from the Bar Council or the Professional Practices Committee.

Asimismo, cabe tener en cuenta el Artículo 8.10 del citado Texto Legal.

Todas las conversaciones y comunicaciones entre abogados en la *Law Library*, a menos que se acuerde lo contrario de forma expresa, son estrictamente privadas, confidenciales y sin perjuicio. Esta obligación de confidencialidad es aplicable a cualquier abogado que sea parte de ninguna de esas conversaciones o comunicaciones pero que oiga dichas conversaciones o comunicaciones⁶³³.

All conversations and communications between barristers in the Law Library shall, unless otherwise expressly agreed, be strictly private, confidential and without prejudice. This obligation of confidentiality applies to any barrister who is not a party to any such conversations or communications but who overhears such conversations or communications.

20.- Italia.

Artículo 9 del Código Ético para Abogados Italianos, de 17 de abril de 1997, revisada en fecha 16 de octubre de 1999 y 26 de octubre de 2002⁶³⁴.

Preservar las confidencias y los secretos relacionados con los servicios llevados a cabo así como la información que le ha sido proporcionada por su cliente o de la que ha sido conocedor en circunstancias relacionadas con la representación del cliente es el deber principal y fundamental del abogado, así como su derecho

It is a lawyer's principal and fundamental duty as well as his right to preserve confidences and secrets with regard to the services carried out and with regard to information which has been given to him by his client or of which he has become aware in circumstances relating to his representation of the client.

I. El abogado preservará las confidencias y los secretos de antiguos clientes en procedimientos judiciales y otros.

I. The lawyer shall also preserve the confidences and secrets of former clients in judicial proceedings and otherwise.

II. Un abogado debe también preservar las confidencias y secretos de una persona que busque su consejo, incluso si el abogado decide no representar a esa persona.

II. A lawyer must also preserve confidences and secrets of a person who seeks advice from him, even if the lawyer does not agree to represent that person.

III. The lawyer shall assure that professional secrets are re-spected by his colleagues and employees and by all

⁶³³ La cursiva es nuestra.

⁶³⁴ Disponible en versión inglesa en http://www.ccbe.eu/fileadmin/user_upload/NTCdocument/Italy_EN_ethical__co1_1236161856.pdf, visitada el 2 de julio de 2012.

III. El abogado garantizará que los secretos profesionales sean respetados por sus colegas y empleados y por todas aquellas personas que colaboren con él en el desarrollo de su actividad profesional.

IV. Hay excepciones a esta norma general en aquellos casos en los que la revelación de información relacionada con el cliente de un abogado se convierte en necesaria:

- a) Para representar a su cliente con efectividad;
- b) para evitar que su cliente cometa cualquier y, en particular, un delito serio;
- c) para probar hechos en una controversia entre el abogado y su cliente;
- d) en procedimientos relacionados con la forma en la que se han representado los intereses del cliente.

En cualquier caso, dicha revelación ha de limitarse a aquellos hechos estrictamente necesarios para alcanzar el objetivo limitado establecido anteriormente.

21.- Letonia.

Artículo 1.3 del Código Ético para Abogados Letones, de 21 de mayo de 1993⁶³⁵.

persons who collaborate with him in carrying out his professional activity.

IV. There are exceptions from this general rule in those cases where the disclosure of information concerning a lawyer's client becomes necessary:

- a) for effectively carrying out his representation of his client;
- b) for preventing his client from committing any particularly serious crime;
- c) for proving facts in a controversy between a lawyer and his client;
- d) in proceedings concerning the way in which the client's interests have been represented.

In any case such disclosure must be limited to, those facts strictly necessary to achieve the limited purpose set out above.

⁶³⁵ Disponible en versión inglesa en http://www.ccbe.eu/fileadmin/user_upload/NTCdocument/Latvia_ENpdf1_1251981360.pdf, visitada el 2 de julio de 2012.

1.3 Confidencialidad

Un abogado no debe revelar información que le haya sido proporcionada durante el transcurso de asesoría legal incluso después de que deje de representar a y de actuar para el cliente. Esta obligación también se aplica a los asistentes y al personal de apoyo del abogado.

Cualquier intercambio de información verbal o escrita entre abogados así como entre el abogado y el cliente, si se refiere a asuntos de asesoría legal, se considerará confidencial.

22.- Liechtenstein⁶³⁶:

Artículo 321.3 de la Ley de Procedimiento Civil, de 10 de diciembre de 1912:

«1) Un testigo podrá negarse a declarar:

1. en relación a preguntas, cuya respuesta suponga para el testigo, su cónyuge o una persona, con la que el testigo tenga una relación de parentesco en línea recta o colateral o por afinidad o con la que esté vinculado por adopción, sus acogedores o aquellos acogidos por él, su tutor o su tutelado, una deshonra o el riesgo de que se produzca una persecución penal;

2. en relación a preguntas, cuya respuesta pueda acarrear un perjuicio patrimonial directo para el testigo o

1.3 Confidentiality

An advocate may not disclose information given to him/ her during the course of legal consultation even after ceasing to represent and act for a client. This obligation also applies to the advocate's assistants and support staff.

Any exchange of verbal or written information between advocates as well as between an advocate and client, if it refers to matters of legal consultation, shall be deemed to be confidential.

Section 321 Paragraph 3 Civil Procedure Act 10th December 1912:

«1) Die Aussage darf von einem Zeugen verweigert werden:

1. über Fragen, deren Beantwortung dem Zeugen, seinem Ehegatten oder einer Person, mit welcher der Zeuge in gerader Linie oder in der Seitenlinie bis zum zweiten Grade verwandt oder verschwägert oder mit welcher er durch Adoption verbunden ist, ferner seinen Pflegeeltern und Pflegekindern sowie seinem Vormunde oder Mündel zur Schande gereichen oder die Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung zuziehen würde;

2. über Fragen, deren Beantwortung dem Zeugen oder einer der in Ziff. 1 bezeichneten Personen einen

⁶³⁶ Artículos disponibles en alemán en http://elixir.bham.ac.uk/Free%20Movement%20of%20Professionals/Links_docs/fish_report_en.pdf, consultada el 13 de agosto de 2012.

una de las personas indicadas en el punto 1;

3. en relación a circunstancias, sobre las que el testigo no podría declarar sin violar un deber contraído públicamente, en la medida en que no haya sido eximido válidamente del mismo;

4. teniendo en cuenta lo que al testigo, en su calidad de abogado, le ha sido confiado por la parte por él representada;

5. en relación a cuestiones que el cliente no podría contestar sin divulgar un secreto artístico o comercial.

2) La declaración también podrá ser negada en los casos indicados en los puntos 1 y 2 respecto a los parientes allí indicados, cuando al relación matrimonial que fundamenta el parentesco haya dejado de existir.»

Artículo 107.1.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 18 de octubre de 1988:

“(1) Quedan libres de la obligación de declarar: [...]

3. Abogados, procuradores, auditores así como agentes de patentes acerca de aquello que les sea confiado en dicha calidad por sus poderdantes.”

Artículo 15 de la Ley de la Abogacía, de 9 de diciembre de 1992:

«1) El abogado está obligado a guardar silencio acerca de los asuntos que le han sido encomendados y las demás circunstancias de las que conozca en el marco de la calidad

unmittelbaren vermögensrechtlichen Nachteil zuziehen würde;

3. in bezug auf Tatsachen, über welche der Zeuge nicht würde aussagen können, ohne eine ihm obliegende, staatlich anerkannte Pflicht zur Verschwiegenheit zu verletzen, insofern er hievon nicht gültig befreit wurde;

4. in Ansehung desjenigen, was dem Zeugen in seiner Eigenschaft als Rechtsanwalt von seiner Partei anvertraut wurde;

5. über Fragen, welche der Zeuge nicht würde beantworten können, ohne ein Kunst- oder Geschäftsgeheimnis zu offenbaren.

2) Die Aussage kann in den unter Ziff. 1 und 2 angegebenen Fällen mit Rücksicht auf die daselbst bezeichneten Angehörigen auch dann verweigert werden, wenn das eheliche Verhältnis, welches die Angehörigkeit begründet, nicht mehr besteht.»

Section 107 Paragraph 1 Sub paragraph 3th Criminal Procedure Act 18th October 1988 (as amended):

“(1) Von der Verbindlichkeit zur Ablegung eines Zeugnisses sind befreit: (...)

3. Rechtsanwälte, Rechtsagenten, Wirtschaftsprüfer sowie Patentanwälte über das, was ihnen in dieser Eigenschaft von ihrem Vollmachtgeber anvertraut worden ist.”

“(1) The following are exempt from the obligation to give evidence: (...)

3. Lawyers, legal agents, chartered

profesional en la que actúa, y cuyo mantenimiento en secreto sea en interés de la parte a la que representa. En procedimientos judiciales y otros procedimientos oficiales tendrá derecho a guardar silencio según se prevé en las disposiciones procesales.

2) El derecho del abogado a guardar silencio no puede ser eludido mediante medidas judiciales u otras medidas administrativas, en particular, mediante el interrogatorio de auxiliares del abogado, orden de entrega de escritos, soportes de imágenes, sonido o datos o el requisamiento de éstos. Quedan a salvo las regulaciones específicas para la delimitación de esta prohibición.»

Artículo 26 del Código de Conducta de 5 de mayo de 1994:

«1. El abogado está obligado a tratar de forma confidencial los asuntos que le hayan sido encomendados así como las demás circunstancias de las que haya conocido en el marco de su calidad profesional, y cuyo trato confidencial sea en interés de la parte por él representada. Esta obligación del trato confidencial incluye a todos los colaboradores del despacho del abogado.

2. La obligación del trato confidencial según el apartado 1 también subsistirá una vez finalice el mandato. Cuando el abogado lo considere necesario en interés del cliente, también podrá acogerse al secreto profesional aún cuando su cliente le haya eximido de forma expresa del mismo.

3. El abogado tomará las medidas adecuadas para la observancia de los

accountants as well as patent attorneys with regard to matters, which have been confided to them in this capacity by the principal.”

Article 15 Lawyers Act dated 9th December 1992 (as amended):

«1) Der Rechtsanwalt ist zur Verschwiegenheit über die ihm anvertrauten Angelegenheiten und die ihm sonst in seiner beruflichen Eigenschaft bekannt gewordenen Tatsachen, deren Geheimhaltung im Interesse seiner Partei gelegen ist, verpflichtet. Er hat in gerichtlichen und sonstigen behördlichen Verfahren nach Massgabe der verfahrensrechtlichen Vorschriften das Recht auf diese Verschwiegenheit.

2) Das Recht des Rechtsanwalts auf Verschwiegenheit darf durch gerichtliche oder sonstige behördliche Massnahmen, insbesondere durch Vernehmung von Hilfskräften des Rechtsanwalts oder dadurch, dass die Herausgabe von Schriftstücken, Bild-, Ton- oder Datenträgern aufgetragen wird oder diese beschlagnahmt werden, nicht umgangen werden; besondere Regelungen zur Abgrenzung dieses Verbotes bleiben unberührt.»

Section 26 Code of Conduct of May 5th 1994 (as amended):

«1. Der Rechtsanwalt ist zur Verschwiegenheit über die ihm anvertrauten Angelegenheiten und die ihm sonst in seiner beruflichen Eigenschaft bekannt gewordenen Tatsachen, deren Geheimhaltung im Interesse seiner Partei gelegen ist, verpflichtet. Diese

intereses del cliente y del secreto profesional en caso de su fallecimiento.

Verschwiegenheitsverpflichtung überträgt sich auch auf alle Mitarbeiter in der Kanzlei des Rechtsanwaltes.

2. Die Verschwiegenheitsverpflichtung gemäss Absatz 1 besteht auch nach Beendigung des Mandates weiter. Wenn der Rechtsanwalt es im Interesse des Mandanten für nötig hält, kann er sich auch dann auf seine Schweigepflicht berufen, wenn ihn sein Mandant davon ausdrücklich entbunden hat.

3. Der Rechtsanwalt sorgt durch geeignete Massnahmen auch dafür, dass im Falle seines Todes die Interessen der Mandanten und das Berufsgeheimnis gewahrt bleiben.»

23.- Lituania.

Artículo 4.8 del Código de Ética para Abogados, de 21 de mayo de 1999⁶³⁷:

4. Para acciones que vayan en detrimento de la confianza pública y del nombre del abogado, que no incurra en responsabilidad penal, los abogados serán considerados responsables en el procedimiento disciplinario. Inter alia, dichas acciones incluirán las siguientes: (...)

8.- Hacer pública información facilitada al abogado para llevar a cabo la tarea asignada son el consentimiento de la persona que la ha facilitado;

4. For actions diminishing public confidence and the name of the lawyer, which do not incur criminal liability, lawyers shall be liable in disciplinary procedure. Inter alia, such actions shall include the following: (...)

8.- making public of information provided to the lawyer for performing of the assignment without consent of the person who has provided it;

⁶³⁷

Disponible en versión inglesa en http://www.ccbe.eu/fileadmin/user_upload/NTCdocument/code_lithuania_enpd1_1188549878.pdf, visitada el 2 de julio de 2012.

24.- Luxemburgo.

Título 7 del Reglamento Interior de la Abogacía de Luxemburgo, de 12 de septiembre de 2007⁶³⁸:

TÍTULO 7. Secreto profesional y confidencialidad

Artículo 7.1. El secreto profesional

Art. 7.1.1. El secreto profesional del abogado es de orden público. Es, en general, absoluto e ilimitado en el tiempo, excepto las disposiciones legales contrarias.

Art. 7.1.2. El secreto profesional cubre todos los temas, dentro del ámbito del consejo o el de la defensa, y cualquiera que sea el soporte, material o inmaterial (papel, fax, comunicación electrónica...) las confidencias que el abogado haya recibido de su cliente, en relación a su cliente o a terceros en el ámbito de los asuntos de su cliente.

Particularmente cubiertos están también:

- Las consultas dirigidas por el abogado a su cliente o destinadas a este último;
- La correspondencia entre cliente y abogado, así como entre abogados;
- Las notas de entrevistas y, más generalmente, toda información y confidencias recibidas por el abogado en el ejercicio de su

TITRE 7. Secret professionnel et confidentialité

Art. 7.1. Secret professionnel.

Art. 7.1.1. Le secret professionnel de l'avocat est d'ordre public. Il est général, absolu et illimité dans le temps, sauf dispositions légales contraires.

Art. 7.1.2. Le secret professionnel couvre en toute matière, dans le domaine du conseil ou celui de la défense, et quels qu'en soient les supports, matériels ou immatériels (papier, télécopie, voie électronique...) les confidences recues par l'avocat de son mandant, à propos de son mandant ou à propos de tiers dans le cadre des affaires de son mandant.

Sont ainsi couverts notamment:

- les consultations adressées par un avocat à son mandant ou destinées à celui-ci;
- les correspondances échangées entre le mandant et son avocat, ainsi que celles échangées entre l'avocat et ses confrères;
- les notes d'entretien et plus généralement toutes les informations et confidences reçues par l'avocat dans l'exercice de la profession;

⁶³⁸

Texto disponible en francés en http://www.ccbe.eu/fileadmin/user_upload/NTCdocument/lu_code_frpdf2_1215156459.pdf, visitada el 2 de julio de 2012.

profesión;

- El nombre de los clientes y la agenda del abogado;
- Las regulaciones pecuniarias entre el abogado y su cliente.

Art. 7.1.3. El abogado no puede ser eximido del secreto profesional por su cliente, ni por autoridad alguna o, más generalmente, por quien sea, sin perjuicio de las disposiciones excepcionales del título 13.

Art. 7.1.4. A título completamente excepcional, la violación del secreto profesional se puede justificar por necesidad dado el valor relativo de las obligaciones en conflicto.

Art. 7.1.5. A los efectos estrictamente necesarios para su defensa, el abogado puede referirse a los hechos normalmente cubiertos por el secreto profesional, en los siguientes casos:

- Implicación en un proceso penal,
- Investigación de responsabilidad civil profesional,
- Conflictos en relación a los honorarios.

Art. 7.1.6. El abogado velará para que sus colaboradores y los miembros de su despacho no compartan su secreto más allá del límite estrictamente necesario.

Art. 7.1.7. El abogado velará por hacer que sus colaboradores y los miembros de su despacho respeten el secreto.

Art. 7.1.8. Cuando el abogado forme

- le nom des mandants et l'agenda de l'avocat;
- les règlements pécuniaires entre l'avocat et son mandant.

Art. 7.1.3. L'avocat ne peut être relevé du secret professionnel par son mandant, par quelque autorité que ce soit ou plus généralement par qui que ce soit, sans préjudice des dispositions exceptionnelles du titre 13.

Art. 7.1.4. A titre tout à fait exceptionnel, la violation du secret professionnel peut se justifier par l'état de nécessité, eu égard à la valeur respective des devoirs en conflit.

Art. 7.1.5. Pour les besoins strictement nécessaires à sa défense, l'avocat peut faire état de faits normalement couverts par le secret professionnel, dans les cas suivants :

- mise en cause dans une procédure pénale,
- recherche de responsabilité civile professionnelle,
- contestations d'honoraires.

Art. 7.1.6. L'avocat veillera à ce que les collaborateurs et les membres du personnel de son cabinet ne partagent son secret que dans la stricte limite nécessaire.

Art. 7.1.7. L'avocat veillera à faire respecter le secret par les collaborateurs et les membres du personnel de son cabinet.

Art. 7.1.8. Lorsque l'avocat fait partie d'une association d'avocats, le secret

parte de una asociación de abogados, el secreto se extenderá a todos los abogados asociados que ejerzan con él.

Artículo 7.2. El secreto de la instrucción

El abogado, sin perjuicio de los derechos de la defensa, debe respetar el secreto de la instrucción en materia penal y abstenerse de comunicar, excepto a su cliente por necesidades de la defensa, la información extraída del expediente o publicar documentos, extractos o cartas que incluyan información en curso.

Art. 7.3. Confidencialidad. Comunicaciones verbales entre abogados

Art. 7.3.1. Las comunicaciones verbales entre abogados son confidenciales por naturaleza, incluso en presencia de terceros, salvo que se acuerde lo contrario.

No le está permitido a un abogado informar de conversaciones anteriores, ni tan solo en el marco de alegaciones o alegatos.

Art. 7.3.2. Grabar conversaciones entre abogados sólo está permitido con el consentimiento de la otra parte.

Art. 7.3.3. La presencia de una tercera persona interesada durante una conversación telefónica entre abogados debe comunicarse a la otra parte.

Artículo 7.4. Correspondencia entre abogados.

s'étend à tous les avocats associés qui exercent avec lui.

Art. 7.2. Secret de l'instruction.

L'avocat, sans préjudice des droits de la défense, doit respecter le secret de l'instruction en matière pénale en s'abstenant de communiquer, sauf à son mandant pour les besoins de la défense, des renseignements extraits du dossier ou de publier des documents, pièces ou lettres intéressant une information en cours.

Art. 7.3. Confidentialité. Communications verbales entre avocats.

Art. 7.3.1. Les communications verbales entre avocats sont confidentielles par nature, même en présence des parties, sauf accord contraire.

Il n'est pas permis à un avocat de faire état de pourparlers antérieurs, que ce soit dans des actes de procédure ou en termes de plaidoiries.

Art. 7.3.2. L'enregistrement des conversations entre avocats n'est permis qu'avec l'accord du correspondant.

Art. 7.3.3. La présence d'une tierce personne intéressée lors d'une conversation téléphonique entre avocats doit être signalée au correspondant.

Art. 7.4. Correspondance entre avocats.

Art. 7.4.1. La correspondance entre avocats est confidentielle par nature.

Art. 7.4.2. Par dérogation à ce principe sont non confidentielles, les communications échangées entre avocats:

Art. 7.4.1. La correspondencia entre abogados es confidencial por naturaleza.

Art. 7.4.2. Por derogación de este principio se consideran no confidenciales, las comunicaciones entre abogados:

- Cuando el correo calificado expresamente como no confidencial por su autor, no contenga ninguna divulgación, ni ninguna referencia a un elemento o a una correspondencia de carácter confidencial;
- Cuando las comunicaciones incluyan un acuerdo incondicional entre las partes;
- Cuando las comunicaciones, por su naturaleza, sean de carácter no confidencial.

Art. 7.4.3. Ninguna correspondencia no confidencial puede referirse a una correspondencia confidencial.

Art. 7.4.4. El abogado debe transmitir las comunicaciones confidenciales a su cliente con discernimiento. En caso de que un abogado sea remplazado por otro, este último se encuentra obligado por la confidencialidad de las comunicaciones anteriores.

Art. 7.4.5. El abogado debe respetar una cierta prudencia, cuando entra en contacto con abogados que no forman parte del Colegio de Abogados dada la diversidad de normas que existen en el ámbito de la confidencialidad.

Artículo 7.5. Diferencias relativas al

- lorsque le courrier, qualifié expressément de non confidentiel par son auteur, ne contient aucune divulgation, ni même aucune référence à un élément ou à une correspondance de nature confidentielle;
- lorsque les communications concrétisent un accord inconditionnel entre parties;
- lorsque les communications ont un caractère non confidentiel par leur nature.

Art. 7.4.3. Aucune correspondance non confidentielle ne peut faire référence à une correspondance confidentielle.

Art. 7.4.4. L'avocat ne doit transmettre les communications confidentielles à son mandant qu'avec discernement. En cas de remplacement d'un avocat par un autre, ce dernier est lié par le caractère confidentiel des communications antérieures.

Art. 7.4.5. L'avocat doit respecter une certaine prudence, lors de contacts qu'il prend avec des avocats n'appartenant pas au Barreau, compte tenu de la diversité des règles existant en matière de confidentialité.

Art. 7.5. Différends au sujet de la confidentialité.

Art. 7.5.1. Le Bâtonnier règle les différends qui peuvent naître entre avocats à propos de la confidentialité.

Lorsqu'un avocat entend invoquer comme pièce une correspondance entre avocats, il la communiquera à son adversaire préalablement à l'utilisation et

tema de la confidencialidad.

Art. 7.5.1. El Decano del Colegio de Abogados resuelve las controversias que surjan entre los abogados sobre la confidencialidad.

Si un abogado tiene la intención de referirse a la correspondencia entre abogados, se lo comunicará a su contrario con anterioridad a su utilización y en condiciones tales que el contrario tenga el tiempo material de someterse quizás al Decano del Colegio de Abogados.

Hasta que intervenga el arbitraje del Decano, el abogado hará todo lo posible para obtener la entrega del tema pendiente ante los tribunales.

Art. 7.5.2. La decisión de arbitraje, que adquiere carácter de cosa juzgada, obliga a los abogados y, cuando proceda, a los que les sustituyan, así como a los tribunales ante los cuales aquella se invoca.

Sólo los términos del laudo arbitral pueden presentarse ante los tribunales ante los cuales se ha presentado la decisión del arbitraje. En todo caso, los debates ante el Decano y la motivación de la decisión del arbitraje son confidenciales.

17.- **Macedonia.**

Apartado IV del Código Deontológico para Abogados⁶³⁹:

dans des conditions telles que l'adversaire ait matériellement le temps de saisir éventuellement le Bâtonnier.

Lorsque l'avocat, auquel on communique à titre de pièces une correspondance entre avocats n'est pas d'accord à ce que cette correspondance soit utilisée, il en saisit le Bâtonnier qui arbitrera conformément à l'article 22 de la loi du 10 août 1991. La demande d'arbitrage par le Bâtonnier identifiera avec précision le ou les documents en litige et doit être communiquée en copie au confrère impliqué.

Tant que l'arbitrage du Bâtonnier n'est pas intervenu, l'avocat fera tout son possible pour obtenir la remise de l'affaire pendante devant les juridictions.

Art. 7.5.2. La décision d'arbitrage, passée en force de chose jugée, lie les avocats, et le cas échéant, ceux qui les remplacent, ainsi que les tribunaux devant lesquels elle est invoquée.

Seul le dispositif de la décision d'arbitrage peut être versé aux tribunaux devant lesquels la décision d'arbitrage est invoquée. En tout état de cause, les débats devant le Bâtonnier et la motivation de la décision d'arbitrage sont confidentiels.

⁶³⁹ Disponible en version inglesa en http://www.ccbe.eu/fileadmin/user_upload/NTCdocument/Code_of_ethics_20061_1237990282.pdf, visitada el 2 de julio de 2012.

IV Sobre el secreto profesional

18.- Cualquier información que el cliente confíe a su abogado en relación a una solicitud de consejo legal, representación o defensa, así como cualquier información que el abogado obtenga de cualquier otra forma y que sea confidencial, deberá considerarse como secreto profesional. La obligación de retener el secreto profesional también se refiere a los archivos del abogado. El abogado debería guardar los secretos profesionales para evitar caer en responsabilidad disciplinaria o penal. Se considerará secreto durante la representación y defensa, así como más tarde, siempre y cuando su divulgación pública pueda dañar a la parte. 19.- El abogado podrá revelar información que sea secreto profesional, y que le confió el cliente, sólo si el cliente indudablemente se lo permite; si es en beneficio de la defensa (necesario para la defensa); así como cuando se le pida y cuente con el permiso del Colegio de Abogados. – El Colegio de Abogados, mientras considere dicha petición del abogado, debería evaluar todas las circunstancias reales. 20. – Si el cliente exige al abogado que lo represente en contra de la verdad de los hechos, puede negarse a representarle. En estos casos, el abogado no debería iniciar ninguna actividad que pueda perjudicar a la parte. El abogado no podrá hacer propuestas que vayan en contra de la verdad de los hechos. 21. – Si el abogado descubre información mientras represente a una entidad legal, o si encontrara la información trabajando en lo mismo, no podrá

IV About professional secret

18. - Any information confided to the lawyer by his client regarding the requested legal advice, representation or defense, as well as any information found out by the lawyer in another way, and which is confidential, shall be considered to be a professional secret. The obligation for withholding professional secret also refers to the files from the lawyer's archive. The lawyer should keep professional secrets in order to avoid the disciplinary or criminal responsibility. It shall be considered to be a secret during the representation and defense, as well as later, as long as its public disclosure may damage the party. 19. - The lawyer may disclose the information that is a professional secret, and was confided to him by his client, only if the client permits that undoubtedly; if it is in the interest of the defense (necessary for the defense); as well as when he requests that and gets a permission from the Bar Association. - The Bar Association, during the consideration of such lawyer's request should assess all actual circumstances. 20. - If the client demands from the lawyer to represent him opposite to the factual truth, he may refuse to represent him. In such cases, the lawyer should not undertake any activities that may damage the party. The lawyer may not give proposals aimed to avoid the factual truth. 21. - If the lawyer found out information during the representation of a legal entity, or if he found out the information while he was working in the same, he may not use such information in any procedure to the detriment of the organization.

utilizar dicha información en ningún proceso en detrimento de la organización.

25.- Malta.

Capítulo VI del Código Ético de la Abogacía⁶⁴⁰:

Capítulo VI. Confidencialidad

Chapter VI. Confidentiality

Norma 1

Además de hallarse obligado por el secreto profesional, un abogado tiene el deber de mantener la confidencialidad de los asuntos de los clientes y asegurar que su personal haga lo mismo.

Rule 1

Besides being bound by professional secrecy, an advocate is under a duty to keep confidential the affairs of clients and to ensure that his or her staff do the same.

Norma 2

El deber de guardar información confidencial sobre el cliente y sus asuntos aplica independientemente de la fuente de la información.

Rule 2

The duty to keep confidential information about a client and his or her affairs applies irrespective of the source of the information.

Norma 3

El deber de mantener la confidencialidad de los negocios de los clientes continúa hasta que el cliente permite su revelación o renuncia a la confidencialidad.

Rule 3

The duty to keep confidential a client's business continues until the client permits disclosure or waives the confidentiality.

Norma 4

El deber de mantener la confidencialidad de los asuntos del cliente, en oposición a lo que se refiere al deber del secreto profesional, puede ser remplazado en ciertas

Rule 4

The duty to keep a client's matters confidential, as opposed to what applies to the duty of professional secrecy, can be overridden in certain exceptional circumstances and shall include those cases in which an advocate is required to disclose confidential information in

⁶⁴⁰ Texto disponible en inglés en http://www.ccbe.eu/fileadmin/user_upload/NTCdocument/code_malte_enpdf1_1188550588.pdf, visitada el 2 de julio de 2012.

circunstancias excepcionales e incluirá aquellos casos en los que se requiere al abogado revelar información confidencial en los términos de la ley; y aquellos casos en los que dicha revelación es esencial para que un abogado se defienda a sí mismo en cualquier procedimiento que se emprendan contra él o ante la queja de un cliente o de un antiguo cliente en cuyo caso la revelación se limitará a lo que sea indispensable para que el abogado se defienda a sí mismo.

Norma 5

Un abogado no debe revelar la dirección de un cliente cuando su cliente se lo prohíba expresamente o cuando tiene motivos razonables para suponer que dicha divulgación podría ser perjudicial para su cliente.

Norma 6

Un abogado no debe obtener ningún beneficio del uso de información confidencial obtenida en el ejercicio de su profesión para sus propios fines o para los fines de terceros.

26.- **Moldovia.**

Artículo 3 del Código Ético de la Abogacía, de 20 de diciembre de 2002⁶⁴¹:

3. Confidencialidad. La naturaleza de la misión del abogado se concibe para que sea depositario de los secretos y las comunicaciones confidenciales de su cliente. Este es el derecho y el deber fundamental del abogado. La

terms of law; and those cases in which such disclosure is essential for an advocate to defend himself in any proceedings taken against him by or on the complaint of a client or a former client in which event the disclosure shall be limited to what is indispensable for the advocate to defend himself.

Rule 5

An advocate must not disclose a client's address when expressly prohibited from so doing by his client or when he has reasonable grounds to assume that such disclosure would be prejudicial to his client.

Rule 6

An advocate must not make any profit by the use of confidential information obtained in the exercise of his or her profession for his or her own purposes or the purposes of third parties.

3. Confidentiality The nature of the advocate's mission is conceived to be the repository of his/her clients' secrets and confidential communications. This is the advocate's fundamental right and duty. The obligation to keep the professional

⁶⁴¹ Texto disponible en inglés en http://www.ccbe.eu/fileadmin/user_upload/NTCdocument/32_Code_Ethics_Advoc1_1237885961.pdf, visitada el 2 de julio de 2012.

obligación de mantener el secreto profesional será absoluta e ilimitada en el tiempo. El objeto del secreto profesional será los temas conectados con la petición de asesoría legal por parte de una persona, esencia de las consultas que proporciona el abogado, procedimientos estratégicos y tácticos para defender y representar, datos de la persona que solicitó asistencia legal y otras circunstancias que se deriven de la actividad profesional del abogado. Ninguna presión ejercida por una autoridad pública o de otra naturaleza puede obligar al abogado a revelar el secreto profesional, excepto en los casos que prevea la ley o para actuar con el objetivo de asegurar la defensa en el marco de un litigio entre abogado y cliente.

secret shall be absolute and unlimited in time. Object of the professional secret shall be the issues in connection with which a person asked for legal assistance, essence of the consultations provided by advocate, strategic and tactic procedures for defense and representation, data on the person who asked for legal assistance and other circumstances resulting from the advocate's professional activity. Object of the confidentiality shall expand to all the advocate's and bar associations' activities. No pressure exercised by a public authority or of another nature may oblige advocate to disclose the professional secret, except for the cases provided for by the law or to take an action aimed at ensuring the defense within a litigation between advocate and client.

27.- Noruega:

Artículo 2.3 de las Normas de Conducta de los Abogados, de 8 de marzo de 2002⁶⁴²:

2.3 Deber de confidencialidad

2.3.1.

Cuando actúe como abogado, es de una importancia fundamental que los clientes y otros puedan confiar al abogado información que el abogado está obligado a no revelar. El deber del abogado de tratar la información de forma confidencial es un prerequisite necesario para la confianza y es, por lo tanto, un derecho y una obligación

2.3 Duty of confidentiality

2.3.1.

When practising as an advocate, it is of fundamental importance that clients and others can entrust the advocate with information that the advocate is obliged not to disclose. The advocate's duty to treat information confidentially is a necessary prerequisite for confidence and is therefore a basic and cardinal right and

⁶⁴² Texto disponible en inglés en http://www.ccbe.eu/fileadmin/user_upload/NTCdocument/code_norway_enpdf1_1188550675.pdf, visitada el 2 de julio de 2012.

cardinal para el abogado.

El deber del abogado de mantener la confidencialidad de la información que recibe, sirve para promover la administración de justicia, así como los intereses del cliente y por tanto tiene derecho a un alto grado de protección por el gobierno.

2.3.2.

Un abogado deberá mantener su deber legal de confidencialidad. La información recibida por el abogado en su profesión debe tratarse con discreción, también cuando la información no se halla en el marco de su deber legal a la confidencialidad. No existe límite de tiempo para el deber de confidencialidad.

2.3.3.

El abogado exigirá que sus asociados, personal o personas que contrate el abogado en conexión con su práctica mantengan el mismo deber de confidencialidad.

obligation for the advocate.

The advocate's duty to observe confidentiality with regard to information he receives, serves to promote the administration of justice as well as the interests of the client and is therefore entitled to a high degree of protection by the government.

2.3.2.

An attorney shall observe his legal duty of confidentiality. Information received by the advocate in his profession must be treated with discretion, also when the information is not encompassed by his legal duty of confidentiality. There is no time limit for duty of confidentiality.

2.3.3.

The advocate shall require that associates, staff or persons engaged by the advocate in connection with his practice shall observe the same duty of confidentiality.

28.- Polonia.

Artículo 19 de las Normas Éticas para Abogados y la Dignidad de su Profesión, de 14 de diciembre de 2011⁶⁴³:

1. Un abogado está obligado a mantener en secreto y proteger de la revelación o de un uso no autorizado todo aquello que de lo que el abogado sea conocedor en relación con el desarrollo de sus obligaciones

1. An advocate is required to maintain in secrecy and to secure against disclosure or unauthorized use anything which the advocate learns of in connection with performance of his or her professional

⁶⁴³

Texto disponible en inglés en http://www.ccbe.eu/fileadmin/user_upload/NTCdocument/Code_of_Ethics_for_A1_13_31278211.pdf, visitada el 2 de julio de 2012.

profesionales.

2. Los materiales incluidos en los archivos de un abogado están sujetos al secreto profesional.

3. El secreto profesional también se hace extensivo a cualquier informe, notas, documentos relacionados con un tema, donde quiera que se encuentre, obtenidos del cliente o de otras personas.

4. Un abogado exigirá a sus colegas y personal así como a cualquier otra persona contratada por el abogado durante el desarrollo de sus deberes profesionales que cumplan el deber de mantener el secreto profesional.

5. Un abogado que use un ordenador o cualquier otro medio de recogida electrónica de datos en su trabajo, deberá utilizar programas y otros medios para asegurar los datos ante una divulgación no autorizada.

6. La transmisión de información sujeta a secreto profesional por medios electrónicos o similar requerirá un cuidado especial y advertir al cliente del riesgo de mantener el secreto al usar dichos medios.

7. El deber de mantener el secreto profesional es ilimitado en el tiempo.

8. Un abogado no deberá proferir pruebas en forma de declaración de un testigo que sea un abogado o asesor legal para obtener la revelación por parte de dicho testigo, de información obtenida en la práctica de la profesión.

duties.

2. Materials in an advocate's files are subject to professional secrecy.

3. Professional secrecy also extends to any reports, notes or documents concerning a matter, wherever located, obtained from the client or other persons.

4. An advocate shall require his or her colleagues and staff as well as any other persons employed by the advocate during performance of his or her professional duties to comply with the duty to maintain professional secrecy.

5. An advocate using a computer or other means of electronic data recording in his or her work is required to use programming and other means of securing data against unauthorized disclosure.

6. Transmission of information subject to professional secrecy via electronic or similar means of communication shall require particular care and cautioning the client of the risk to maintaining secrecy when using such means.

7. The duty to maintain professional secrecy is unlimited in time.

8. An advocate shall not proffer evidence in the form of testimony of a witness who is an advocate or legal adviser in order to obtain disclosure by such witness of information obtained in connection with practice of the profession.

29.- Portugal.

Artículo 87 de la Ley 15/2005, de 26 de enero, del Estatuto de la Orden de los Abogados⁶⁴⁴:

Artículo 87. Secreto profesional.

1 - El abogado está obligado a guardar secreto profesional en lo que respecta a todos los hechos cuyo conocimiento aprenda en el ejercicio de sus funciones o de prestación de sus servicios, relativos:

a) A hechos relativos a asuntos profesionales conocidos, exclusivamente, por revelación del cliente o revelados por orden de éste.

b) A hechos de los que tenía dicho conocimiento en virtud de cargo desempeñado en el Colegio de Abogados.

c) A hechos referentes a asuntos profesionales comunicados por un colega con el que esté asociado o con el que preste colaboración.

d) A hechos comunicados por el autor, por el reo o por el interesado de su constitución o por su respectivo representante.

e) A hechos de que la parte contraria del cliente o sus respectivos representantes le tengan dado conocimiento durante negociaciones para acordar que se finalice por transacción sus diferencias en el

Artigo 87º Segredo profissional

1 — O advogado é obrigado a guardar segredo profissional no que respeita a todos os factos cujo conhecimento lhe advenha do exercício das suas funções ou da prestação dos seus serviços, designadamente:

a) A factos referentes a assuntos profissionais conhecidos, exclusivamente, por revelação do cliente ou revelados por ordem deste;

b) A factos de que tenha tido conhecimento em virtude de cargo desempenhado na Ordem dos Advogados;

c) A factos referentes a assuntos profissionais comunicados por colega com o qual esteja associado ou ao qual preste colaboração;

d) A factos comunicados por co-autor, co-réu ou co-interessado do seu constituinte ou pelo respectivo representante;

e) A factos de que a parte contrária do cliente ou respectivos representantes lhe tenham dado conhecimento durante negociações para acordó que vise pôr termo ao diferendo ou litígio;

f) A factos de que tenha tido

⁶⁴⁴ Texto disponible en portugués en http://www.ccbe.eu/fileadmin/user_upload/NTCdocument/Portuguese_Bar_Assoc19_1212498414.pdf, visitada el 2 de julio de 2012.

litigio.

f) A hechos que haya tenido conocimiento en el ámbito de cualquier negociación malograda, orales o escritas, en las que haya intervenido.

2 - La obligación de secreto profesional existe sobre cualquier servicio solicitado o cometido del abogado que implique representación judicial o extrajudicial, sea o no remunerado, haya sido aceptado o no por el abogado y desempeñar la representación del servicio, lo mismo resulta aplicable a los abogados que, directa o indirectamente, tengan cualquier intervención en el servicio.

3 - El secreto profesional alcanza a documentos u otras cosas que se relacionen, directa o indirectamente, con los hechos objeto de sigilo.

4 - El abogado puede revelar hechos protegidos por el secreto profesional, desde sea absolutamente necesario para la defensa de la dignidad, derechos e intereses legítimos del propio abogado o del cliente o sus representantes, mediante previa autorización del presidente del consejo de distrito preceptivo, con recurso contra el mismo, en los términos previstos en el respectivo reglamento.

5 - Los actos practicados por el abogado con violación del secreto profesional no pueden hacer prueba en juicio.

6 - Aunque sea dispensado en los términos previstos en el apartado 4, el abogado puede mantener el secreto

conhecimento no âmbito de quaisquer negociações malogradas, orais ou escritas, em que tenha intervindo.

2 — A obrigação do sigilo profissional existe quer o serviço solicitado ou cometido ao advogado envolva ou não representação judicial ou extrajudicial, quer deva ou não ser remunerado, quer o advogado haja ou não chegado a aceitar e a desempenhar a representação ou serviço, o mesmo acontecendo para todos os advogados que, directa ou indirectamente, tenham qualquer intervenção no serviço.

3 — O sigilo profissional abrange ainda documentos ou outras coisas que se relacionem, directa ou indirectamente, com os factos sujeitos a sigilo.

4 — O advogado pode revelar factos abrangidos pelo sigilo profissional, desde que tal seja absolutamente necessário para a defesa da dignidade, direitos e interesses legítimos do próprio advogado ou do cliente ou seus representantes, mediante prévia autorização do presidente do conselho distrital respectivo, com recurso para o bastonário, nos termos previstos no respectivo regulamento.

5 — Os actos praticados pelo advogado com violação de sigilo profissional não podem fazer prova em juízo.

6 — Ainda que dispensado nos termos do disposto no n.º 4, o advogado pode manter o sigilo profissional.

7 — O dever de guardar sigilo quanto aos factos descritos no n.º 1 é extensivo a todas as pessoas que colaborem com o advogado no exercício da sua actividade profissional, com a cominação

profesional.

7 - El deber de guardar secreto de los actos descritos en el apartado 1 es extensivo a todas las personas que colaboren con el abogado en el ejercicio de su actividad profesional, como la previsión contenida en el apartado 5.

8 - El abogado debe exigir a las personas referidas en el apartado anterior el cumplimiento del deber aquí previsto en el momento anterior al inicio de la colaboración.

prevista no n.o 5.

8 — O advogado deve exigir das pessoas referidas no número anterior o cumprimento do dever aí previsto em momento anterior ao início da colaboração.

30.- Reino Unido – Escocia.

Artículo 4 del Código de Conducta, de junio de 2002⁶⁴⁵:

4. Confidencialidad. La observancia de la confidencialidad del cliente es un deber fundamental de los abogados.

Este deber es de aplicación, no sólo a los abogados, sino también a sus socios y empleados, y la obligación no termina con el paso del tiempo. Este principio es tan importante que se encuentra reconocido por los tribunales como algo esencial para la administración de justicia y para la relación de confianza que debe existir entre el abogado y el cliente. Sólo en circunstancias especiales puede un tribunal exigir a un abogado que rompa la obligación de confidencialidad.

4. Confidentiality. The observance of client confidentiality is a fundamental duty of solicitors.

This duty applies not only to the solicitors but also to their partners and staff, and the obligation is not terminated by the passage of time. This principle is so important that it is recognized by the courts as being essential to the administration of justice and to the relationship of trust which must exist between solicitor and client. Only in special circumstances may a court require a solicitor to break the obligation of confidentiality.

⁶⁴⁵

Texto en inglés disponible en http://www.ccbe.eu/fileadmin/user_upload/NTCdocument/code_scotland_solici1_1188552887.pdf, visitada el 3 de julio de 2012.

31.- Reino Unido – Gales.

Artículo 702 del Código Deontológico aprobado el 10 de junio de 2000, en vigor desde el 31 de julio de 2000⁶⁴⁶:

702.- Confidencialidad. Tanto si la relación de un abogado y un cliente continúa como si no, un abogado debe preservar la confidencialidad de los asuntos del cliente y no debe, si el consentimiento previo del cliente o según le permita la ley, prestar o revelar los contenidos de documentos en ninguna instrucción ni comunicar a terceros (si no se trata de abogados, alumnos en pasantía o cualquier otra persona que necesite conocerlos para llevar a cabo sus deberes) información que le ha sido confiada a él sobre la base de la confianza o utilizar dicha información en perjuicio del cliente o en su propio beneficio o en el otro cliente.

702.- Confidentiality. Whether or not the relation of counsel and client continues a barrister must preserve the confidentiality of the lay client's affairs and must not without the prior consent of the lay client or as permitted by law lend or reveal the contents of the papers in any instructions to or communicate to any third person (other than another barrister, a pupil or any other person who needs to know it for the performance of their duties) information which has been entrusted to him in confidence or use such information to the lay client's detriment or to his own or another client's advantage.

32.- Reino Unido⁶⁴⁷.

La siguiente jurisprudencia se basa en el reconocimiento por parte de los tribunales ingleses del secreto profesional como un derecho sustantivo del common law. R v Derby Magistrates Court Ex R.B [1996; R v Sec. of State Home Dept. Exp.Daly [2001] y Morgan Grenfell & Co. Limited [2001]. Estas decisiones reconocen que el secreto profesional es un derecho sustantivo basado en la política pública y no meramente una norma de determinación de pruebas que documenten que son o no admisibles en

⁶⁴⁶ Texto en inglés disponible en http://www.ccbe.eu/fileadmin/user_upload/NTCdocument/code_england_wales_b1_11_88552401.pdf, visitada el 3 de julio de 2012.

⁶⁴⁷ Información obtenida en inglés de http://elixir.bham.ac.uk/Free%20Movement%20of%20Professionals/Links_docs/fish_report_en.pdf, visitada el 3 de julio de 2012.

procedimientos judiciales. Los tribunales han considerado que el derecho del cliente a comunicarse confidencialmente con su abogado, bajo el sello del secreto profesional, es un corolario necesario del derecho fundamental de acceso al asesoramiento jurídico.

En R v. Derby Magistrates Court, Lord Taylor dijo “el principio es que un hombre debe poder consultar a su abogado en confianza ya que, de otra forma, puede retener la mitad de la verdad. El cliente debe estar seguro de que lo que le cuenta a su abogado en confidencia nunca será revelado sin su consentimiento. El privilegio legal profesional (LPP) es, por lo tanto, más que un simple estado de las pruebas, limitado a la aplicación de los hechos en un caso particular. Es una condición fundamental sobre la que descansa la administración de justicia en su conjunto”.

En Morgan Grenfell Lord Hoffman dijo “hay muchas situaciones tanto en el derecho civil como en el penal en las que la responsabilidad depende del estado de ánimo bajo el que se hizo algo. Aparte del caso excepcional de lo que parece ser que el cliente pueda recibir asesoramiento jurídico con el fin de permitirse cometer mejor un delito, esto no puede entenderse como razón suficiente para invalidar el privilegio legal profesional (LPP). El tribunal debe inferir el propósito de los hechos”.

33.- República de Serbia.

Artículo 6 del Código Ético de la Abogacía, de 12 de marzo de 2005⁶⁴⁸:

VI Secreto del abogado

Artículo 6

Mantener el secreto del abogado en el principio fundamental de la profesión legal. El abogado debe mantener dicho secreto hasta que la persona que le confió el secreto le exime de mantenerlo. El secreto del abogado es todo lo que descubre en el desarrollo de la asistencia legal y que le es

VI Lawyer's secret

Article 6

Keeping the lawyer's secret is the basic principle of legal profession. The lawyer must keep such a secret until the person who confided a secret to him exempts him from keeping it. The lawyer's secret is everything that a lawyer finds out in execution of legal aid and that is entrusted to him as a lawyer of the client.

⁶⁴⁸

Texto disponible en inglés en http://www.ccbe.eu/fileadmin/user_upload/NTCdocument/Code_of_Ethics_Bar_A1_12_92580601.pdf, visitada el 3 de julio de 2012.

confiado como abogado del cliente. Todos los depósitos que le sean confiados al despacho de un abogado tienen el mismo tratamiento.

La información confidencial facilitada al abogado en representación de una entidad legal no debe ser utilizada en detrimento de un miembro interesado de la estructura de la entidad legal.

La revelación del secreto del abogado está permitida sólo cuando un cliente indudablemente lo permite, si es necesario para la defensa de un cliente o si es necesario para justificar la negativa de un abogado a representar a alguien.

All deposits entrusted to a lawyer's office have the same treatment.

Confidential information given to a lawyer in representation of a legal entity must not be used to the detriment of the legal entity, or to the detriment of interested member from the structure of the legal entity.

Revealing of the lawyer's secret is allowed only when a client allows it doubtlessly, if that is necessary for defense of a client or if it is necessary for justification of lawyer's decision on refusal of defense.

34.- Rumanía.

Artículos 8 a 10 del Estatuto de la Profesión de Abogado, de 31 de mayo de 2001⁶⁴⁹:

Art. 8. – (1) El secreto profesional es de orden público.

(2) El abogado está obligado por el secreto profesional en todos los aspectos de la causa que le sea confiada.

(3) El abogado no puede ser obligado, en ninguna circunstancia ni por ninguna persona, a divulgar el secreto profesional. Un abogado no puede ser liberado del secreto profesional ni por su cliente ni por cualquier otra autoridad o persona. Hay excepciones en los casos en los que el abogado sea enjuiciado en materia penal,

Art. 8. – (1) Le secret professionnel est d'ordre public.

(2) L'avocat est tenu au secret professionnel sur tout aspect de la cause qui lui est confiée.

(3) L'avocat ne peut être contraint en aucune circonstance et par aucune personne à divulguer le secret professionnel. L'avocat ne peut être délié du secret professionnel ni par son client ni par une autre autorité ou personne. Y Font toutefois exception les cas dans lesquels l'avocat est poursuivi en matière pénale, disciplinaire, ou lorsqu'il y a une contestation au sujet des honoraires

⁶⁴⁹ Texto disponible en francés en http://www.ccbe.eu/fileadmin/user_upload/NTCdocument/statuts_roumanie_fr2_1188552270.pdf, visitada el 3 de julio de 2012.

disciplinar o en caso de litigio en relación a los honorarios acordados, exclusivamente por necesidades estrictamente necesarias, ligadas a la defensa.

(4) La sujeción al secreto profesional no impide que el abogado utilice información relativa a un antiguo cliente, si dicha información pasa a ser pública.

(5) El no respeto a las disposiciones de este artículo constituye una falta disciplinaria grave.

Art. 9.- (1) La sujeción al secreto profesional es absoluta e ilimitada en el tiempo. La obligación se entiende extendida a todas las actividades del abogado, de sus asociados, de los abogados con los que colaboren, los abogados empleados en el seno de la forma en la que se ejerza la profesión, incluye la relación con otros abogados.

(2) La sujeción al secreto profesional incluye igualmente a las personas con las que el abogado colabore en el ejercicio de su profesión, así como a sus empleados. El abogado está obligado a informales de esta obligación.

(3) La sujeción al secreto profesional incumbe a todos los órganos de la profesión de abogado y a todos sus empleados, en cuanto a la información obtenida en el ejercicio de las funciones y responsabilidades que se deriven.

Art. 10.- (1) Toda comunicación o correspondencia profesional entre abogados, entre el abogado y el cliente, entre el abogado y los órganos

convenus, exclusivement pour des besoins strictement nécessaires, liés à la défense.

(4) L'astreinte au secret professionnel n'empêche pas l'avocat d'utiliser les informations relatives à un ancien client, si elles sont devenues publiques.

(5) Le non-respect des dispositions du présent article constitue faute disciplinaire grave.

Art. 9. – (1) L'astreinte au secret professionnel est absolue et illimitée dans le temps. L'obligation s'étend sur toutes les activités de l'avocat, de ses associés, des avocats collaborateurs, des avocats salariés à l'intérieur de la forme d'exercice de la profession, y compris sur les rapports avec d'autres avocats.

(2) L'astreinte au secret professionnel concerne également les personnes avec lesquelles l'avocat collabore dans l'exercice de sa profession, ainsi que ses salariés. L'avocat est tenu de porter à leur connaissance cette obligation.

(3) L'astreinte au secret professionnel incombe à tous les organes de la profession d'avocat et à tous leurs salariés, pour ce qui est des informations apprises dans l'exercice des fonctions et des attributions qui leur reviennent.

Art. 10. – (1) Toute communication ou correspondance professionnelle entre les avocats, entre l'avocat et le client, entre l'avocat et les organes de la profession, quelle qu'en soit la forme, est confidentielle.

(2) Dans les relations avec les avocats inscrits à un barreau dans l'un des Etats membres de l'Union européenne,

de la profesión, sea cual sea la forma, es confidencial.

(2) En las relaciones con los abogados inscritos en el colegio de abogados de uno de los Estados miembros de la Unión Europea, el abogado está obligado a respetar las disposiciones especiales previstas en el Código deontológico de los abogados de la Unión Europea.

(3) En la relación con un abogado inscrito en un colegio de abogados de fuera de la Unión Europea, el abogado debe asegurarse, antes de realizar cualquier intercambio de información confidencial, que en el país en el que ejerce el colega extranjero hay normas que permiten asegurar la confidencialidad de la correspondencia y, si este no fuera el caso, debe concluir un acuerdo de confidencialidad o pregunte a su cliente si está de acuerdo, por escrito, a incurrir en el riesgo de intercambiar información no confidencial.

(4) La correspondencia y la información transmitida entre abogados o entre abogado y cliente, independientemente del tipo del medio de comunicación, de ninguna manera puede ser administrado como prueba en procesos judiciales ni ser privados de su confidencialidad.

l'avocat est tenu de respecter les dispositions spéciales prévues par le Code déontologique des avocats de l'Union européenne.

(3) Dans les relations avec un avocat inscrit à un barreau en dehors de l'Union européenne, l'avocat doit s'assurer, avant d'en faire échange d'informations confidentielles, que dans le pays où le confrère étranger exerce sa profession il y a des normes qui permettent l'assurance de la confidentialité de la correspondance et, si tel n'est pas le cas, il doit conclure un accord de confidentialité ou demander à son client s'il accepte, par écrit, d'encourir le risque d'un échange d'informations non confidentielles.

(4) La correspondance et les informations transmises entre les avocats ou entre l'avocat et le client, quel qu'en soit le type de support, ne peuvent aucunement être administrées comme preuves en justice ni privées de leur caractère confidentiel.

35.- Suecia.

Artículo 2.2 del Código de Conducta Profesional, de 29 de agosto de 2008⁶⁵⁰:

2.2 El Deber de Confidencialidad y en Deber de Discreción

2.2.1 Un abogado tiene el deber de confidencialidad en relación a asuntos revelados al Abogado en el marco de la práctica legal o que en relación con el mismo sean conocidos por el Abogado. Son de aplicación excepciones a este deber de confidencialidad si el cliente consiente o cuando exista obligación legal de facilitar la información. También sería de aplicación una excepción si la revelación fuera necesaria para permitir al Abogado aseverar quejas del cliente o interponer una demanda justificada de indemnización en relación con el mandato de que se trate.

2.2.2 Un Abogado está obligado a ejercer la discreción por lo que respecta a los asuntos del cliente. Un Abogado no debe, sin justificación, solicitar información sobre los mandatos que lleve su despacho de abogados si el Abogado no se encarga personalmente de dicho trabajo.

2.2.3 Un Abogado está obligado a imponer a sus empleados el mismo deber de confidencialidad y deber de discreción que el propio Abogado se aplica a sí mismo.

2.2 The Duty of Confidentiality and the Duty of Discretion

2.2.1 An Advocate has a duty of confidentiality in respect of matters disclosed to the Advocate within the framework of the legal practice or which in connection therewith becomes known to the Advocate. Exceptions from the duty of confidentiality apply if the client consents thereto or where a legal obligation to provide the information is at hand. An exception also applies if disclosure is necessary to enable the Advocate to aver complaints by the client or to pursue a justified claim for compensation in respect of the mandate concerned.

2.2.2 An Advocate is obliged to exercise discretion in respect of client matters. An Advocate must not, without cause, enquire about mandates handled by the Advocate's law firm if the Advocate is not personally charged with such work.

2.2.3 An Advocate is obliged to impose upon his staff the same duty of confidentiality and duty of discretion as that which applies to the Advocate himself.

⁶⁵⁰ Texto disponible en inglés en http://www.ccbe.eu/fileadmin/user_upload/NTCdocument/SAGA295176v1Code1_1270804702.pdf, visitada el 3 de julio de 2012.

36.- Suiza.

Artículo 15 de la Guía de Conducta para Abogados⁶⁵¹:

«El abogado se haya sujeto al secreto profesional, con respecto a cualquier persona y sin límite de tiempo, en todos los asuntos confiados en la práctica de su profesión.

Aunque se encuentre liberado de ello, no puede ser obligado a revelar un secreto, si lo considera necesario para salvaguardar los intereses del cliente.

Impone el secreto profesional a sus colaboradores, empleados y otros auxiliares. »

« L'avocat est lié au secret professionnel, à l'égard de quiconque et sans limite de temps, pour toutes les affaires qui lui sont confiées dans l'exercice de sa profession.

Même s'il en a été délié, il ne peut être obligé de révéler un secret, s'il l'estime nécessaire à la sauvegarde de l'intérêt du client.

Il impose le respect du secret professionnel à ses collaborateurs, employés et autres auxiliares. »

37.- Ucrania.

Artículo 9 de las Normas Éticas para los Abogados, de 1-2 de octubre de 1999⁶⁵²:

Artículo 9 Confidencialidad

(1) La observancia del principio de confidencialidad es un prerequisite necesario y altamente importante que subyace a las relaciones confidenciales entre abogado y cliente, sin la cual la representación adecuada de la asistencia jurídica es imposible. Por lo tanto, mantener la confidencialidad de cualquier información que un abogado

Article 9 Confidentiality

(1) The observance of the principle of confidentiality is a necessary and most important precondition underlying the confidential relations between advocate and client, without which proper rendering of legal assistance is impossible. Therefore, keeping confidential any information an advocate receives from a client as well as about a

⁶⁵¹ Disponible en versión francesa en http://elixir.bham.ac.uk/Free%20Movement%20of%20Professionals/Links_docs/fish_report_en.pdf, visitada el 3 de julio de 2012.

⁶⁵² Texto disponible en inglés en http://www.ccbe.eu/fileadmin/user_upload/NTCdocument/Ukraine_CoC_ENpdf1_1215155864.pdf, visitada el 3 de julio de 2012.

recibe de un cliente así como sobre un cliente o un tercero en el desarrollo de sus actividades profesionales, será el derecho del abogado a la hora de relacionarse con otros sujetos de la ley que puedan exigir la revelación de dicha información y su obligación ante el cliente o aquellas personas a las que incumbe dicha información.

(2) El efecto del principio de confidencialidad no tendrá límite temporal.

(3) La confidencialidad de cierta información asegurada por las provisiones del presente Artículo puede ser revocada sólo por personas interesadas en su observancia (o herederos de la persona física o el sucesor de una entidad legal) por escrito o por cualquier otra forma en la que quede constancia.

(4) Un abogado no será responsable de violar el mencionado principio en casos en los que sea interrogado en un procedimiento legalmente establecido como testigo en un caso penal en relación a circunstancias que vayan más allá de los límites de la definición de la esencia de los secretos de un abogado conforme a lo estipulado por la legislación vigente, aunque se hallan sujetos a la confidencialidad de la información estipulada en estas Normas.

(5) En el resto de circunstancias, el abogado, cuando se determine el alcance de la información, al que se extiende su deber de confidencialidad, debe proceder conforme a estas Normas.

(6) Revelar información que

client or third parties in the process of pursuing his professional activities shall be the advocate's right in relations with other subjects of the law who might demand disclosure of such information and his obligation in relation to the client or those persons whom this information concerns.

(2) The effect of the principle of confidentiality shall not be limited in time.

(3) Confidentiality of certain information secured by the rules of the present Article can be revoked only by persons interested in its observance (or heirs of this physical person or successors of a legal entity) in writing or any other recorded form.

(4) An advocate shall not be responsible for violating the said principle in cases v/hen he is questioned by legally established procedure as a witness in a criminal case in relation to circumstances that go beyond the bounds of the definition of the substance of an advocate's secret as stipulated by legislation in force, although they are subject to confidentiality of information stipulated in these Rules.

(5) In all other circumstances, the advocate, when determining the scope of information, to which his duty of confidentiality extends, must proceed from these Rules.

(6) Disclosure of information constituting an *advocate's secret* is prohibited under any circumstances, including unlawful attempts of the bodies of inquiry, preliminary investigation and a court of law to question an advocate in relation to the circumstances constituting

constituya un *secreto de abogado* está prohibido bajo cualquier circunstancia, incluidos intentos ilegales de los órganos de investigación, investigación preliminar y el interrogatorio de un abogado por los tribunales en relación a las circunstancias que constituyen un secreto de abogado.

(7) Un abogado (grupo de abogados) estarán obligados a asegurar el entendimiento y la observancia del principio de confidencialidad por parte de sus asistentes y personal técnico.

(8) Un abogado (grupo de abogados) estarán obligados a asegurar las mencionadas condiciones para el archivo de documentos proporcionados por el cliente, archivos y otro material a su disposición que contenga información confidencial y excluir de forma racional el acceso a dicha documentación por parte de personas no autorizadas.

an advocate's secret.

(7) An advocate (unit of advocates) shall be bound to ensure the understanding and observance of the principle of confidentiality by his assistants and technical personnel.

(8) An advocate (unit of advocates) shall be bound to ensure such conditions for the storage of documents given him by the client, files and other material at his disposal that contain confidential information as reasonably exclude access to them by unauthorized persons.

APÉNDICE TERCERO

JURISPRUDENCIA SOBRE SECRETO PROFESIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- **ATC 53/2007, de 19 de febrero, FJ 3º.**

“Respecto a la alegada vulneración de los derechos conexos a la intimidad y al secreto profesional, cabe recordar la doctrina sentada por la STC 386/1993, de 23 de diciembre (RTC 1993, 386), F. 7, que nos recuerda, en primer término, que el derecho a la intimidad eventualmente vulnerado no sería el de los propios auditores sino el de las empresas auditadas, que aquí no recurren; y, en segundo, que las auditorías se realizan precisamente para hacerse públicas y que el secreto profesional recogido en el art. 24.2 CE se ciñe a los supuestos de declaración como testigos en juicio penal, y su exacta regulación queda relegada a la Ley. Es patente que no estamos aquí ante declaraciones en un proceso penal y la normativa aducida por la recurrente puede ser interpretada, tal y como hacen de manera correcta las Sentencias recurridas, en el sentido de que existe una obligación de colaborar con la Hacienda pública con la entrega de los informes de auditoría, que no contienen datos que puedan ocultarse al conocimiento del Fisco, y que tienen un carácter esencialmente público.”

- **ATC 167/2000, de 7 de julio, FJ 6º.**

“Ninguna lesión del derecho a un proceso con todas las garantías y del derecho a la tutela judicial efectiva puede anudarse a la práctica del registro en el despacho del abogado coimputado, pues aunque pudiera sostenerse que a la luz de la STEDH en el caso «Niemietz» –de 16 de diciembre de 1992, núm. 75– el registro en un despacho profesional debe verificarse bajo garantías adicionales a las exigidas en un domicilio de particular, tales como la presencia de un observador independiente cuya función se orienta a preservar el secreto profesional del abogado, como afirman la Audiencia Provincial y el Tribunal Supremo esta garantía puede considerarse cumplida en el caso examinado, toda vez que estuvo presente en el mismo el Secretario judicial, garante de la fe pública y observador imparcial y ajeno a las partes del proceso. De otra parte, la presencia del Decano del Colegio de

Abogados, como pretenden los recurrentes, no constituye una exigencia constitucional, dado que este Tribunal ha declarado que «[u]na vez obtenido el mandamiento judicial, la forma en que la entrada y registro se practiquen, las incidencias que en su curso puedan producirse..., se mueven siempre en otra dimensión, el plano de la legalidad» (SSTC 133/1995, de 25 de septiembre [RTC 1995, 133] , F. 4º; 94/1999, de 31 de mayo [RTC 1999, 94] , F. 3º; 171/1999, de 27 de septiembre [RTC 1999, 171] , F. 11º), ni es exigida por la Ley de Enjuiciamiento Criminal.”

- **ATC 167/2000, de 7 de julio, FJ 6º.**

“Ninguna lesión del derecho a un proceso con todas las garantías y del derecho a la tutela judicial efectiva puede anudarse a la práctica del registro en el despacho del abogado coimputado, pues aunque pudiera sostenerse que a la luz de la STEDH en el caso «Niemiets» –de 16 de diciembre de 1992, núm. 75– el registro en un despacho profesional debe verificarse bajo garantías adicionales a las exigidas en un domicilio de particular, tales como la presencia de un observador independiente cuya función se orienta a preservar el secreto profesional del abogado, como afirman la Audiencia Provincial y el Tribunal Supremo esta garantía puede considerarse cumplida en el caso examinado, toda vez que estuvo presente en el mismo el Secretario judicial, garante de la fe pública y observador imparcial y ajeno a las partes del proceso. De otra parte, la presencia del Decano del Colegio de Abogados, como pretenden los recurrentes, no constituye una exigencia constitucional, dado que este Tribunal ha declarado que «[u]na vez obtenido el mandamiento judicial, la forma en que la entrada y registro se practiquen, las incidencias que en su curso puedan producirse..., se mueven siempre en otra dimensión, el plano de la legalidad» (SSTC 133/1995, de 25 de septiembre [RTC 1995, 133] , F. 4º; 94/1999, de 31 de mayo [RTC 1999, 94] , F. 3º; 171/1999, de 27 de septiembre [RTC 1999, 171] , F. 11º), ni es exigida por la Ley de Enjuiciamiento Criminal.”

- **STC 58/1998, de 16 de marzo, FJ 5º.**

“El hondo detrimento que sufre el derecho de defensa a raíz de este tipo de intervenciones, se basa en la peculiar trascendencia instrumental que

tiene el ejercicio de este derecho para quien se encuentra privado de libertad y pretende combatir jurídicamente dicha situación o las condiciones en las que se desarrolla. Que dicho detrimento se produce por la intervención de las comunicaciones del preso con su Abogado y por el hecho de que dicha intervención sea administrativa, es algo tan ostensible que no requiere especiales esfuerzos argumentativos, a la vista tanto de la importancia que el secreto de tales comunicaciones tiene para el adecuado diseño de la estrategia defensiva (como subraya el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en sus Sentencias de 28 de junio de 1984 -como Campbell y Fell contra el Reino Unido-, párrafos 111 y ss.; y de 25 de marzo de 1992 - caso Campbell contra el Reino Unido-, párrafos 46 y siguiente), lo que demanda las máximas garantías para su limitación, como del hecho de que su objeto puede ser la propia atribución de infracciones penales o administrativas a la Administración Penitenciaria. No en vano, «la Ley ha conferido a la intervención de las comunicaciones un carácter excepcional»(STC 170/1996 [RTC 1996\170], fundamento jurídico 5.º). No en vano, también, es la trascendente incidencia del derecho fundamental a la defensa la que hace que el legislador penitenciario constriña toda intervención de las comunicaciones de los internos con sus Abogados o Procuradores a «los supuestos de terrorismo» y que exija además la garantía judicial (art. 51.2 LOGP) (STC 183/1994).”

- **STC 183/1994, de 20 de junio, FJ 3^o653.**

“Tampoco es aceptable la vulneración del derecho al secreto profesional por la simple razón en que ese supuesto derecho solamente es invocable por el Abogado defensor que sería, en su caso, el titular del derecho, y no por el demandante sobre el cual únicamente produce efectos meramente reflejos y carece de legitimación para pedir amparo de un derecho fundamental que le es ajeno [SSTC 141/1985 (RTC 1985\141) y 11/1992 (RTC 1992\11)].”

- **STC 386/1993, de 23 de diciembre, FJ 7º.**

“Por lo demás, la alegación relativa al secreto profesional de los auditores tampoco puede ser atendida, pues, por una parte, y como bien

⁶⁵³ Reiterada en la STC 197/1994, de 4 de julio, FJ Único.

señala la Abogacía del Estado, la auditoría se realiza precisamente para hacerse pública y, por otra, el secreto profesional recogido en el art. 24.2 CE se ciñe a los supuestos de declaración, como testigos, en juicio penal, y su exacta regulación queda relegada a la ley; no estamos aquí ante declaraciones en un proceso penal (...).”

- **ATC 600/1989, de 11 de diciembre, FJ 2º (aunque referida al secreto médico).**

“El secreto profesional, en cuanto justificar por razón de una actividad, la sustracción al conocimiento ajeno de datos o informaciones obtenidas que conciernen a la vida privada de las personas, está estrechamente relacionado con el derecho a la intimidad que el art. 18.1 de la Constitución garantiza en su doble dimensión personal y familiar, como objeto de un derecho fundamental. En tales casos, la observancia del secreto profesional puede ser garantía para la privacidad, y el respeto a la intimidad, una justificación reforzada para la oponibilidad del secretor de modo que se proteja con éste no sólo un ámbito de reserva y sigilo en el ejercicio de una actividad profesional que, por su propia naturaleza o proyección social se estime merecedora de tutelar sino que se preserve, también, frente a intromisiones ajenas, la esfera de la personalidad que el art. 18.1 de la Constitución garantiza.”

- **STC 6/1988, de 21 de enero, FJ 6º.**

“(...)“el recurrente -ésta es la primera advertencia- no utilizó o difundió indebidamente datos o asuntos de los que sólo tuviera conocimiento por razón del trabajo, ni quebrantó el secreto profesional, contravenciones éstas que, desde luego, nunca podrían legitimarse esgrimiendo una libertad de información que no existe, por definición, para comunicar o difundir datos que corresponden a la actividad y al tráfico ordinarios y regulares de la empresa, datos que pueden quedar lícitamente sustraídos al conocimiento público -y así ha de respetarlo el trabajador- por más relevante que pudiera pretenderse fueran para terceros.”

- **STC 110/1984, de 26 de noviembre, FJ 10º.**

“El recurrente invoca también en apoyo de su tesis la protección del secreto profesional y la del secreto bancario. Se trata como es notorio de cuestiones muy distintas y sumamente complejas que presentan

problemas considerablemente variados y de diverso alcance. Basta aquí referirse a lo que es necesario para el tema del recurso. El secreto profesional, es decir, el deber de secreto que se impone a determinadas personas, entre ellas los Abogados, de lo que conocieren por razón de su profesión, viene reconocido expresamente por la Constitución que en su art. 24.2 dice que la Ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se está obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos. Evidentemente y «a fortiori» tampoco existe el deber de declarar a la Administración sobre esos hechos. La Constitución consagra aquí lo que es no un derecho sino un deber de ciertos profesionales que tiene una larga tradición legislativa (cfr. art. 263 de la LECr).

Es evidente que si el secreto es obligado e incluso su violación es castigada penalmente (art. 360 del Código Penal) la Inspección Fiscal no puede pretender que se viole. Pero también en este punto son aplicables algunas de las consideraciones anteriores. La exigencia de exigir las certificaciones del movimiento de las cuentas no viola en sí el secreto profesional, puesto que, como se ha advertido, en ellas sólo aparece la causa genérica de cada operación bancaria, y no el contenido concreto de la relación subyacente. Tampoco vulneraría el secreto profesional el simple conocimiento del nombre del cliente y de las entidades pagadas por él en concepto de honorarios, ya que estos datos deben figurar en el libro de ingresos profesionales, de obligada llevanza y exhibición a la Inspección. La cuestión podría suscitarse si la Inspección al pedir los antecedentes y datos de determinadas operaciones, penetrase en el ámbito de las relaciones profesionales concretas entre el cliente y, en este caso, el Abogado. Sólo entonces podría y debería negarse el contribuyente a facilitar datos que supusiesen la violación del secreto profesional. Es posible también que no existiese acuerdo sobre cuál es la zona específica de relaciones cubiertas por el secreto profesional cuya delimitación puede ofrecer dificultades en ciertos casos. Pero para eso están los Tribunales de Justicia. La cuestión, en último término, no puede resolverse de forma abstracta, sino sobre cada caso concreto.”

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

- **STS de 22 de febrero de 2011 (RJ 2011\3319), FJ 7º.**

“3) El artículo 371.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil conjuga, por un lado, el derecho-deber de secreto del testigo y, por otro, el de la parte a valerse de la prueba de testifical, difiriendo a la fase de práctica de la prueba la decisión sobre la procedencia del mismo a iniciativa del propio testigo, y dispone que "Cuando por su estado o profesión, el testigo tiene el deber de guardar secreto respecto de hechos por los que se le interrogue, lo manifestará razonadamente y el tribunal, considerando el fundamento de la negativa a declarar, resolverá, mediante providencia, lo que procede en derecho".

46. Pues bien, propuesta la declaración testifical de don Serafin , la propia parte señala que en el momento de prestar declaración afirmó lo siguiente: "Considero que dado que soy parte, estoy inhabilitado para actuar como testigo ... podría provocar una nulidad de actuaciones, dado que, he sido parte, he contestado a la demanda y he estado presente en todas las declaraciones previas. Solicito que se me releve de la obligación de declarar como testigo, a más, de que podría haber una indefensión o provocar una contradicción...Considero que mi testimonio, de haberlo, estaría viciado, y solicito que se me releve de la obligación de declarar como testigo, a más, de que podría haber una indefensión o provocar una contradicción, ya que, como testigo tendría obligación de decir verdad, mientras que como abogado evidentemente no tengo esa obligación, con lo cual se podía haber comprometido mi tarea profesional, por lo que solicito se me releve de la declaración como testigo".

47. En consecuencia, con independencia de que, como señala la recurrida, la recurrente no agotó las posibilidades para su práctica en segunda instancia, la proposición como testigo de quien era parte demandada y, además, había intervenido como abogado de una de las litigantes, da cobertura a la regularidad de la decisión del juez de relevar al mismo de su obligación de declarar.”

- **STS 19 de febrero de 1992 (RJ 1992\1324), FJ 2º.**

“Viene señalando esta Sala [Sentencias, por ejemplo de 19 julio y 16 diciembre 1988 (RJ 1988\5729 y RJ 1988\9473) o 9 enero 1991 (RJ 1991\292)] que la colisión entre los derechos fundamentales libertad de expresión-intimidad, encuadrados en la categoría de los derechos de la personalidad, impide fijar apriorísticamente los verdaderos límites o fronteras de uno y otro, lo que ha de verificarse en cada caso concreto sometido a enjuiciamiento, huyendo, más que en ninguna otra materia, de excesivos formalismos que puedan impedir un conocimiento de la realidad ; pues bien, de la detenida lectura del largo escrito (seis hojas con letra apretada) del que se dice haber leído un mínimo párrafo, no se desprende carácter jurisdiccional ni oficial alguno, pues que, si hace referencia a unas inconcretas diligencias en las que el demandante «cree haber apreciado, quizás por un exceso de susceptibilidad, ciertas consideraciones que considera pueden ser hirientes, dado que posiblemente se omiten algunos tratamientos a los que tengo derecho en función de mi historia y en su lugar se ponen términos un poco extraños...», toda la misiva, carente de formulismos, se dedica a explicar una larga vida de actividades y titulaciones sobradamente conocidas en la pequeña población, con trabajos en la docencia y al servicio del propio Ayuntamiento, incluso la íntima amistad con un hijo del señor A., el demandado, que se deduce presta su complacencia, por lo que bien pudiera ser que tal escrito, aunque registrado en el organismo local, se enviase, como afirma el recurrente, por su condición de amigo y para poner de manifiesto la protesta ante otra persona, pero no con carácter de intimidad, sino todo lo contrario y aunque después surgiesen las divergencias políticas. En consecuencia: si falta la revelación de datos privados; si los mismos son públicos y notorios; si el conocimiento no se alcanza a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela; si no hay intromisión en el círculo íntimo de la persona; si no se afecta a su reputación, buen nombre y dignidad humana; si toda campaña electoral se caracteriza por el apasionamiento a ultranza de los intervinientes; si la Audiencia declara que no está suficientemente acreditado el hecho de las injurias que se dicen vertidas; si todo esto ocurre, repetimos, mal puede apreciarse al existencia de una intromisión ilegítima en el ámbito protegido y a los hechos no puede aplicársele el art. 7.º 4 de la Ley Orgánica 5-5-1982, procediendo la casación de la sentencia recurrida, la confirmación de la dictada por el Juzgado de

Navalcarnero en 23-2-1988 y la absolución del demandado, tal y como también solicitó el Ministerio Fiscal.”

- **STS 5 de marzo de 1981 (RJ 1981\899), Cdo. 2º⁶⁵⁴.**

“...toda vez que si ciertamente el citado núm. 5º del art. 1247, en relación con el 1245, ambos del C. Civil, establece la inhabilidad, por disposición de la ley, de ‘los que están obligados a guardar secreto, por su estado o profesión, en los asuntos relativos a su profesión o estado’, la incapacidad que al respecto implica no es absoluta, en el sentido, en lo que se refiere al Abogado, de que por el mero hecho de serlo pueda ser rechazado tanto ‘a `priori’ como en las manifestaciones testificales que haya rendido, sino relativa, dependiente de que por la índole de las preguntas que se hubieren formulado y contestado afecten a un real y efectivo secreto profesional, que en manera alguna puede estimarse existente cuando, como en el presente caso ocurre, las manifestaciones testificales a las que se proyectan las preguntas formuladas a dicho testigo, y por éste contestadas, no forman parte realmente del secreto profesional, al referirse a una actividad documentada que por serlo adquirió publicidad y en consecuencia no alcanza la materia que le hubiere sido confiada como Abogado con obligada reserva profesional, pues ésta, por su propia esencia y naturaleza, no puede entenderse se extienda a la adveración de lo que quedó documentado con trascendencia fuera de su personal obligación de secreto, y en consecuencia se trata ya, precisamente por la publicidad que el documento presupone, de declaraciones que no tienen relación alguna con el secreto obligado de la profesión de Abogado, sin producción, en su virtud, de causa de inhabilidad, según tiene declarado este Tribunal en Sentencia de 30 de abril de 1908”.

Sala de lo Penal

- **STS (Sala de lo Penal), de 9 de febrero de 2012 (RJ 2012\199):**

“SÉPTIMO: (...). 8. Se han traído a colación los casos en los que se intervienen comunicaciones de un sospechoso y entre las que son

⁶⁵⁴ En el mismo sentido, pero referida a Procuradores, vid. SAP Asturias, de 27 de mayo de 1999 (AC 1999\5004), FJ 2º.

grabadas aparecen algunas con su letrado defensor, o aquellos otros en los que existiendo indicios de actuación criminal contra un letrado o letrados, se intervienen sus comunicaciones personales o las de sus despachos, y entre las conversaciones mantenidas aparecen algunas con sus clientes relativas al ejercicio del derecho de defensa. A estas se ha referido en alguna ocasión la jurisprudencia de esta Sala. Así, en la STS nº 2026/2001 (RJ 2001, 10328) , FJ 9, en la que se decía que "El secreto profesional que protege a las relaciones de los abogados con sus clientes, puede, en circunstancias excepcionales, ser interferido por decisiones judiciales que acuerden la intervención telefónica de los aparatos instalados en sus despachos profesionales. Es evidente que la medida reviste una incuestionable gravedad y tiene que ser ponderada cuidadosamente por el órgano judicial que la acuerda, debiendo limitarse a aquellos supuestos en los que existe una constancia, suficientemente contrastada, de que el abogado ha podido desbordar sus obligaciones y responsabilidades profesionales integrándose en la actividad delictiva, como uno de sus elementos componentes".

Pero son supuestos diferentes al aquí examinado, porque en ambos casos se trata de intervenciones generales de las comunicaciones telefónicas, de manera que, siendo imposible conocer de antemano el contenido, la afectación de la defensa es accidental.

Mientras que en el caso que se examina lo que se ha acordado es una intervención específica de las comunicaciones interno-letrado, que incluyen indefectiblemente las mantenidas con el letrado defensor y, por lo tanto, relativas con alta probabilidad al ejercicio del derecho de defensa. En segundo lugar, porque en aquellos casos se trata de comunicaciones telefónicas, mientras que aquí se examina el supuesto de comunicaciones presenciales desarrolladas en un ámbito absolutamente controlable desde la Administración. Y en tercer lugar, porque en el caso aquí examinado, era posible diferenciar de antemano las comunicaciones con la defensa de las mantenidas con otras personas, de manera que nada impedía dejar a salvo el derecho de defensa no acordando la intervención de aquellas.”

- **STS (Sala de lo Penal) 18 de febrero de 2002 (RJ 2002\4530), FJ 2º.**

“El delito de revelación de secretos tipificado en el artículo 199.2º del vigente Código Penal y en el artículo 360 del anterior, se trata de un

delito especial propio, con el elemento especial de autoría derivado de la exigencia de que el autor sea profesional, esto es que realice una actividad con carácter público y jurídicamente reglamentada. La acción consiste en divulgar secretos de otra persona con incumplimiento de su obligación de sigilo (STS de 24 de abril de 2001), tal obligación viene impuesta por el ordenamiento, así artículo 437.2º de la LOPJ, en relación con el artículo 32.1º del Estatuto General de la Abogacía, aprobado por Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, los cuales imponen la obligación a los abogados de «guardar secreto de todos los hechos o noticias que conozcan por razón de cualesquiera de las modalidades de su actuación profesional, no pudiendo ser obligados a declarar sobre los mismos».

La acción típica consiste en divulgar los secretos de una persona, entendida como la acción de comunicar por cualquier medio, sin que se requiera que se realice a una pluralidad de personas toda vez que la lesión al bien jurídico intimidad se produce con independencia del número de personas que tenga el conocimiento. Por secreto ha de entenderse lo concerniente a la esfera de la intimidad, que es sólo conocido por su titular o por quien él determine. Para diferenciar la conducta típica de la mera indiscreción es necesario que lo comunicado afecte a la esfera de la intimidad que el titular quiere defender. Por ello se ha tratado de reducir el contenido del secreto a aquellos extremos afectantes a la intimidad que tengan cierta relevancia jurídica (STC 28/2/1994 [RTC 1994, 65]).”

- **STS (Sala de lo Penal) 23 de abril de 1997 (RJ 1997\3259), FJ 7º.**

“...la regla general garantiza, en todo caso, la confidencialidad de las comunicaciones de los internos enmarcadas dentro del ejercicio de su derecho de defensa en un procedimiento penal, sin posibilidad de intervención ni administrativa ni judicial. Ahora bien la máxima tutela de los derechos individuales en un Estado de Derecho Social y Democrático no es incompatible con la admisión de reacciones proporcionadas frente a la constatada posibilidad de abusos en supuestos muy específicos y excepcionales. Concretamente, en el ámbito de las actividades de delincuencia organizada en grupos permanentes y estables, de carácter armado, cuya finalidad o efecto es producir el terror en la colectividad, por su tenebrosa incidencia en la seguridad y en la

estabilidad de una sociedad democrática (terrorismo), se ha constatado la utilización de las garantías que el sistema democrático proporciona al derecho de defensa como cauce abusivo para actividades que exceden de la finalidad de defensa e inciden en la colaboración con las actividades terroristas. Es por ello por lo que, excepcionalmente y sin que dicha excepción pueda contagiarse al resto del sistema, en el ámbito personal exclusivo de los supuestos de terrorismo, y en todo caso con la especial garantía de la orden judicial previa, naturalmente ponderadora de la necesidad, proporcionalidad y razonabilidad de la medida en cada caso concreto, el art. 51.2 LOPJ faculta para la intervención de este tipo de comunicaciones singulares. Pero, como señala la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 183/1994, son condiciones habilitantes «acumulativas», el tratarse de supuestos de terrorismo y la orden judicial, motivada y proporcionada. **Sin autorización judicial** la intervención de dichas comunicaciones constituye una actuación vulneradora del derecho fundamental de defensa, cuyo resultado no puede surtir ningún efecto probatorio.”

- **STS (Sala de lo Penal) 6 de marzo de 1995 (RJ 1995\1808), FJ 1º.**

“La razón resulta clara y es explicitada por el propio Tribunal Constitucional: la intervención de una conversación de un interno y su Abogado defensor (o el Abogado llamado por aquél) realizada por autoridad administrativa «es totalmente incompatible con el más intenso grado de protección que la norma legal confiere al derecho de defensa en los procesos penales». Por eso la legislación penitenciaria exige no como alternativas, sino como acumulativas para tal restricción el «supuesto de terrorismo» y «la orden de la autoridad judicial».”

Sala de lo Contencioso-Administrativo

- **STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 16 de diciembre de 2003 (RJ 2005\3604), FJ 6º.**

“SEXTO. En función del cargo único del que se acusaba al recurrente se trataba de precisar si, con independencia de que el contenido de sus manifestaciones se acomodara o no al exacto contenido de las conversaciones, la mera revelación de su existencia podía incardinarse en los supuestos contemplados en las normas en virtud de las cuales se le impuso la sanción y para ello la sentencia (RJCA 1999\2198) parte de

los preceptos reguladores del secreto profesional del abogado contenidos en el artículo 437 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 41 del Real Decreto 2090/1982 así como del Código Deontológico de la Abogacía Española aprobado por la Asamblea de Decanos de 28 y 29 de mayo de 1987 y modificado el 29 de junio de 1995, resultando estas normas deontológicas aplicables en el presente caso, conforme declaramos en la Sentencia de 24 de mayo de 1999 (RJ 1999\7257) al afirmar que la tipificación por incumplimiento de las normas deontológicas y de las reglas éticas que gobiernan la actuación profesional de los abogados constituye una predeterminación normativa con certeza más que suficiente para definir una conducta como sancionable, de manera que el artículo 113.c) del Estatuto General de la Abogacía Española, aprobado por Real Decreto 2090/1982, contiene una tipificación que permite predecir con suficiente grado de seguridad la conducta infractora y a qué atenerse en cuanto a la consiguiente responsabilidad.

Constituye el secreto profesional, como se indica en el punto 2.3 del Código Deontológico Europeo de la Abogacía de 28 de noviembre de 1998, el derecho y obligación fundamental y primordial del abogado que le obliga a guardar secreto de cualquier información confidencial de la que tenga conocimiento en el marco de su actividad profesional. Y dicho secreto comprende, según el apartado 2.2 del Código Deontológico vigente cuando ocurrieron los hechos, las confidencias del cliente, las del adversario, las de los compañeros y todos los hechos y documentos de que haya tenido noticia por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional. De dicho secreto, conforme al punto 2.7 del Código Deontológico vigente entonces, únicamente estará dispensado el abogado, siempre con la previa autorización del Decano en los dos supuestos que recoge el precepto: cuando, aceptándolo el abogado, fuera relevado del mismo por el propio cliente o sus herederos, y cuando, para evitar una lesión notoriamente injusta y de suma gravedad al propio abogado o a un tercero, fuera relevado de su guarda y sólo respecto aquellos datos de hecho que conduzcan a impedir la lesión.

No comparte la Sala en su integridad el criterio de la de instancia que parece dar a entender que por el simple hecho de la revelación previa de declaraciones y confidencias en medios de comunicación, los abogados

se encuentran ya relevados del secreto profesional, por cuanto que el contenido de las mismas y su existencia ha dejado de ser secreto, porque, en cualquier caso, al hacer pública su intervención y reafirmar su contenido el Abogado añade un plus de posible gravedad y de certeza al contenido de esas revelaciones que entiende la Sala está obligado a mantener en secreto siempre con la sola excepción de que concurran las circunstancias antes mencionadas para la relevación de la obligación de confidencialidad y secreto.

En tiempos en que es frecuente la revelación a través de las diversas vías de comunicación de confidencias que afectan a la intimidad, es claro que las declaraciones confirmatorias de las mismas por parte de abogados no hacen sino vulnerar el secreto profesional que el mismo está obligado a guardar incluso cuando cesa en la prestación del servicio o del ejercicio profesional.

En el presente caso, sin embargo, es necesario tener en consideración que las normas deontológicas vigentes cuando se produjeron las declaraciones del sancionado permitían, como hemos dicho, relevar al Abogado de la obligación del secreto profesional en los términos antes expuestos y es cierto que en el presente caso el Sr. Gerardo estaba dispensado por el Decano del Colegio de Abogados de Madrid de la obligación de guardar el secreto profesional, como la propia resolución sancionadora reconoce, no habiendo considerado oportuno el instructor del expediente sancionador aportar la declaración del propio Decano acerca de la existencia, contenido y amplitud de esa relevación que, por ello, ha de considerarse formulada con la amplitud suficiente como para permitirle hacer las declaraciones que efectuó y por las cuales ha sido sancionada; con mayor motivo cuando existen documentos en las actuaciones en que dicho Decano asume una postura de defensa, o cuanto menos comprensión, de la postura del Sr. Gerardo que parece considerar justificada en función de su obligación de defensa profesional. Por otro lado, no existe duda acerca de que el Abogado fue exonerado por parte de sus clientes Sres. Millán y Jose Antonio de la obligación de secreto profesional quiénes, por el contrario, parecen haber instado al mismo a que hiciera las manifestaciones que dieran lugar a los hechos por los que ha sido sancionado a la vista de la previa divulgación de esas conversaciones en términos en que vieron comprometida, según parece, su propia honorabilidad tanto sus clientes

como el propio letrado a quién se acusaba de ser transmisor de un mensaje del Sr. Millán en su intención de chantajear al Gobierno, como rotula el periódico El País en su primera página del 19 de septiembre de 1995, con material sustraído del Cesid.

Conviene dejar constancia de que la normativa contenida en el Código Deontológico que hemos enjuiciado no contiene referencia alguna a la necesidad de más dispensa que la del Decano y a la relevación del secreto profesional por el propio cliente, sin que la alegación de la Corporación recurrente en orden a una supuesta e inexistente exigencia de autorización de los terceros comprometidos en las conversaciones resultara exigible en función de los términos claros y literales de lo dispuesto en el Código Deontológico de la Abogacía Española a la sazón vigente, debiendo precisar igualmente que dicha dispensa no está contenida en el Código Deontológico actual en que se atribuye únicamente al Decano del Colegio de Abogados una labor de consulta y asesoramiento al Abogado cuya obligación de secreto profesional puede cuestionarse.

En cuanto a las manifestaciones efectuadas con quebranto del secreto sumarial en actuaciones instruidas por la jurisdicción militar ha de destacarse que, como advierte la Sentencia (RJCA 1999\2198), la potestad disciplinaria en supuestos de revelación de secreto sumarial viene atribuida a la autoridad judicial militar por el artículo 147 de la Ley Penal Militar y 301 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y ello con independencia de la escasa transcendencia de la manifestación efectuada en relación con el contenido de esas declaraciones donde exclusivamente se había revelado que el Coronel Don. Oscar expresó que tenía frecuentes roces profesionales con el Sr. Jose Antonio, aludiéndose a unas imprecisas manifestaciones de «actividades contraterroristas en el extranjero», «terrorismo de Estado», «contactos con otros servicios secretos», «actuaciones en el Magreb y en diversos países del norte de Africa», y cuya revelación no consta haber merecido actuación sancionadora alguna de los órganos jurisdiccionales ante los cuales las mismas supuestamente fueron formuladas.

- **STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 20 de junio de 2003 (RJ 2003\6805), FFJJ 2º y 3º.**

“SEGUNDO. Estas excepciones que a la declaración inicial de incompatibilidad entre ambas profesiones conculca, a juicio de los recurrentes, lo establecido en los artículos 1.3, 6 y 8.1 de la Ley de Auditorías de 12 de julio de 1988 y 437.1 y 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, pues entienden que, en términos generales, son irreconciliables la actividad de asesoramiento que ejerce el abogado y la actividad de control desarrollada por el auditor, ya que si bien ambos profesionales deben ser independientes en el ejercicio de sus funciones, unos y otros están sometidos a normas o principios deontológicos diferentes, pues la abogacía no puede desviarse del fin supremo de la justicia y concreta la defensa jurídica en una obligación profesional, proyectada en el deber y el derecho de guardar el secreto que se contiene en el artículo 41.1, extendiéndose a hechos o documentos que afecten a su cliente de los que hubiera tenido noticia por el mismo en razón del ejercicio profesional, mientras el deber del secreto profesional que viene impuesto en el artículo 13 de la Ley para los auditores de cuentas se debilita al permitir en determinados supuestos el acceso amplio de documentos a una serie de sujetos a los efectos del ejercicio del control técnico, en atención a las características propias de la función o servicio que se presta a la empresa revisada y que no sólo afecta e interesa a ésta, sino también a terceros.

Desde luego, como razonan la Abogacía del Estado y el Consejo General de la Abogacía Española en sus escritos de contestación a la demanda de autos, la peculiaridad que al régimen general de incompatibilidad, establece el apartado tercero del mencionado artículo 22, respecto del abogado que realice actividad de cuentas para personas o entidades que no son sus clientes, o para aquellas personas o entidades que, aun cuando hubieran sido clientes suyos, no lo fueron en los tres años precedentes, no desnaturaliza y, por ende, en nada comprometen la independencia y el derecho-deber de guardar el secreto profesional que le imponen y aseguran tanto la Ley Orgánica del Poder Judicial como el propio Estatuto de la Abogacía.

En efecto, el inciso primero del apartado tercero del artículo 23, al señalar como específica incompatibilidad el ejercicio de ambas

profesiones, trata de preservar por razones jurídicas y morales la independencia y el secreto profesional del abogado, prohibiendo el desempeño simultáneo de las dos actividades en cuanto que su actuación, ciertamente, está sujeta no sólo a principios o normas de comportamiento distintos, sino también a ordenamientos diferentes; de lo que resulta que según la letra y espíritu del precepto mencionado no se altera ni por ende se modifica el régimen de incompatibilidad establecido, al quedar fuera de esta prohibición aquellas situaciones en que no pueden afectar a la independencia del abogado, que en vez de ejercer la abogacía realiza la auditoria de cuentas respecto de personas que no son clientes o respecto de aquellos que lo hubieran sido, cuando menos, en los tres años precedentes.

TERCERO. De la misma forma, resulta comprensible y razonable que queden fuera de esta prohibición general la prestación que se realice por personas jurídicas distintas y con Consejos de Administración diferentes; pues desde un punto de vista sustantivo y formal, sólo subvirtiendo la naturaleza o sustrato jurídico de estos sujetos de derecho, podríamos llegar a las conclusiones o deducciones que en torno al fraude de ley esgrimen los recurrentes frente a una excepción que, atendido el contexto de la Norma, además de ser innecesaria, siempre y en todo caso, sería a posteriori denunciabile a través de la técnica «del levantamiento del velo» de la persona jurídica a fin de penetrar en su interioridad y descubrir la real naturaleza de los intereses particulares que bajo ella pudieran existir, en el supuesto de que hipotéticamente se hubiera podido producir, a pesar del ropaje o vestimenta jurídica de la sociedad, constituida formalmente «por personas jurídicas distintas y con Consejos de Administración diferentes».

- **STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 13 de mayo de 1999 (RJ 1999\6148), FFJJ 2º y 4º:**

“SEGUNDO. Para la adecuada comprensión de cuanto luego habrá de decirse importa retener los siguientes hechos que la sentencia declara probados en el fundamento cuarto: «De lo actuado en el expediente administrativo se desprenden los siguientes hechos: Uno. Que por escrito de fecha 26 de octubre de 1987 (entrada Registro Colegio de Abogado de 2 de noviembre de 1987), doña Ana M^a P. del C. N. y doña M^a Elena R. M. denunciaron ante el Colegio de Abogados de Madrid la

actuación del letrado recurrente. Dos. Que esta última solicitó los servicios profesionales del señor L., finalizando su trabajo con la señora R. en 9 de marzo de 1983, pero que la asesoraba a la fecha del mes de julio de 1984. Tres. Que el señor L. testificó en los Autos 1086/1982 (ejecución de sentencia) a propuesta de la Procuradora doña Esther L. A., en nombre y representación de don Valentín A. H., esposo de la señora R. Cuatro. Que lo declarado por el señor L. y recogido en el correspondiente acta estaba relacionado con lo "asesorado" a doña Elena R. M. Quinto. Que desde la fecha de la denuncia (2 de noviembre de 1987) no recayó resolución hasta el 13 de julio de 1989; iniciándose diligencias informativas con fecha 23 de noviembre de 1987 (información precisa). El 22 de diciembre de 1987, se ratifican las denunciantes. El 21 de enero de 1988 el señor L. comparece y contesta. El 16 de febrero de 1988 responden las denunciantes. Por Acuerdo de la Junta de Gobierno de 26 de mayo de 1988 se acuerda la apertura del expediente disciplinario. Se formula el pliego de cargos el 26 de septiembre de 1988 presentándose el de descargos el 19 de octubre de 1988. Se formula propuesta de Resolución el 13 de marzo de 1989, recayendo la Resolución el 13 de julio de 1989. Sexto. Que en el escrito de fecha 11 de enero de 1988, el señor L., en relación con la denuncia citada, la califica de "estúpida, hortera y de un estilejo", en la que "en tan poco espacio no pueden lanzarse sandeces tan enormes...", obedeciendo algunos párrafos de tal denuncia "a una reacción histérico/menopáusica"».

“CUARTO. (...)Este Tribunal de Casación ha de partir y así lo hace aquí, de los hechos que la Sala de Instancia declara probados, entre ellos el de que «lo declarado por el señor L. y recogido en el correspondiente acta estaba relacionado con lo "asesorado" a doña Elena R. M.». Con lo que basta y sobra para tener que coincidir con la calificación de la organización colegial de que semejante conducta está dentro del tipo previsto en el artículo 41 del Estatuto General de la Abogacía española, en el que se establece el deber y el derecho de guardar secreto profesional, y la obligación y el derecho de no revelar ningún hecho ni dar a conocer ningún documento que afecte a su cliente, de los que hubiere tenido noticia en razón del ejercicio profesional.”

- **STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 10 de mayo de 1999 (RJ 1999\4799), FFJJ 1º y 5º:**

“PRIMERO. (...) En efecto, delimitados los hechos determinantes de la infracción y correlativa sanción en la presentación y aportación ante un Tribunal Penal de las cintas grabadas -sin su conocimiento y consiguiente autorización- de la reunión sostenida en el despacho profesional del Abogado señor R., en la que también estuvieron presentes sus respectivos clientes, querellante y querellado, y que al parecer no sólo fueron decisivas para la absolución de su cliente, señor A., por los delitos de falsedad en documento privado y estafa que se le imputaban por la acusación particular, sino que también motivaron que el Ministerio Fiscal ejercitara acción penal, por denuncia falsa, contra el denunciador de los hechos, señor T., en aquel proceso penal; sostiene la recurrente que no fue él quien presentó las cintas, sino su cliente a través suyo.”

“QUINTO. En el caso que enjuicamos, haciendo total abstracción de la posible intervención o conocimiento que pudo tener el Abogado sancionado en la desleal grabación de la conversación sostenida con un colega suyo, extremo en el que lógica y técnicamente no profundiza la sentencia impugnada, al reconocer las resoluciones sancionatorias que aquél estuvo al margen de la indigna maniobra realizada por su cliente con la aquiescencia y colaboración de unos detectives privados; lo cierto es que, al ser sabedor de la operación efectuada sin su consentimiento, tuvo que renunciar por razones de dignidad y decoro profesional a la defensa de su cliente, al quebrar por aquel comportamiento el deber de fidelidad exigible entre uno y otro.

El Abogado sancionado ni renunció a la defensa encomendada, ni comunicó a la Junta de gobierno de su Colegio la perturbación que por la temeraria actuación de su cliente sufrió -o pudo sufrir- en atención a aquel comportamiento desleal frente a su compañero profesional; pero, además, en el supuesto de no haberse sentido ofendido por el proceder de su patrocinado, lejos de actuar como un mero instrumento de su cliente, al aportar por orden o encargo de éste las cintas subrepticamente grabadas, debió renunciar a su derecho de defensa, encomendándolo a otro Letrado, o comunicar a la Junta de Gobierno la perturbación que sufría por el mantenimiento de su secreto profesional,

incompatible, a su entender, con el derecho de defensa que le encomendaron y que aquí infructuosamente esgrime como causa exoneradora de su responsabilidad disciplinaria.”

- **STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 17 de febrero de 1998 (RJ 1998\1633). FJ 2º:**

“El hecho de la actuación concreta sobre la que depuso consistiera en gestiones de confianza para tratar de llegar a una avenencia o acuerdo no obsta a que a dichas gestiones se extienda también el deber de secreto profesional, puesto que, fundado el mismo en la necesidad de salvaguardar la confianza del cliente en el abogado como única forma de hacer posible que éste disponga de la información necesaria para llevar a cabo su defensa con la eficacia que la Constitución --en el ámbito del proceso- considera nota característica del derecho a la tutela judicial, se pondría en grave riesgo esta finalidad si el deber de secreto pudiera entenderse restringido a las informaciones obtenidas por el abogado en actuaciones de carácter formal, encargadas con expresa indicación de su carácter profesional o específicamente retribuidas y no comprendiera aquellas que, al margen del proceso o de un encargo formal de actuación profesional, considere adecuado llevar a cabo por razones de confianza. (...)

Es cierto que la persona por cuenta de la cual se realizaron las gestiones manifestó en su declaración ante el Tribunal que éstas tuvieron un carácter de confianza y no profesional, afirmando que no recordaba si se había girado minuta por ellas. Sin embargo, esta afirmación no revela más que la duda del cliente sobre las circunstancias y los motivos de formalización del encargo realizado al abogado, y no es suficiente, como pone de relieve una apreciación de las demás pruebas existentes, para desvirtuar la conclusión de la Sala de primera instancia en el sentido de que el abogado actuó como tal en las gestiones sobre las que se produjo la controversia. Aun así, conviene dejar sentado que, aun cuando las gestiones se hubieran encargado o realizado fundándose prevalentemente en razones de confianza (y no de otro tipo, como la solvencia técnica o la especialización del abogado), y aun cuando las mismas no hubieran sido objeto de consideración específica a efectos retributivos, su indudable relación con la actividad conjunta del abogado en defensa de su cliente no permitiría considerarlas ajenas al ámbito

objetivo sobre el que se proyecta el secreto profesional, pues ni la preponderancia de los vínculos de confianza -la confidencia y la confianza recíproca son esenciales características y el fundamento de las relaciones del abogado con sus clientes, como dice en distintos lugares el Código Deontológico de la Abogacía Española- ni la ausencia de retribución por un acto específico -su concurrencia no es esencial para que su actuación pueda considerarse profesional, pues el derecho del abogado a una compensación económica puede revestir otras modalidades y no es irrenunciable- son suficientes para desvirtuar la naturaleza profesional de la función de defensa jurídica en que la abogacía consiste.”

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Cataluña

- **STSJ Cataluña, de 9 de julio de 2004 (JUR 2004\218760), FFJJ 2º y 3º.**

“SEGUNDO.- Una de las cuestiones resueltas en la sentencia apelada versa sobre la condición de interesado en el procedimiento seguido para resolver sobre la dispensa de secreto profesional solicitada por un Abogado. Defiende la parte apelante que esa condición le alcanza en la posición de tercero que puede resultar perjudicado, en función de que la resolución del procedimiento administrativo decida otorgar la dispensa solicitada, negando que, como se recoge en la sentencia "en los casos de dispensa de una obligación profesional, no puede entenderse que exista más interesado que él mismo". El secreto profesional es tanto un derecho a favor del Letrado, como un deber a favor del cliente y una posible dispensa alcanza a una multiplicidad de sujetos y el órgano administrativo está obligado a oír a todas las partes.

La sentencia apelada, tras referir la regulación de la obligación de secreto del abogado, indica que para los supuestos de colisión entre el deber de secreto profesional y el derecho de defensa, se permite la dispensa del secreto por el cliente o por el Colegio, de lo que deduce la existencia de un solo interesado, el Letrado, circunstancia confirmada por el hecho de que los Estatutos del Colegio sólo atribuyen

legitimación para impugnar los acuerdos a los colegiados, no siendo coherente entender exigible un derecho de audiencia de los clientes de los abogados. La dispensa ha de concederse o denegarse si se aprecia que concurren las circunstancias previstas en los preceptos citados, por lo que comprobada su concurrencia se debe dictar el acto oportuno sin que se haga necesaria la audiencia.

TERCERO.- En la resolución de la cuestión litigiosa planteada en el presente recurso habrá que atender, además de a las normas deontológicas que regulan el secreto profesional y su dispensa, recogidas en la sentencia apelada, al concepto de interesado en el procedimiento administrativo recogido en el artículo 31 de la LPAC.

Dispone ese artículo que tendrán la condición de interesado, además de quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos, los que, sin haberlo iniciado, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte y aquellos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva.

La normativa citada en la sentencia apelada, Normas Deontológicas de 1985, Código de la Abogacía Catalana de 1 de marzo de 2001, y Código Deontológico de la Abogacía Española de 30 de junio de 2000, recoge el secreto profesional como un derecho y un deber del abogado. Así en el artículo 39 del Código de la Abogacía Catalana se dispone que el secreto profesional es un derecho y un deber del abogado que limita el uso de la información confidencial recibida del cliente. El deber lo tiene el abogado frente al cliente, quién puede estar interesado en que no sea revelada ninguna actuación ni dado a conocer documento alguno obtenido por su abogado en el ejercicio de la profesión, salvo dispensa.

La resolución que se adopte por la Junta de Gobierno del Colegio de Abogados en el procedimiento administrativo seguido para resolver sobre la dispensa del deber de secreto de un colegiado puede alcanzar a su cliente, quien, en su caso, puede resultar perjudicado en su interés legítimo en mantener el secreto de la información confidencial obtenida por el abogado.

Constando en el expediente administrativo que antes de que se dictara resolución definitiva compareció en el procedimiento el apelado, cliente del abogado que pidió la dispensa de su deber de secreto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 31.1.c) de la LPAC, procedía reconocerle la posición de interesado en el mismo. El régimen de impugnación de los actos del Colegio y del Consejo no obsta ese reconocimiento ya que junto a los colegiados habrá que reconocer legitimación a los que tengan la consideración de interesado en el procedimiento, para cuya determinación habrá que estar a lo dispuesto en la LPAC.

Procede, pues, estimar el recurso de apelación contra la sentencia que ordena la retroacción del procedimiento administrativo, para reconocer al apelante la condición de interesado en el mismo, al que deberá dársele el trámite de audiencia en los términos recogidos en el artículo 84 de la LPAC, sin que las incidencias habidas en el proceso judicial en el que se pretendía hacer valer la dispensa del deber de secreto pueda condicionar la resolución a dictar en este recurso.”

Comunidad Valenciana

- **STSJ Comunidad Valenciana, de 27 de abril de 2001 (RJCA 2001\1557), FFJJ 2º y 4º.**

“SEGUNDO. Como hechos más significativos derivados del expediente administrativo y de la prueba documental practicada en este proceso merecen destacarse:

El 10 de junio de 1994 el Letrado don Jaime A. N. denunció al recurrente al Colegio de Abogados de Castellón por la presentación de una cinta magnetofónica como prueba en el juicio ejecutivo núm. 32/1994, interpuesto ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Vinaros por don Laureano B. R. contra don Mateo L. R.

El motivo de la denuncia fue que la referida cinta había sido grabada el 5-5-1994 durante una entrevista relativa al citado proceso en el despacho del Letrado denunciante, sin su conocimiento, por don Mateo L. R., cliente del actor, en una conversación mantenida por el denunciante, don Mateo L. y por su asesor don José Luis B. V. La citada grabación fue al día siguiente presentada por el Letrado don Emilio B.

como prueba en la oposición al procedimiento ejecutivo, solicitando incluso la declaración testifical del Letrado señor A. sobre el contenido de la cinta magnetofónica.

El Colegio de Abogados de Castellón abrió diligencias informativas el 5 de julio de 1994 contra el actor y, tras diversas diligencias, se procedió a incoar el 17-8-1994 expediente disciplinario núm. 6/1994, formulándose pliego de cargos el 18-10-1994, propuesta de resolución sancionadora el 4-1-1995 y resoluciones de 21 de marzo y 23 de mayo de 1995 por las que se sancionó al recurrente con una suspensión de tres meses en el ejercicio de la abogacía.

Presentado recurso ordinario, el Consejo General de la Abogacía Española resolvió el 20-3-1997 su desestimación, confirmando la resolución colegial sancionadora.

En el presente recurso el actor impugna la actuación administrativa por considerar que existe incompetencia jurisdiccional, por haber ceñido su conducta a los deberes profesionales de defensa de su cliente, por falta de infracción y por defecto de tipicidad y culpabilidad.

[...]

CUARTO. Conviene determinar que esta Sala debe revisar una actuación disciplinaria colegial, pero para ello no cabe entrar, como pretende indebidamente la demanda, en la situación jurídica del cliente del Letrado señor B. ni en el planteamiento procesal global llevado a cabo en defensa del mismo, pues tal pretensión excede del objeto de este proceso y nos aparta de los fines esenciales que deben presidir la tarea revisora de este Tribunal.

Así, convendrá determinar si la conducta del recurrente, consistente en la presentación en un juicio de una prueba consistente en una grabación magnetofónica de una conversación mantenida por su cliente con el Letrado de la parte contraria, sin su conocimiento o autorización, es susceptible de ser corregida disciplinariamente y si existe base legal para ello.

Procederá, pues, examinar el ordenamiento jurídico aplicable al supuesto de autos:

–La Ley de Colegios Profesionales de 13 de febrero de 1974, modificada el 26 de diciembre de 1978, permite a los respectivos Colegios profesionales el desarrollo reglamentario de las limitaciones deontológicas del ejercicio profesional de los colegiados.

–El art. 437.2 Ley Orgánica del Poder Judicial obliga a los Abogados a guardar secreto de los hechos que conozcan por razón de su actuación profesional.

–El art. 39 del Estatuto General de la Abogacía Española (RD 2090/1982, de 24 de julio) establece el deber de defender en derecho los intereses que le sean confiados, debiendo ajustar la defensa jurídica a las normas deontológicas.

–El art. 41 de dicho Estatuto regula el deber de guardar secreto profesional, y en el 42 la limitación de las normas de la moral y deontológicas.

–El Código Deontológico de la Abogacía Española de 1-12-1989 dispone en su art. 2 el deber de guardar secreto profesional, tanto de las confidencias del cliente como las del adversario y las del compañero, en aquellos hechos que se hayan conocido por razón de su actuación profesional.

En consecuencia, resultará patente que todo abogado se encuentra obligado en su cometido profesional a observar determinadas reglas deontológicas consustanciales a su profesión y, entre ellas, a guardar secreto profesional de aquellas noticias o hecho conocidos en el ejercicio profesional, máxime si implican a otro Letrado y son utilizadas para obtener una ventaja procesal.

Pues bien, los hechos descritos anteriormente, reconocidos por el propio demandante, son constitutivos de una falta grave del art. 114.a) del Estatuto de la Abogacía, en relación con el art. 107 del mismo texto normativo, habida cuenta que la infracción de la obligación del secreto profesional constituye una falta grave, lo que debe acarrear la responsabilidad disciplinaria prevista en el art. 116.2 del citado Estatuto, es decir, una sanción de suspensión en el ejercicio profesional de hasta tres meses, tal como ha ocurrido en el presente supuesto.

Por todo ello, procederá desestimar el recurso contencioso-administrativo.”

Madrid

- **STSJ Madrid de 29 de diciembre de 2000 (JUR 2001\113287), FFJJ 3º y 4º.**

“TERCERO. El Acuerdo del Consejo General de la Abogacía Española de 23.10.1997 que aquí se recurre considera, en primer lugar, que la presentación por la letrada de la carta de su cliente de 27.7.1993 ante el juzgado de Instrucción incorporándola a las Diligencias Previas 96/1994, ya citadas, vulnera la normativa contenida en el apartado 2 del Código Deontológico, sobre el Secreto Profesional, y el artículo 41 del E. G. A., puesto que en dicha carta además de reflejar la oposición a la minuta presentada constan determinados datos que podrían ser calificados de confidenciales al tratarse de la cuantía del patrimonio conyugal siendo de cierta relevancia porque se acababa de dictar la sentencia de separación matrimonial de 22 de dichos mes y año.

En segundo lugar entiende dicho Acuerdo que la retención de documentos –notas informativas, resúmenes y comentarios– remitidos a la letrada por el cliente y respecto de los que se amplió la denuncia y que no fueron objeto de devolución a aquél ante el Diputado de la Junta de Gobierno del Colegio, constituye infracción del artículo 53 del E.G.A.

En tercer lugar valora como no correcta la conducta de la letrada al preconstituir una prueba testifical en un momento en que no había finalizado la relación con su cliente, siendo vulneradora del principio de dignidad (apartado 1.2 del Código Deontológico), y considerando que la alegación de necesitar actuar así para defenderse de su cliente no podía acogerse porque este método es claramente contrario a la ética de la profesión que siempre debe prevalecer por encima de intereses particulares.

Este triple comportamiento lo califica el Consejo como integrador de una falta grave prevista en el artículo 114.a), sancionándola conforme al artículo 116.2 del E. G. A. con quince días de suspensión.

CUARTO. Del examen de las actuaciones contenidas en el expediente administrativo esta Sección entiende que la conducta de la letrada recurrente fue correctamente calificada por el Consejo General de la Abogacía Española como constitutiva de una falta grave por incumplimiento de las normas a las que debe ajustarse el ejercicio profesional de la Abogacía contenidas en el E. G. A. en relación con el Código Deontológico.

En efecto, en cuanto a la aportación de la carta de 27.7.1993 debe afirmarse que en ella no sólo se contienen opiniones del cliente sobre los honorarios profesionales de la letrada sino también datos relativos a la valoración del patrimonio conyugal, que son de carácter privado y que no era necesario revelar en el procedimiento incoado por presuntas coacciones.

El apartado 1.5 del Código Deontológico señala que la confidencia y la confianza son características esenciales de las relaciones del Abogado con sus clientes, colegas y Tribunales, que imponen el derecho y el deber del secreto profesional, que habrá de guardar de todos los hechos y noticias de que conozca por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional y no pudiendo ser obligado a declarar sobre ellos.

El apartado 2.1 del mismo Código reitera el carácter de deber y derecho fundamental de la profesión, y precisa que "permanecen incluso después de haber cesado la prestación de sus servicios".

Los artículos 437.2 de la LOPJ y 41 y 53 del E. G. A. consagran también la obligación de guardar secreto profesional.

La expresión del verbo en forma condicional "podría" utilizada en la resolución recurrida si bien no parece muy apropiada, la realidad es que no deja lugar a duda de que el Consejo General entiende que la conducta de la Letrada conculca la obligación de guardar el secreto profesional.

En cuanto a la alegación de aplicación retroactiva del Código Deontológico debe señalarse que la aprobación por la Asamblea de Decanos en 30 de junio de 1995 se refiere sólo a una modificación pero no al texto íntegro que data de 29 de mayo de 1987, siendo por tanto anterior a los hechos que aquí se enjuician.

Por lo que se refiere a la retención de documentos hay que señalar que son aquellos que se relacionan –seis– por el cliente a continuación del documento fechado el 12.4.1994 redactado por la letrada y referido a la entrega documental ante el Diputado del Colegio de Guardia. La letrada antes de su firma al pie hizo constar la expresión "no conforme", pero la realidad es que en el escrito que presentó ante la Comisión de Deontología Profesional el 6.9.1994 reconoce que no se devolvieron y califica tales documentos de cartas personales y notas orientadoras del problema legal, y añade que "son de fundamental importancia para la defensa de mis intereses". La razón alegada de servir de prueba para su defensa y para la reclamación judicial de honorarios parece una mera excusa sin justificación alguna pues de lo actuado en el recurso no hay datos que acrediten la interposición de ningún procedimiento posteriormente.

El Código Deontológico es claro en este sentido al señalar en el apartado 6.9 que el Abogado no podrá retener documentos que le hayan sido facilitados por el cliente, bajo pretexto de tener pendiente cobro de honorarios.

En todo caso debe también ponerse de relieve que la letrada no sometió al dictamen de la Comisión de Honorarios la minuta proforma hasta el 26.6.1994, cuando pudo hacerlo anteriormente tan pronto como el cliente le mostró su disconformidad con los honorarios exigidos.

En cuanto a la preconstitución de la prueba testifical es claro que la cita del día 19.1.1994 con el cliente en una cafetería fue preparada por la letrada convocando a tres amigos suyos que se situaron en una mesa próxima a la de aquéllos para que luego le sirvieran de testigos en las diligencias penales que promovió presentando en la misma fecha la denuncia ante el Juzgado de Guardia. Ello es evidente que constituye una infracción de la exigencia de dignidad de la profesión –apartado 1.2 del Código Deontológico–.

Como consecuencia de lo expuesto, resulta procedente la desestimación del recurso.”

- **STSJ Madrid de 21 de julio de 2000 (JUR 2001\57712), FFJJ 4º y 5º.**

“Una vez examinados aquellos preceptos en los que se basó el Colegio de Abogados para imponer la sanción de apercibimiento por escrito, es del parecer de esta Sección que la conducta del Letrado consistente en aportar con la demanda un borrador o proyecto de acuerdo extrajudicial vulnera lo dispuesto en el apartado 2 del Código Deontológico en cuanto que ha aportado a los autos una comunicación recibida del Abogado de la otra parte con motivo de un asunto profesional, sin expresa autorización.

Por ello procede confirmar la resolución recurrida por ser ajustada a Derecho.

QUINTO. -En relación a la resolución que impuso al Letrado recurrente la sanción de suspensión del ejercicio de la Abogacía por un mes, por infracción calificada como grave, se observa una vez examinados los datos del expediente, así como de las resoluciones tanto de la Junta de Gobierno como del Colegio de Abogados, como la posterior confirmatoria del Consejo General de la Abogacía Española, que se impuso la sanción por volver a aportar a los mismos autos el citado borrador o proyecto transaccional y poner en conocimiento del juez, los documentos relativos a la información previa que se le había abierto con anterioridad por el Colegio de abogados de Madrid.

Al respecto, si el Abogado recurrente vulneró el deber de secreto profesional por poner en conocimiento del juez un documento confidencial, no puede sancionársele nuevamente por presentar el borrador citado por segunda vez en el mismo procedimiento en cuanto que ello es una vulneración del principio "non bis in ideen", ya que se le ha castigado dos veces por el mismo hecho.

Por otro lado el que el recurrente haya aportado con la contestación a la reconvencción documentos relativos a la información previa que dio lugar a la primera sanción, no supone vulneración del deber de secreto, en cuanto que no se refiere a un "asunto profesional" como exige el Código Deontológico.

En conclusión procede anular la segunda sanción que suspendió un mes en el ejercicio profesional.”

- **STSJ Madrid de 12 de mayo de 1999 (RJCA 1999\2198), FJ 7º.**

“El Acuerdo sancionador considera que los hechos probados imputados al Letrado demandante, constituyen una infracción del deber de secreto profesional contenido en los puntos 1.5, 2.1 y 2.2 del Código Deontológico de la Abogacía Española en relación con el art. 41 del Estatuto General de la Abogacía y con el art. 438 de la LOPJ, vulnerándose también el punto 5.1 del citado Código.

La doctrina configura el secreto profesional como un deber que opera como un límite a la libertad de expresión y al derecho a informar. Supone la obligación de guardar silencio sobre los secretos conocidos en el ejercicio de la profesión y se funda en la doble consideración de garantizar el derecho a la intimidad y de defender institucionalmente una profesión de interés social que se apoya sobre una relación de confianza.

El punto 2.7 del mencionado Código dispensa al Abogado de guardar el secreto profesional, con la previa autorización del Decano, en el caso de que fuera relevado del mismo por el propio cliente, o sus herederos.

La resolución impugnada admite que en el caso examinado existió la dispensa decanal del secreto profesional, y en cuanto a la relevación por los clientes del Letrado constan en el expediente sendas cartas de don Mario C. C. y de don Juan Alberto P. P., a los folios 77 y 79, las cuales no dejan lugar a duda alguna sobre la voluntad de dichos clientes de exonerar al Letrado del deber en cuestión.

Es también cierto que el carácter de reservados o secretos de los hechos sobre los que recayeron las manifestaciones del Letrado sancionado había dejado de existir desde el momento en que el mismo día 19 de septiembre de 1995 dos diarios y un semanario de ámbito nacional divulgaban ampliamente intervenciones atribuidas a dicho Letrado como defensor de los referidos clientes, por lo que desaparecido el secreto en sentido amplio, con independencia de que la divulgación acertara o errara en cuestiones concretas de las que se informaba en tales medios de comunicación, no parece que debiera el Letrado continuar observando la obligación de guardar el secreto profesional.

En consecuencia con lo expuesto, entiende este Tribunal que los hechos imputados no constituyen infracción del deber de guardar secreto profesional y resulta procedente estimar el recurso declarando la anulación del acuerdo impugnado.”

AUDIENCIAS PROVINCIALES

Alicante

- **SAP Alicante de 19 de junio de 2002 (JUR 2002\202738), FJ 2.**

“SEGUNDO. En segundo lugar se impugna la desestimación de la reconvencción. El recurrente entiende que ha existido infracción del deber de “guardar secreto profesional” que incumbe a todo Letrado en el ejercicio de sus funciones y violación del derecho fundamental a la intimidad. Esta Sala entiende que en la actuación del Letrado reconvenido no cabe apreciar ni la infracción del primero de los deberes alegados, ni la vulneración del derecho citado en segundo lugar. Desde el momento en que el demandado-reconviniente facilitó al Letrado que entonces ejercía su defensa la documentación pertinente para poder llevar a cabo la misma, carece de sentido alegar violación del derecho de secreto profesional, pues ha de entenderse que éste queda infringido cuando se facilitan a terceros datos privados del defendido, pero no cuando dichos datos, recordemos expresamente facilitados al Letrado por su cliente, son proporcionados con la exclusiva finalidad de practicar su defensa, ya que de no ser esa la finalidad no se puede entender por qué motivo el cliente facilitó tal información a su Letrado.”

Barcelona

- **Auto de la AP de Barcelona de 20 de abril de 2005 (JUR 2005\172301), FJ 2º.**

“SEGUNDO. El recurso debe ser acogido. El requerimiento que se prevé en el art. 591 LEC no permite infringir los contenidos del secreto profesional, que con fundamento en el art. 542.3 LOPJ actúan como límite a la labor de investigación del tribunal, y tal y como señala el apelante no puede sino considerarse que la información acerca del domicilio, medios económicos del ejecutado, y forma y entidad bancaria

en la que se realizan los pagos por los gastos del proceso, son datos de los que conoce el abogado, por razón de su actividad profesional”.

- **SAP Barcelona de 29 de mayo de 2003⁶⁵⁵, FJ 2º:**

“Tampoco podemos considerar que el letrado haya infringido el secreto profesional a cuyo mantenimiento viene obligado, primero, porque la presentación de esta cinta lo ha sido con el evidente consentimiento de su cliente y, segundo, porque no se trata de conversaciones entre letrados, en cuyo caso sí debería existir un secreto *ya que estas estrictas actuaciones entre dichos profesionales no pueden ser utilizadas como pruebas válidas*”⁶⁵⁶.

Islas Baleares

- **SAP de Islas Baleares, de 12 de junio de 2000 (AC 2000\2473), FJ 3º.**

“En este sentido, ha de partirse forzosamente de la consideración de que el referido testigo en modo alguno resultaba facultado para, legítimamente, abstenerse de contestar a lo que se le preguntaba so color del secreto profesional, ya que en nuestro ordenamiento jurídico la protección de éste se circunscribe exclusivamente a aquello que pueda afectar a la intimidad y vida privada de las personas, pero no cuando se refiera a cualquier otro tipo de facetas y actividades, como por ejemplo las comerciales y económicas, y menos aún si, como ocurre en el presente caso, lo que se pretende ocultar son actuaciones realizadas por el profesional, no con el cliente, sino con terceros. Así, declara el Auto del Tribunal Constitucional de 11 de diciembre de 1989 (RTC 1989\600) que «el secreto profesional, en cuanto justifica, por razón de una actividad, la sustracción al conocimiento ajeno de datos o informaciones obtenidas que conciernen a la vida privada de las personas, está estrechamente relacionado con el derecho a la intimidad que el art. 18.1 CE garantiza, en su doble dimensión personal y familiar, como objeto de un derecho fundamental. En tales casos, la observancia del secreto profesional puede ser garantía para la privacidad, y el

⁶⁵⁵ Sentencia publicada en la Revista Jurídica de Catalunya, IV, 2003, páginas 1115 a 1120.

⁶⁵⁶ La cursiva es nuestra.

respeto a la intimidad, una justificación reforzada para la oponibilidad del secreto, de modo que se proteja con éste no sólo un ámbito de reserva y sigilo en el ejercicio de una actividad profesional que, por su propia naturaleza o proyección social se estime merecedora de tutela, sino que se preserve, también, frente a intromisiones ajenas, la esfera de la personalidad que el art. 18.1 CE garantiza».

Así las cosas, ha de tomarse entonces como cierto, por una parte, que durante los meses de junio y julio de 1999 don Javier C. era letrado asesor de la demandada y, por otra, que en dicha época el mismo mantuvo contactos con abogados de la actora sobre la deuda litigiosa; en cuanto a lo primero porque, de no haber sido así, no tendría ningún sentido haberse acogido el testigo al secreto profesional, dado que nada podía entonces mantener reservado respecto de lo que se le preguntaba; y en cuanto a lo otro, por razón de que el recurso al secreto profesional en ningún caso puede conllevar la aplicación de un efecto jurídico que represente cualquier perjuicio para terceros, y mucho menos aún en los casos en que la invocación del mismo no resulte legítima, lo que obliga por fuerza a presumir entonces la realidad de los hechos que, a causa de ello, no han podido ser acreditados a través de la prueba testifical, y máxime cuando los mismos no tienen más relevancia en el pleito que la de fijar la sola circunstancia de no haberse producido la prescripción de la acción ejercitada.”

Las Palmas

- **SAP Las Palmas (Sala de lo Penal), de 12 de noviembre de 2001 (ARP 2001\881)**. Dicha Sentencia estudia la aportación por parte del abogado, a petición de la Fiscalía, de una documentación amparada por el secreto profesional, existiendo manifestación de voluntad en contra llevada a cabo por el cliente, quien había declarado ante los medios de comunicación que la existencia de un sello del Ayuntamiento en un pagaré fue un error del abogado, o bien dicho sello se había insertado de forma intencionada. El abogado formuló denuncia contra su propio cliente, y la Fiscalía le requirió la aportación de diversa documentación, requerimiento atendido por el Letrado. Por su importancia, transcribimos los **FFJJ 3º a 7º**:

“**TERCERO**. La cuestión que se plantea es determinar si la entrega de la documentación aportada por el Letrado a la Fiscalía y al Juzgado y que

el abogado había recibido de su cliente señor D. y, por tanto, su contenido estaba protegido por la obligación de guardar secreto profesional, se ha realizado o no vulnerando el derecho de defensa, pues es un hecho que a consecuencia de la denuncia y posterior entrega de documentación, el cliente ha acabado en el banquillo y hoy es enjuiciado y acusado de un delito de cohecho por el que el Ministerio Fiscal interesa se le imponga una pena de 3 años de prisión menor, accesorias legales y multa de 140.000.000 de ptas., con arresto sustitutorio de seis meses en caso de impago.

CUARTO. En general, el secreto profesional está íntimamente relacionado tanto con el derecho a la intimidad que el art. 18.1 de la Constitución garantiza en su doble vertiente personal y familiar, como con el derecho de defensa y el de tutela judicial efectiva consagrados en el art. 24 de la Constitución. El secreto profesional es bastión de la independencia de los abogados y les exime tanto de la obligación de denunciar los hechos de que conozcan como consecuencia de las explicaciones de sus clientes (art. 263 de la LECrim) como de testificar sobre aquellos hechos que el imputado haya confiado a su Letrado en calidad de defensor (art. 416.2º de la LECrim). Sólo así el cliente puede hablar con libertad y con confianza con su abogado, contándole, narrándole todos los hechos, sean o no delictivos, de tal forma que el abogado con todos los datos en la mano, pueda plantear de la forma más conveniente la estrategia procesal que crea más conveniente para la defensa de su cliente. Si el cliente no pudiera facilitar a su abogado toda la información de que dispone, ni poner en su conocimiento todos los hechos por temor a que alguno de ellos pudiera ser utilizado en su contra, creemos que no se ejercería el derecho de defensa con la extensión, profundidad y plenitud que desea el legislador constitucional cuando dice en el art. 24 que «todos tienen derecho... a la defensa». En parecidos términos, «secreto profesional» –fundamento de derecho de defensa– se pronuncia la STS de la Sala 3ª de 17 de febrero de 1998 (RJ 1998, 1633) . Tan es así, que en el Código Deontológico Europeo, asumido íntegramente, como no podía ser de otra forma por el Consejo General de la Abogacía Española, después de constatar que «el Abogado es depositario, en razón de su misión, de secretos de su cliente y destinatario de comunicaciones confidenciales», plasma magistralmente la anterior reflexión con el siguiente aserto que nos parece trascendental: «Sin garantía de confidencialidad no puede haber

confianza, de forma que el secreto profesional es considerado como el derecho y la obligación fundamental y primordial del Abogado para añadir a continuación que “El Abogado debe respetar el secreto de cualquier información confidencial de la que tenga conocimiento en el marco de su actividad profesional” (art. 2.3 del Código Deontológico Europeo aprobado por el «Conseil Consultatif des Barreaux Européens» –CCBE–, máximo órgano representativo de la Abogacía ante las instituciones de la Unión Europea, en la sesión plenaria celebrada en Lyon el 28 de noviembre de 1998). Se considera el secreto profesional una garantía mínima exigible para posibilitar el derecho de defensa de una forma efectiva. En el preámbulo de este Código Deontológico aprobado por el Consejo de Colegios de Abogados de Europa se dice que “el secreto profesional y la confidencialidad son deberes y a la vez derechos del Abogado que no constituyen sino concreción de los derechos fundamentales que el ordenamiento jurídico reconoce a sus propios clientes y a la defensa como mecanismo esencial del Estado de Derecho”». En este sentido el art. 437.2 de nuestra LOPJ advierte que «Los Abogados deberán guardar secreto de todos los hechos o noticias de que conozcan por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, no pudiendo ser obligados a declarar sobre los mismos» y a su vez, como el secreto profesional está fuertemente relacionado con los criterios éticos de la abogacía, también se ocupa del mismo ampliamente el Código Deontológico aprobado por el Pleno del Consejo General de la Abogacía Española de 30 de junio de 2000 en sus ocho puntos del art. 5 y, concretamente, en el art. 5.8 establece que «El secreto profesional es un derecho y deber primordial de la Abogacía. En los casos excepcionales de suma gravedad en los que la obligada preservación del secreto profesional pudiera causar perjuicios irreparables o flagrantes injusticias, el Decano del Colegio aconsejará al Abogado con la finalidad exclusiva de orientar y, si fuera posible, determinar medios o procedimientos alternativos de solución del problema planteado ponderando los bienes jurídicos en conflicto. Ello no afecta a la libertad del cliente, no sujeto al secreto profesional, pero cuyo consentimiento no excusa al Abogado de la preservación del mismo». También el art. 42.1 del Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española impone como «obligaciones al abogado para con la parte por él defendida, además de las que se deriven de sus relaciones contractuales, el cumplimiento de la misión de defensa que le sea

encomendada con el máximo celo y diligencia y guardando el secreto profesional».

QUINTO. Se ha razonado la importancia que para el derecho de defensa tiene la obligación de guardar silencio sobre todo aquello que el abogado conozca a través de su cliente y se han citado diversas normas que protegen el secreto profesional. Pues bien, si aplicamos tales normas al caso concreto –art. 437.2 LOPJ, normas deontológicas y art. 24 de la Constitución– llegamos a la conclusión, sin duda alguna para los miembros de esta Sala, que el Abogado don Marcial H. C. ha vulnerado el secreto profesional a que estaba obligado violentando el derecho fundamental a la defensa de su cliente señor N. y, por tanto, «ex» art. 11.1 de la LOPJ deben considerarse sin efecto las pruebas así obtenidas que no pueden ser valoradas ni tenidas en cuenta.

SEXTO. Partamos de las siguientes premisas que nos conducen a la indicada conclusión: una, las actuaciones se incoan como consecuencia de la denuncia del señor Letrado; dos, los documentos entregados habían sido recibidos de su cliente; tres, estaban protegidos por el secreto profesional y su entrega era incompatible con el derecho de defensa y cuatro, es prueba relevante para el resultado del proceso. Como consta en el procedimiento (folio 325) y se volvió a alegar en el acto de la vista por las defensas «resulta incuestionable que en su origen la “notitia criminis” iniciadora de las diligencias informativas “ex” art. 785 bis LECrim que se sustanciaron por la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Canarias y ulterior denuncia del Ministerio Público traen causa de escrito presentado por el predicho compañero ante aquella autoridad a 7 de octubre de 1996».

Que la documentación aportada la había recibido de su cliente resulta acreditado por la propia manifestación en el acto de la vista oral por el abogado don Marcial Francisco H. C. cuando dice que «La documentación que aportó a Fiscalía y al Juzgado, la obtuvo del señor N. y los fax obrantes a los folios 120 a 160 eran los de la relación mantenida».

También nos parece indiscutible e indiscutido que la entrega de los documentos al abogado que más tarde éste entregó en Fiscalía y otros en el Juzgado estaba amparada por la obligación de sigilo que vincula a todo Letrado. Item más, el propio Letrado era consciente de ello desde el primer día en que formuló la denuncia como lo acredita el punto

cuarto de su escrito de denuncia que textualmente dice así: «Ante la imposibilidad de aportar la documentación correspondiente obrante en mi despacho que sirve de soporte al referido pagaré –y que acreditaría sin género de dudas que este Letrado es ajeno a cualquier manipulación en el citado documento público–, por cuanto el cliente me exige mantener el secreto profesional a pesar de que su presentación no causaría perjuicio alguno, con lo que curiosamente se produce la extraña circunstancia de que este Letrado es acusado públicamente de falsificación de documento mercantil, al tiempo que no tiene posibilidad de defenderse de tal acusación, en virtud del consagrado principio del secreto profesional, al que venimos obligados en el ejercicio de nuestra profesión» y sobre todo, el inicio del punto quinto también de su denuncia: «No obstante lo anterior, esta parte sabe de su obligación de respetar el secreto profesional...».

A pesar de ello, sin que conste autorización alguna de su cliente, sino al contrario su expresa oposición (al folio 68 el abogado manifiesta que pidió a su cliente que reconociera que el cheque se lo entregó, con el sello del Ayuntamiento de Teguiise, tal cual posteriormente fue aportado al Juzgado de Primera Instancia al interponer la demanda y que no había realizado manipulación alguna, y el cliente no se avino –ciertamente por razones que se nos escapan– a tal reconocimiento), sin embargo a requerimiento de la autoridad fiscal y judicial se entrega, no obstante, una serie de documentos que desbordan la pretendida justificación de autodefensa esgrimida por el propio abogado.

SEPTIMO. Cabe plantearse si el hecho de que el Abogado no haya aportado por su propia iniciativa documento alguno, sino que siempre lo ha sido a requerimiento del Fiscal o del Juez, convierte en lícita tal conducta y en permitida tal prueba. No se olvide, y se insiste por resultar fundamental, que como consecuencia de tal aportación de documentos que había recibido de su cliente, se ha abierto juicio oral contra el propio cliente y contra otro y que aquí son objeto de enjuiciamiento. Es decir, la cuestión es si puede el Juez o Fiscal o, en su caso, la Junta de Gobierno del Colegio de Abogados, dispensar de la obligación de guardar secreto que incumbe a abogados, eclesiásticos, médicos, etc. y hasta barberos a principios del siglo XIX, sobre los hechos que conozcan por razón de su cargo. En principio, y en el caso del abogado, a diferencia del resto de los profesionales sobre los que

pesa igual obligación de reserva, cuando el cliente del letrado está imputado en un procedimiento penal, lo que está en juego no es sólo la intimidad del mismo, sino algo más, otro derecho fundamental, el de defensa, como se ha dicho y, en segundo lugar, para tratar de contestar al interrogante planteado, desde luego no pocos problemas suscita el vacío legal al no estar desarrollada legislativamente la previsión que se contiene en el segundo párrafo del artículo 24.2 de la Constitución. De momento, el único norte, la única norma que nos brinda un criterio es el citado Código Deontológico aprobado por el Pleno del Consejo General de la Abogacía Española de 30 de junio de 2000, en su art. 5.8, el cual parte de casos de suma gravedad que la obligada preservación del secreto pudiera causar «perjuicios irreparables o flagrantes injusticias» y, aun así, a lo más que llega no es a levantar la obligación de secreto, sino a pedir orientación al Decano del Colegio y, si fuera posible, buscar otras alternativas para solucionar el problema planteado ponderando los bienes jurídicos en conflicto. He ahí la clave y, desde luego, ponderando la naturaleza y entidad del deber de guardar secreto profesional, por un lado, y la necesidad de autodefensa del abogado, por otro, que ha visto cómo un político ante los medios de comunicación ha dicho que ha falsificado un cheque poniéndole un sello del Ayuntamiento, y ante la evidencia de que no nos encontramos ni ante un perjuicio irreparable ni ante una flagrante injusticia, se colige de todo ello que no ha existido proporcionalidad entre la obligación que se infringe y el perjuicio personal que se trata de evitar por lo que debe prevalecer, sin duda, la obligación de secreto profesional y no entregar documentación que indiciariamente (pues en esta resolución no entraremos en el fondo del asunto) es constitutiva de un delito, entre otros, de un delito de cohecho no sólo imputable al señor M. M., sino también a su cliente del que recibió tal documentación. El hecho de que no obre en autos la dispensa que le otorgó el Colegio de Abogados del que él era Decano, nos impide examinar en qué términos se concedió, pero lo que sí obra en autos son los requerimientos tanto fiscal como judicial y tras su examen se estima que son demasiado genéricos, lo que se expresa con profundo y sincero respeto a las autoridades autoras de tales requerimientos. Lo que se quiere decir es que, si la documentación que se requiere no puede ser entregada sin faltar a la obligación de secreto profesional, y de eso no parece haber duda alguna, pues el propio abogado así lo manifestó tanto a requerimiento del Fiscal («dándose por enterado dice que al afectar al secreto profesional la entrega de la documentación, solicitará la

exoneración del órgano competente, en este caso, del Colegio de Abogados») como al del Juez (al estar los fax originales, cuya entrega se le requiere «sometidos al secreto profesional, ruego se me indique si se refiere al fax inicial dando instrucciones, o a todos los relativos al meritado procedimiento»), el requerimiento no puede hacerse «in genere», ni para que aporte toda la documentación que acredite los hechos, ni para que aporte todos los fax que su cliente don D. N. le envió con las instrucciones para plantear el procedimiento ejecutivo, y mucho menos el abogado debe entregar «toda» la documentación, pues en tal caso puede ocurrir, como efectivamente así ha ocurrido, que lo que inicialmente se alegaba como defensa del honor, crédito, prestigio del abogado se relega a un segundo plano, saliendo a relucir, permítasenos la expresión, hechos que nada tienen que ver con lo que inicialmente se alega como justificativo de la formulación de la denuncia. Así, los documentos obrantes a los folios 12 ó 15 o los fax obrantes a los folios 120 a 160 de las actuaciones. Se debiera haber actuado con más meticulosidad requiriendo motivadamente, lo que no se ha hecho, documentos determinados, concretos, específicos y por una razón concreta. De todas formas, en el presente y puntual caso, en el que el cliente consta imputado, ni esa meticulosidad hubiera compensado el quebranto que para el derecho de defensa ha supuesto la entrega de la repetida documentación a que se refiere el primero de los hechos declarados probados de la presente resolución. El señor Abogado alega en su denuncia: «... ante la manifiesta indefensión originada...», indefensión que no es compartida por la Sala, pues podría haber formulado una querrela criminal por el delito de calumnia contra la persona que le está imputando falsamente la comisión de un delito, sin que tenga el hipotético querellante, como por su profesión conoce, que demostrar que no fue él quien estampó el sello, en lugar de actuar como lo ha hecho. Por último, lo entregado es relevante, tan relevante que sin tales documentos, contratos, recibos, cheques, fotocopias, si prescindimos de tal prueba documental, los delitos imputados tanto al señor Dimas M. de malversación, prevaricación, cohecho y falsificación, así como el delito de cohecho imputado al señor D., se esfuman, desaparecen por falta de prueba.”

Segovia

- **SAP Segovia de 24 de febrero de 2000 (AC 2001\180), FJ 4º.**

“CUARTO. (...)Pero las primeras restricciones en orden a los posibles efectos que pueda derivarse de tal normativa vienen dadas, por el hecho fundamental y relevante de que ninguno de los demandados ha sido Letrado del actor (entre otras circunstancias porque varios de los demandados carecen de esta condición o ejercicio, en especial las personas jurídicas); (...) Pero además para quebrantar el secreto profesional, se exige haber comunicado el contenido de alguna confidencia adquirida en el ejercicio de la profesión; y ni en la demanda, ni en el resultado de la práctica probatoria existe constancia de ello; desconocemos cuál ha sido el contenido adquirido por el ejercicio de la profesión, que ha trascendido a terceros; si acaso la cuantía reclamada por responsabilidad civil; el resto resulta casi notorio por la cantidad de personas, letrados o no, a quien el señor E. expuso su idea de interponer querrela, entre otros al Procurador que inicialmente pretendía le representase y después tras éste excusarse, le instó a facilitarle el nombre de otro compañero a tales fines, amén de servirle de intermediario para hablar con el doctor P. cuando pergeñaba el contenido de la querrela; pero ello es elemento necesario que debe ser transmitido a quienes de alguna forma deben responder del pago o a quienes debían asumir la defensa de los intereses del doctor P.; con independencia de que difícilmente pueda entenderse que tal dato integra confidencia alguna, pues por esencia debe resultar exteriorizado para posibilitar su efectividad.”

Pontevedra

- **SAP Pontevedra de 9 de marzo de 2012 (JUR 2012\166114), FJ 3º.**

“En el art. 283-3 LEC se señala que nunca se admitirá como prueba cualquier actividad prohibida por la ley, lo que, en el supuesto examinado, hay que relacionar con la normativa recogida en el cuerpo deontológico y estatutario que regula el desarrollo de la abogacía.

Como normativa de mayor interés al caso cabe citar los apartados d) y e) del art. 34 del Estatuto General de la Abogacía Española, que en relación a la exigencia al letrado del cumplimiento de la función de

defensa con el máximo celo y diligencia y guardando el secreto profesional establece la obligación de "No intentar la implicación del abogado contrario en el litigio o intereses debatidos, ni directa ni indirectamente, evitando incluso cualquier alusión personal al compañero y tratándole siempre con la mayor corrección" y " Mantener como materia reservada las conversaciones y correspondencia habidas con el abogado o abogados contrarios, con prohibición de revelarlos o presentarlos en juicio sin su previo consentimiento".

Por tanto, todas las alusiones realizadas y toda la prueba aportada por la dirección letrada de "Paneles Paseiro S.A." consistente en correspondencia interna de letrados deberá ser removida del presente procedimiento en cumplimiento de lo prevenido en el art. 11-1 LOPJ.

El que la documental aportada sea fruto de las negociaciones entre las partes (desarrollada por sus abogados) no obsta a que esas comunicaciones estén protegidas por el Estatuto y el Código deontológico de la Abogacía.”⁶⁵⁷

⁶⁵⁷ No obstante, cabe citar la SAP de Castellón, de 8 de junio de 2004 (La Ley 134882/2004), FJ 2º, de signo contrario a la aquí transcrita, esto es, admite la aportación procesal de correspondencia entre Letrados, habida cuenta que (según dicha Sentencia) la aportación no vulnera ningún derecho fundamental, todo ello sin perjuicio de la responsabilidad civil, penal o disciplinaria del aportante. Dicha Sentencia es citada por MONTERO AROCA, Juan, “La Prueba en el Proceso Civil”, op.cit., página 176.

BIBLIOGRAFÍA

- ABEL LLUCH, Xavier, “Derecho Probatorio”, Edit. J. M^a Bosch, Barcelona, 2012.
- ABEL LLUCH, Xavier, “Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil”, Edit. J. M^a Bosch, Barcelona, 2005.
- AGUADO, Arturo y ESCOLÀ, María Elisa, “Introducción a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, Edit. J. M^a Bosch, 2001.
- ALBALADEJO GARCÍA, “La representación”, *Anuario de Derecho Civil*, 1958, Volumen 11, número 3, páginas 767 a 804.
- ALONSO GARCÍA, Enrique, “La interpretación de la Constitución”, editorial Centros de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.
- ALONSO PÉREZ, M^a T., “Los contratos de servicios de abogados, médicos y arquitectos”, Edit. J. M^a Bosch, Barcelona, 1997.
- ANDRADE OTERO, Manuel, “Blanqueo de capitales y secreto profesional: ¿conciliación posible?”, en la obra colectiva dirigida por CARRETERO GONZÁLEZ, Cristina y De MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico, *Retos de la Abogacía ante la Sociedad Global*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2012, páginas 1533 a 1550.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, “Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal” en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, número 12, 1992, páginas 257 a 300.
- APARISI MIRALLES, Ángela, “Ética y deontología para juristas”, Ediciones Universidad de Navarra (EUNSA), Barañáin (Navarra), 2006.
- ARCOS VIEIRA, M^a Luisa, “El mandato de crédito”, Aranzadi, Pamplona, 1996.
- ARÉVALO NIETO, Pedro y GARCÍA SALAZAR, Cristina, “El poder de los jueces para corregir y sancionar a los abogados”, en *Economist & Jurist*, número 155, noviembre, 2011, páginas 82 a 89.

- ASECICIO MELLADO, José María, “Comentario al art. 287”, en *Proceso Civil Práctico*, Tomo IV, obra dirigida por GIMENO SENDRA, Vicente, Editorial La Ley, 2001.
- ASECICIO MELLADO, José María, “Derecho Procesal Civil”, 2ª Edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- ASECICIO MELLADO, José María, “Guía Práctica de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, editorial La Ley, 2001.
- ASECICIO MELLADO, José María, “La prueba”, en *Proceso Civil Práctico*, Tomo IV, 4ª Edición, Editorial La Ley, Madrid, 2008.
- ASECICIO MELLADO, José María, “La exclusión de la prueba ilícita en la fase de instrucción como expresión de la garantía de los derechos fundamentales”, *Diario La Ley*, número 8009, 25 de enero de 2013, páginas 1 a 9 (Referencia La Ley 53/2013).
- ASECICIO MELLADO, José María, “Otra vez sobre la exclusión de las pruebas ilícitas en fase de instrucción penal (Respuesta al Prof. Gimeno Sendra”, *Diario La Ley*, número 8026, 19 de febrero de 2013 (Referencia La Ley 1104/2013).
- ASECICIO MELLADO, José María, “Prueba prohibida y prueba preconstituida”, Editorial Trivium, Madrid, 1989.
- AZAUSTRE RUIZ, Pablo, “Marco procesal del secreto profesional en la entrada y registro de despachos de abogados”, *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, número 27, Enero-Abril 2012, Editorial Aranzadi, Navarra (Referencia Aranzadi BIB 2012\221), páginas 15 a 33.
- AZERRAYAD, Marcos E., “Ética y secreto profesional del abogado”, Editorial Cathedra Jurídica, Buenos Aires (Argentina), 2007.
- BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO SAGGESE, Derecho Penal Económico, editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 2001.

- BANACLOCHE PALAO, Julio, “De la buena fe procesal”, en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, con A. De la Oliva, I. Díez-Picazo y J. Vegas Torres, Editorial Civitas, Madrid, 2001, páginas 454 a 456.
- BARLETTA, Amedeo, “El ‘legal privilege’ como derecho fundamental en la UE y sus límites: el caso de la normativa sobre blanqueo de capitales”, *Estudios y Comentarios Legislativos* (Civitas), Madrid, enero de 2010, (Referencia Aranzadi BIB 2010\7454).
- BAYARRI GARCÍA, Clara E., “La prueba ilícita y sus efectos”, en VVAA, “La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal”, Cuadernos de Derecho Judicial, XXIX, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, páginas 421 a 504.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, “Comentarios al artículo 1161 del Código Civil”, en *Comentarios al Código Civil*, obra colectiva coordinada por el citado autor, Editorial Aranzadi, 2001, páginas 1.360 y 1.361.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, “Comentarios al artículo 1161 Cc”, en *Comentario del Código Civil*, Tomo II, Ministerio de Justicia, Civitas, Madrid, 1991, páginas 180 a 183.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, “Comentario al artículo 1161 Cc”, en *Comentario al Código Civil y compilaciones forales*, dirigidos por ALBALADEJO, Tomo XVI, Vol. 1, 2ª edición, editorial Edersa, Madrid, 1991, páginas 73 y 74.
- BERZOSA FRANCOS, Mª Victoria, “Principios del proceso”, en *Justicia*, 1992, III, páginas 553 a 620.
- BLANCO CORDERO, Isidoro, “Abogados como sujetos activos del blanqueo de capitales: El letrado como Gatekeeper, Parte I”, *Grandes Tratados*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2012 (Referencia Aranzadi BIB 2012\9208).
- BLANCO CORDERO, Isidoro, “Abogados como sujetos activos del blanqueo de capitales: El letrado como Gatekeeper, Parte II”, en

Grandes Tratados, Editorial Aranzadi, Navarra, marzo de 2012 (Referencia Aranzadi BIB 2012\9206).

- BLANCO CORDERO, Isidoro, “El delito de blanqueo de capitales”, Aranzadi, 3ª Edición, Navarra, 2012.
- BONET RAMÓN, Francisco, “Comentario a la Sentencia de 18 de enero de 1941”, *Revista de Derecho Privado*, 1941, páginas 160 a 165.
- BONET RAMÓN, Francisco, “Del contrato de mandato”, en *Código Civil de Scaevola*, tomo XXVI, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1949.
- BONET RAMÓN, Francisco, “La naturaleza jurídica del contrato de mandato, y el carácter del contrato de servicios celebrado por los abogados y demás personas que ejercen profesiones liberales según la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Comentario a la STS de 16 de febrero de 1935”, *Revista de Derecho Privado*, número 22, 1935, páginas 391 a 396.
- BUSTO LAGO, José Manuel, “¿Puede incurrir en responsabilidad civil el procurador cuyo domicilio es designado por el abogado de parte, sin mediar consentimiento de aquél, a efectos de notificaciones de resoluciones judiciales dictadas en procedimientos en los que su intervención no es preceptiva?”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 77, número 668, noviembre-diciembre 2001, páginas 2515 a 2534.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, “Obligaciones de actividad y de resultado”, Edit. J. Mª Bosch, Barcelona, 1993.
- CACHÓN CADENAS, Manuel, “La buena fe en el proceso civil”, en “El abuso del proceso: mala fe y fraude de ley procesal”, director Faustino Gutiérrez-Alviz Conradi, *Cuadernos de Derecho Judicial*, número XVIII, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, páginas 209 a 249 (también publicado en *Justicia*, 2005, 1-2, páginas 7 a 44).
- CALAMANDREI, Piero, “Demasiados Abogados”, Editorial Reus, 2007.

- CALDERÓN CERREZO, Antonio, “Análisis sustantivo del delito (I). Prevención y represión del blanqueo de capitales”, en *prevención y represión del blanqueo de capitales*, *Revista Estudios de Derecho Judicial*, dirigida por ZARAGOZA AGUADO, J., número 28, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, páginas 266 y siguientes.
- CALVET GIMENO, Federico, “Aproximación a las dispersas previsiones normativas de una garantía constitucional: el secreto profesional”, *Revista General de Derecho*, 1994, números 598-599, páginas 7855 a 7869.
- CAMPINS VARGAS, Aurora, “La sociedad profesional”, Civitas, Madrid, 2000.
- CAPILLA RONCERO, Francisco, “Arrendamiento de servicios”, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Vol. I, Civitas, Madrid, 1995.
- CARMONA RUANO, Miguel, “De nuevo la nulidad de la prueba: ¿es indiferente el momento en que puede declararse?”, *Jueces para la Democracia*, número 25, julio 1996, páginas 95 a 99.
- CAROCCA PÉREZ, Álex, “Garantía constitucional de la defensa procesal”, Edit. J. M^a Bosch, Barcelona, 1998.
- CARRASCO PERERA, Antonio, “Comentario al artículo 1101 Cc”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO, Tomo XV, Vol. 1, Edersa, Madrid, 1989.
- CASTAN TOBEÑAS, José, en “Derecho Civil Español, Común y Foral”, Tomo IV, Derecho de Obligaciones, 9^a Edición, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1962.
- CERVERA MARTÍNEZ, Marta, “La responsabilidad civil de los procuradores”, en *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales*, número 16/2006, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2006 (Referencia Aranzadi BIB 2006\2101).
- CERVERA MARTÍNEZ, Marta, “Responsabilidad civil de Abogados”, en *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales*, número 14/2006,

Editorial Aranzadi, Pamplona, 2006 (Referencia Aranzadi BIB 2006\1442).

- CERVILLA GARZÓN, M^a Dolores, “La obligación de información del abogado”, *Revista General de Derecho*, número 676-677, enero-febrero 2001.
- CERVILLA GARZÓN, M^a Dolores, “La prestación de servicios profesionales”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- CHOZAS ALONSO, José Manuel, “El interrogatorio de testigos en los procesos civil y penal. Su práctica ante los Tribunales”, Editorial La Ley, Madrid, 2010.
- CIPRIANI, Franco, “El abogado y la verdad”, en la obra colectiva *Proceso civil e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos: Moción de Valencia (2006), Declaración de Azul (2008)*, coordinadores Juan Montero Aroca y Adolfo Alvarado Velloso, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, páginas 283 a 291.
- CLIMENT DURAN, Carlos, “Sobre la prueba prohibida: invalidez de la prueba lícitamente realizada a partir de una anterior prueba ilícitamente obtenida: (comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2^a, de 5 de noviembre de 1990. Ponente: Excmo. Sr. Don Marino Bardero Santos)”, en *Revista General de Derecho*, número 559, abril 1991, páginas 2547 a 2554.
- CÓRDOBA RODA, Juan, “Abogacía, secreto profesional y blanqueo de capitales”, Editorial Marcial Pons, Barcelona, 2006.
- CORDÓN MORENO, Faustino, “Comentario al art. 4 de la LECiv. Carácter supletorio de la LECiv”, en *Grandes Tratados*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2011, (Referencia Aranzadi BIB 2011\5002).
- CORTÉS BECHIARELLI, Emilio, “El secreto profesional del abogado y del procurador y su proyección penal”, Editorial Marcial Pons, Barcelona, 1998.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, “Derecho Procesal Civil. Parte General”, 6^a Edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

- CORVILLO REPULLO, Juan Ramón, “Las sanciones pecuniarias establecidas en la nueva LECV para los litigantes y para los abogados”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, número 479, de 29 de marzo de 2001, páginas 1 a 3.
- CRESPO MORA, M^a del Carmen, “La responsabilidad del abogado en el Derecho Civil”, Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Pamplona), 2005.
- CRESPO MORA, M^a del Carmen, “La responsabilidad civil de la sociedad profesional y de sus profesionales”, en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, número 28, enero-junio 2012, páginas 213 a 240.
- CRESPO MORA, M^a del Carmen, “Responsabilidad civil en el contexto de los despachos de abogados. Incidencia de la Ley de Sociedades Profesionales. Comentario a la sentencia de la AP Madrid de 3 de diciembre de 2010 (JUR 2011\54795)”, en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, número 28, enero-junio 2012, páginas 411 a 418; y también publicado en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, número 29, julio-diciembre 2012, páginas 611 a 622.
- CUADRADO SALINAS, Carmen, “La prueba ilícita en el proceso civil”, *Práctica de los Tribunales*, número 76, Sección Estudios, noviembre de 2010, (Referencia La Ley 13389/2010).
- DAL, Georges-Albert, “Legal Professional Privilege and European Case Law”, Editorial Larcier, Bruselas (Bélgica), 2011.
- DE ANGEL YAGÜEZ, Ricardo, “Comentario al artículo 1902 Cc”, *Comentario del Código Civil*, coordinados por SIERRA GIL DE LA CUESTA, Tomo 8 (arts. 1790 al 1902), Edit. J. M^a Bosch, Barcelona, 2000.
- DE ANGEL YAGÜEZ, Ricardo, “La responsabilidad civil del Abogado”, en http://www.indret.com/pdf/521_es.pdf, Barcelona, 1 de enero de 2008.
- DE ANGEL YAGÜEZ, Ricardo, “Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio”, coordinados por MORENO MARTÍNEZ, Editorial Dykinson, Madrid, 2000.

- DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, “Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil”, Editorial Civitas, 2001.
- DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, “Derecho Procesal Civil”, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 2001.
- DE LA TORRE, Javier, “Deontología de abogados, jueces y fiscales. Reflexiones tras una década de docencia”, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2008.
- DE MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos, “El juicio en la mente del Juzgador: ¿Cómo razona?”, en VVAA, ABEL LLUCH, Xavier, PICÓ I JUNOY Joan y RICHARD GONZÁLEZ, Manuel, Directores, *La prueba judicial*, Editorial La Ley, Madrid, 2011, páginas 225 a 246.
- DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio Octavio, “Algunas reflexiones sobre el tratamiento jurídico del secreto profesional”, en *Revista Jurídica de Catalunya*, 1983-1, páginas 1134 a 1145.
- DE URBANO CASTILLO, Eduardo, “La testifical del abogado como prueba ilícita”, *Actualidad Jurídica Aranzadi* número 521, Febrero 2002, páginas 2 a 5 (Referencia Aranzadi BIB 2001\2202).
- DE URBANO CASTRILLO, Eduardo y TORRES MORATO, Miguel Ángel, “La prueba ilícita penal. Estudio Jurisprudencial”, Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Pamplona), 6ª Edición, 2012.
- DEL CARPIO DELGADO, Juana, “El delito de blanqueo de capitales en el nuevo Código Penal”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- DÍAZ CABIALE, José Antonio y MARTÍN MORALES, Ricardo, “¿Es proyectable el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial a las pruebas obtenidas vulnerando un derecho no fundamental?”, en el diario *La Ley*, 1997, número 6, páginas 1712 a 1716.
- DÍAZ CABIALE, José Antonio y MARTÍN MORALES, Ricardo, “La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida”, Civitas, Madrid, 2001.

- DÍAZ FUENTES, Antonio, “La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil”, 3ª Edición, Edit. J. Mª Bosch, Barcelona, 2012.
- DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio, “El blanqueo de capitales en el Derecho Español”, *Cuadernos Luís Jiménez de Asúa*, Editorial Dykinson, Madrid, 1999.
- DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, Calixto, “Comentario al artículo 1258 CC”, en *Comentarios al Código Civil*, dirigidos por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, Editorial Aranzadi, 2001, páginas 1462 a 1464.
- DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, “Sistema de Derecho Civil, Volumen II, Editorial Tecnos, Madrid, 2001.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, “Abogados y formación”, incluido en *Ensayos Jurídicos*, Tomo III, Editorial Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2011, páginas 4047 y 4048.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, “Buena fe e integración de los contratos”, incluido en *Ensayos Jurídicos*, Tomo II, Editorial Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2011, páginas 2685 a 2692.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, “Comentario al artículo 1258 Cc”, incluido en *Ensayos Jurídicos*, Tomo II, editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, páginas 2131 a 2134.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, “Derecho de daños”, Civitas, Madrid, 2000.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, “Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica”, Prólogo a la obra de Karl Larenz, Madrid, 1985, incluido en *Ensayos Jurídicos*, Tomo I, Editorial Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2011, páginas 303 a 305.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, “Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial”, Volumen I, 6ª Edición (3ª en Civitas), Editorial Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2009.

- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, “Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial”, Volumen II, 6ª Edición (3ª en Civitas), Editorial Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2007.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, “Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial”, Volumen IV, Editorial Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2010.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, “Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial”, Tomo V, Editorial Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2011.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, “La doctrina de los propios actos. Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, Edit. J. Mª Bosch, Barcelona, 1963.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, “Los principios generales del Derecho en el pensamiento de Federico de Castro”, incluido en *Ensayos Jurídicos*, Tomo III, Editorial Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2011, páginas 3883 a 3888.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, “Memoria de Pleitos”, Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2005.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, “Reflexiones sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo (la jurisprudencia en broma y en serio)”, *Revista de Derecho Privado*, 1964, incluido en *Ensayos Jurídicos*, Tomo I, editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, páginas 87 a 102.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, “El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas. La recepción de la legislación internacional en el ordenamiento español”, *Actualidad Penal*, número 32, Madrid, 1994, páginas 589 a 602.
- DÍVAR BLANCO, Carlos, “Fundamentos éticos de la abogacía”, en la obra colectiva dirigida por CARRETERO GONZÁLEZ, Cristina y De MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico, *Retos de la Abogacía ante la Sociedad Global*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2012, páginas 157 a 174.

- ECHANO BASALDUA, Juan Ignacio, “Los delitos de deslealtad de abogado frente a su cliente en la jurisprudencia (art. 467 CP)”, en la obra colectiva dirigida por CARRETERO GONZÁLEZ, Cristina y De MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico *Retos de la Abogacía ante la Sociedad Global*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2012, páginas 467 a 482
- ENJO MAYOU, Cruz, “Comentario a la STS de 8 de junio de 2000”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, número 54, 2000, páginas 1307 a 1323.
- EGUISQUIZA BALSAMEDA, María Ángeles, “La prestación de servicios del abogado: perspectiva jurisprudencial”, *Aranzadi Civil*, 1996-I, páginas 185 a 208.
- FENECH NAVARRO, Miguel, “El secreto profesional del Abogado”, en *Revista Jurídica de Catalunya*, 1949, páginas 379 a 397.
- FERNÁNDEZ ENTRALGO, Jesús, “Prueba ilegítimamente obtenida”, en *La Ley*, 1990 (Referencia La Ley 4676/2001).
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “El sistema constitucional español”, Editorial Dykinson, Madrid, 1992
- FERNÁNDEZ SERRANO, Antonio, “El Secreto profesional”, *Revista Internacional del Notariado*, Buenos Aires, 1952, consultada la reproducción publicada en Madrid, 1953, páginas 117 a 144.
- FERNÁNDEZ URZAINQUI, Francisco Javier, “Comentario al artículo 283”, en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, coordinadores Miguel Angel Fernández-Ballesteros, José María Rifá Soler y José Francisco Valls Gombau, Iurgum editores y Atelier Editorial, S.L., Barcelona, 2001, páginas 1307 a 1313.
- FERNÁNDEZ URZAINQUI, Francisco Javier, “Comentario al artículo 287”, en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, coordinadores Miguel Angel Fernández-Ballesteros, José María Rifá Soler y José Francisco Valls Gombau, Iurgum editores y Atelier Editorial, S.L., Barcelona, 2001, páginas 1335 a 1344.

- FERRERES COMELLA, Víctor, “La inconstitucionalidad de la entrada y registro en las habitaciones de hotel sin autorización judicial, ¿una cuestión irrelevante?”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, número 1/2002, Editorial Aranzadi, Navarra, 2002 (Referencia Aranzadi BIB 2002\66).
- FIDALGO GALLARDO, Carlos, “Las pruebas ilegales: de la exclusionary rule estadounidense al artículo 11.1 LOPJ”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2003.
- FONT SERRA, Eduardo, “La prueba en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, publicado en la revista del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid *Otrosí*, suplemento enero 2001.
- FUENTESECA DÍAZ, Pablo, “Derecho privado romano”, Madrid, 1978.
- FUERTES LÓPEZ, Francisco Javier, “Ser o no ser...abogado”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, número 806, Pamplona, 2010 (Referencia Aranzadi BIB 2010\3772).
- GÁLVEZ MUÑOZ, Luis, “La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales”, Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2003.
- GARBERÍ LLOBREGAT, José, “Comentarios a los artículos 281 a 292”, en *Los procesos civiles*, Tomo 2, Edit. J. M^a Bosch, Barcelona, 2010, páginas 1140 a 1225.
- GARBERÍ LLOBREGAT, José, “Derecho procesal civil. Procesos declarativos y procesos de ejecución”, 2^a edición, Edit. J. M^a Bosch, Barcelona, 2012.
- GARCÍA NORIEGA, Antonio, “Límites a la libertad de expresión por motivos profesionales”, Editorial Difusión Jurídica, Madrid, 2009.
- GARCÍA VALDECASAS, Alfonso, “La esencia del contrato de mandato”, en *Revista de Derecho Privado*, 1944, páginas 769 a 776.

- GARCIANDIA GONZALEZ, Pedro M., “Aproximación a la nueva regulación de la prueba en el proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil”, publicado en el diario *La Ley*, número 5, 1999, páginas 1766-1773.
- GARCIMARTÍN MONTERO, Regina, en AAVV (Coordinador Cordón Moreno, Faustino), “Comentario al artículo 282”, en la obra colectiva *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Volumen I, Artículos 1 a 516, 2ª Edición, Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, páginas 1318 a 1320.
- GARRIDO SUÁREZ, Hilda Mª, “Deontología del abogado: el profesional y su confiabilidad”, Edisofer, Madrid, 2011.
- GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen, “Cuadernos de Teoría y Práctica de Derecho Civil”, *Derecho Civil II*, Editorial La Ley, Madrid, 1991.
- GIMENO SENDRA, Vicente, “Derecho Procesal Civil, I. El proceso de declaración, parte general”, 4ª Edición, Editorial Colex, Madrid, 2012.
- GIMENO SENDRA, Vicente, “La improcedencia de la exclusión de la prueba ilícita en la instrucción (contestación al artículo del Prof. ASENSIO)”, *Diario La Ley*, número 8021, de 12 de febrero de 2013, (Referencia La Ley 952/2013).
- GÓMEZ ARROYO, José Luis, “Anotaciones al artículo 247 de la LECV (de la buena fe procesal), en *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, Volumen 16, número 2, 2004, páginas 435 a 464.
- GÓMEZ CALLE, Esther, “Los deberes precontractuales de información”, Editorial La Ley, Madrid, 1994.
- GÓMEZ DE LIAÑO, Fernando, “Derecho Procesal Civil”, Tomo I, Editorial Forum, Oviedo, 2000.
- GÓMEZ INIESTA, Diego J., “El delito de blanqueo de capitales en el Derecho Español”, Editorial Cedecs, Barcelona, 1996.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, “Nuevas tendencias en materia de prueba ilícita. El caso *Hudson v. Michigan* y el ocaso de la *Exclusionary Rule*”

en EEUU”, en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, número 20, 2008, páginas 23 a 36.

- GÓMEZ-REINO Y CARNOTA, Enrique, “El secreto profesional de los periodistas”, *Revista de Administración Pública*, números 100-102, 1983, páginas 611 a 629.
- GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás, “Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal”, Editorial Colex, Madrid, 1990.
- GRANDE SANZ, Marta, “El secreto profesional de los abogados de empresa”, en la obra colectiva dirigida por CARRETERO GONZÁLEZ, Cristina y De MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico *Retos de la Abogacía ante la Sociedad Global*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2012, páginas 555 a 570.
- GRANDE YÁÑEZ, Miguel, “Ética de las profesiones jurídicas”, Editorial Desclée, Bilbao, 2006.
- GUASP DELGADO, Jaime, “Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil”, Tomo II, Madrid, 1943.
- HERNÁNDEZ MORENO, Alfonso, “Comentario al artículo 1725 CC”, en *Comentario del Código Civil*, Tomo II, Ministerio de Justicia, Civitas, Madrid, 1991, páginas 1562 a 1564.
- HERRÁN ORTIZ, Ana Isabel, “La necesaria adecuación práctica de los Despachos Profesionales a la legislación española de protección de datos de carácter personal. La actuación de la Agencia Española de Protección de Datos”, en la obra colectiva dirigida por CARRETERO GONZÁLEZ, Cristina y De MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico, *Retos de la Abogacía ante la Sociedad Global*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2012, páginas 1077 a 1094.
- HERREROS, Javier, “Ley de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo. Aplicación a los Abogados”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, número 9/2012 (Referencia Aranzadi BIB 2012\20).

- HERRMANN, Joachim, “Nuevas orientaciones en la administración de justicia penal norteamericana”, en la revista *Justicia* III, 1987, páginas 693 a 715.
- HUERTA TOCILDO, Susana, “Aproximación crítica a la nueva regulación del delito de receptación y otras figuras afines”, *Cuadernos de Derecho Judicial. Los delitos socioeconómicos en el nuevo Código Penal*, Madrid, 1996, páginas 384 y 385.
- LACRUZ BERDEJO et alia, “Elementos de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones, contratos y cuasicontratos”, editorial Dyckinson, Madrid, 2002.
- LAZCANO BROTONS, Iñigo, “El secreto profesional en el periodismo”, Lete Argitaletxea, Bilbao, 2007.
- LEÓN ALONSO, José, “Comentario al artículo 1711 CC”, en *Comentario del Código Civil*, Tomo II, Ministerio de Justicia, Civitas, Madrid, 1991, páginas 1529 a 1531.
- LETE DEL RIO, José Manuel, “Derecho de Obligaciones. Contratos en particular”, Volumen III, 3ª edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1999.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, “Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida”, editorial Akal, Madrid, 1989.
- LÓPEZ SIMÓ, Francisco, “Disposiciones generales sobre la prueba (análisis de los artículos 281 a 298 y concordantes de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil)”, editorial La Ley, Madrid, 2001.
- LÓPEZ Y LÓPEZ, Angel María, voz “Mandato”, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, dirigida por Alfredo Montoya Melgar, Volumen III, Civitas, Madrid, 1995, páginas 4160 a 4161.
- LÓPEZ Y LÓPEZ, Angel María, “La gestión típica derivada del mandato”, *Revista de Derecho Privado*, julio-agosto 1996, número 80, páginas 553 a 565.

- LORCA NAVARRETE, Antonio María, “La prueba del interrogatorio de partes en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, *Diario La Ley*, número 6, 2000, páginas 2073-2085 (Referencia La Ley 21109/2001).
- LOZANO-HIGUERO PINTO, Manuel, “La buena fe procesal: consideraciones doctrinales y jurisprudenciales”, en “El abuso del proceso: mala fe y fraude de ley procesal”, director Faustino Gutiérrez-Alviz Conradi, *Cuadernos de Derecho Judicial*, número XVIII, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, páginas 41 a 102.
- LUCAS FERNÁNDEZ, F, “Comentario a los artículos 1583 a 1587 CC”, en “Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales”, dirigidos por ALBALADEJO, Tomo XX, Volumen 1, 2ª Edición, Edersa, Madrid, 1986.
- MARTÍ SÁNCHEZ, Nicolás, “La llamada ‘prueba ilícita’ y sus consecuencias procesales”, *Actualidad Penal*, número 7, tomo 1, páginas 6 y 7 de la impresión del documento generado en pdf de la referencia La Ley 3263/2001.
- MARTIN OSTOS, José, “Del objeto, necesidad e iniciativa de la prueba. De la proposición y admisión. De otras disposiciones generales sobre la práctica de la prueba”, en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo II, dirigidos por A. M. Lorca Navarrete, Editorial Lex Nova, 2000, páginas 1763 a 1765.
- MARTÍNEZ CALCERRADA Y GÓMEZ, Luis, “La responsabilidad civil profesional del abogado”, en *La responsabilidad civil profesional de los teleinformáticos, auditores de cuentas, periodistas, arquitectos-peritos, médicos-peritos y de los peritos judiciales en general. Especial estudio de la responsabilidad civil de los médicos, administradores, consejeros de las sociedades mercantiles y de los abogados*, Editorial Colex, Madrid, 1999, páginas 361 a 409.
- MARTÍNEZ FRANCISCO, M^a Nieves, “El impacto de la reforma del Código Penal del delito de Blanqueo de Capitales y la Ley 10/2010, de 28 de abril en el ejercicio de la abogacía”, en la obra colectiva dirigida por CARRETERO GONZÁLEZ, Cristina y De MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico, *Retos de la Abogacía ante la Sociedad Global*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2012, páginas 1561 a 1572.

- MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, “Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- MARTÍNEZ VAL, José María, “Abogacía y Abogados”, Edit. J. M^a Bosch, Barcelona, 1993.
- MARTÍNEZ VAL, José María, “Ética de la Abogacía”, Edit. J. M^a Bosch, Barcelona, 1996.
- MEDINA CEPERO, Juan Ramón, “La ilicitud de la prueba en el proceso civil”, Repertorio de Jurisprudencia número 37/2002, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2002 (Referencia Aranzadi BIB 2002\2153).
- MICHAVILA NÚÑEZ, José María, “El Derecho al secreto profesional y el artículo 24 de la Constitución: una visión unitaria de la institución”, en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Tomo II, “De los Derechos y Deberes Fundamentales”, Editorial Civitas, Madrid, 1991, páginas 1415 a 1433.
- MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, “El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal”, Edit. J. M^a Bosch, Barcelona, 1999.
- MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, “La regla de exclusión de la prueba ilícita: historia de su nacimiento y de su progresiva limitación”, en *Jueces para la Democracia*, número 47, 2003, páginas 53 a 66.
- MONTERO AROCA, Juan, “Ideología y proceso civil. Su reflejo en la ‘buena fe procesal’”, en “El abuso del proceso: mala fe y fraude de ley procesal”, director Faustino Gutiérrez-Alviz Conradi, *Cuadernos de Derecho Judicial*, número XVIII, CGPJ, Madrid, 2006, páginas 251 a 319
- MONTERO AROCA, Juan, “El proceso civil llamado ‘social’ como instrumento de ‘justicia’ autoritaria”, en *Actualidad Civil*, Tomo 1^o, 2004, páginas 597 a 619.
- MONTERO AROCA, Juan, “La prueba en el proceso civil”, Civitas, Madrid, 7^a Edición, 2012.

- MONTERO AROCA, Juan, “Sobre el mito autoritario de la buena fe procesal”, en *Proceso civil e ideología*, 2ª edición, coordinador Juan Montero Aroca, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, páginas 291 a 349.
- MORENO CATENA, Víctor, “Comentario al artículo 287”, en la obra colectiva *El proceso civil*, coordinada por Escribano Mora, Volumen III, Libro II, artículos 248 a 386 inclusive, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, páginas 2213 a 2228.
- MULLERAT BALMAÑA, Ramón María, “Los diversos enfoques del secreto profesional del abogado y sus excepciones en los Estados Unidos de América”, *Diario La Ley*, 1997, Ref. D-70, Tomo 1, páginas 2108 a 2116; referencia La Ley nº 11976/2001.
- MUÑOZ SABATÉ, Lluís, “Curso de probática judicial”, La Ley, Madrid, 2009.
- MUÑOZ SABATÉ, Lluís, “Curso superior de probática judicial. Cómo probar los hechos en el proceso”, La Ley, Madrid, 2012.
- MUÑOZ SABATÉ, Lluís, “Fundamentos de prueba judicial civil LEC 1/2000”, Edit. J. Mª Bosch, Barcelona, 2001.
- MUÑOZ SABATÉ, Lluís, “Técnica probatoria. Estudio sobre las dificultades de prueba en el proceso”, Editorial Praxis, Barcelona, 4ª Edición, 1993.
- NARANJO DE LA CRUZ, Rafael, “Los límites de los derechos fundamentales en las regulaciones entre particulares: la buena fe”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.
- NIEVA FENOLL, Jordi, “La valoración de la prueba”, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2010.
- NUÑEZ LAGOS, Rafael, “Mandatario sin poder”, *Revista de Derecho Privado*, septiembre 1946, páginas 609 a 632.
- O’CALAGHAN MUÑOZ, Xavier, Compendio de Derecho Civil, Tomo II, Vol. II, Edersa, Madrid, 2001.

- ORTELLS RAMOS, Manuel, “¿Multas o astringencias? Una indefinición de la nueva ejecución forzosa española”, en *Revista Internauta de Práctica Jurídica*, número 13, enero-junio 2004. Texto disponible en mhtml:http://www.ripj.com/art_jcos/art_jcos/num13/art.13/13Multas%20o%20ASTRICCIONES_RIPJ.mht.
- ORTIZ BLASCO, Joaquín y QUINTANS GARCÍA, Jacobo, “Estudios sobre la Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000, de 7 de enero)”, edita el Il.lustre Consell de Col.legis Oficials de Graduats Socials de Catalunya, 2000.
- OSSORIO Y GALLARDO, Angel, “El alma de la toga”, edición consultada editada por la Editorial Porrúa, México DF, 2005.
- OTERO GONZÁLEZ, M^a del Pilar, “Justicia y Secreto Profesional”, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 2001.
- PALMA HERRERA, José Manuel, “Los delitos de blanqueo de capitales”, Editorial EDERSA, Madrid, 2000.
- PANTALEÓN PRIETO, Fernando “Comentario al artículo 1902 Cc”, *Comentario del Código Civil*, Tomo II, Ministerio de Justicia, Civitas, Madrid, 1991, páginas 1971 a 2003.
- PASTOR BORGONÓN, Blanca, “Eficacia en el proceso de las pruebas ilícitamente obtenidas”, en *Revista Justicia*, número 2/1986, páginas 337 a 368.
- PERÁN ORTEGA “La responsabilidad civil y su seguro”, editorial Tecnos, Madrid, 1998.
- PICÓ I JUNOY, Joan, “El abogado como sujeto del interrogatorio en el proceso civil”, en la obra colectiva *Realismo Jurídico y experiencia procesal, Liber Amicorum en Honor del Prof. D. Manuel Serra Domínguez*, Editorial Atelier, Barcelona, 2009, páginas 941 a 948.
- PICÓ I JUNOY, Joan, “El abogado y su deber de decir la verdad en el proceso civil”, en la obra colectiva dirigida por CARRETERO GONZÁLEZ, Cristina y De MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico

Retos de la Abogacía ante la Sociedad Global, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2012, páginas 571 a 582.

- PICÓ I JUNOY, Joan, “El derecho a la prueba en el proceso civil”, Edit. J. M^a Bosch, Barcelona, 1996.
- PICÓ I JUNOY, Joan, “El principio de la buena fe procesal”, 2^a Edición, Edit. J. M^a Bosch, Barcelona, 2013.
- PICÓ I JUNOY, Joan, “El principio de la buena fe procesal y su fundamento constitucional”, en “El abuso del proceso: mala fe y fraude de ley procesal”, director Faustino Gutiérrez-Alviz Conradi, *Cuadernos de Derecho Judicial*, número XVIII, CGPJ, Madrid, 2006, páginas 15 a 39.
- PICÓ I JUNOY, Joan, “El problema del efecto psicológico de la prueba ilícita”, en *Iuris*, número 171, mayo 2012, páginas 35 a 37.
- PICÓ I JUNOY, Joan, “3^a Idoneidad del abogado como testigo interrogado. ¿Puede pedirse el interrogatorio de un abogado? ¿Y la declaración testifical del abogado de la parte contraria? En caso afirmativo: ¿Cuáles son los límites de la declaración del abogado?”, en la obra colectiva *El interrogatorio de testigos*, ABEL LLUCH, Xavier y PICÓ I JUNOY, Joan (Directores), Edit. J. M^a Bosch, Barcelona, 2008, páginas 177 a 186.
- PICÓ I JUNOY, Joan, en “Jurisprudencia sobre derecho probatorio”, Diario La Ley, número 7430, Sección Dossier, 23 de junio de 2010 (Referencia La Ley 2216/2010).
- PICÓ I JUNOY, Joan, “La buona fede processuale: una manifestazione dell’autoritarismo giurisdizionale?”, en *Rivista di Diritto Processuale*, número 1, 2013, páginas 171 a 181.
- PICÓ I JUNOY, Joan, “La modificación de la demanda en el proceso civil”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- PICO I JUNOY, Joan, “La prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, publicado en la revista *Iuris*, número 36, febrero 2000, páginas 36 a 45.

- PICÓ I JUNOY, Joan, “La Prueba en el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil”, publicado en el diario *La Ley*, número 4789, de 5 de diciembre de 1999, Referencia La Ley D-119/99, páginas 1826 a 1837.
- PICÓ I JUNOY, Joan, “La prueba ilícita y su control judicial en el proceso civil”, en la obra colectiva *El Tribunal Supremo, su doctrina legal y el recurso de casación*, Madrid, Iustel, 2007, páginas 867 a 899.
- PICÓ I JUNOY, Joan, “La prueba ilícita y su control judicial en el proceso civil”, en *AAVV Aspectos Prácticos de la Prueba Civil*, (ABEL LLUCH, Xavier y PICÓ I JUNOY, Joan, Coordinadores), Editorial Bosch, Barcelona, 2006, páginas 19 a 24.
- PICÓ I JUNOY, Joan, “Las garantías constitucionales del proceso”, 2ª Edición, Edit. J. Mª Bosch, Barcelona, 2012.
- PICÓ I JUNOY, Joan, “Mecanismos de control de la mala fe procesal en la ejecución civil”, en *La ejecución civil: problemas actuales*, coordinadores Manuel Cachón Cadenas y Joan Picó i Junoy, Editorial Atelier, Barcelona, 2008, páginas 37 a 62.
- PLASENCIA MONLEÓN, Antonio, “Secreto profesional e independencia del Abogado, según el Derecho español”, en *Revista Jurídica de Catalunya*, número 4, 1987-3, páginas 951 a 967.
- PUIG BRUTAU, José, “Fundamento de Derecho Civil”, Tomo II, Vol. II, Edit. J. Mª Bosch, Barcelona, 1956.
- PUIG BRUTAU, José, voz “Mandato”, en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Tomo XV, Francisco Seix Editor, Barcelona, 1974, páginas 833 a 840.
- RAMOS MÉNDEZ, Francisco, “¿Abuso de derecho en el proceso?”, en *Abuso dos direitos processuais*, coordinador José Carlos Barbosa Moreira, Editorial Forense, Río de Janeiro, 2000, páginas 1 a 6.
- RAMOS MÉNDEZ, Francisco, “El sistema procesal español”, 8ª edición, Atelier, Barcelona, 2010.

- RIGÓ VALLBONA, José, “El secreto profesional de Abogados y Procuradores en España”, Edit. J. M^a Bosch, Barcelona, 1988.
- ROCA i TRIAS, Encarna “El riesgo como criterio de imputación subjetiva del daño en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español”, publicado en http://www.indret.com/pdf/688_es.pdf, Barcelona, 13 de octubre de 2009.
- RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma María, “El desistimiento en el contrato de servicios de los profesionales liberales”, *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LIV, Fascículo II, 2001-1, páginas 681 a 751.
- RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma María, “La muerte del oferente como causa de extinción de la oferta contractual”, Civitas, Madrid, 2003.
- RUIZ DE LA FUENTE, María Consuelo, “Las intimaciones judiciales en el proceso civil”, Editorial Atelier, Barcelona, 2011.
- SÁNCHEZ GARCÍA, Jesús María, “Qué interpretación debemos dar al párrafo 4º del artículo 247 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, número 273, de 8 de marzo de 2007, páginas 1 a 5.
- SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe “Estudios de Derecho civil”, tomo IV, Editorial Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1899.
- SÁNCHEZ STEWART, Nielson, “Abogados: blanqueo de capitales. Ataque al secreto profesional”, en la revista *Economist & Jurist*, número 120, Mayo de 2008, Madrid, páginas 100 a 104.
- SÁNCHEZ-STEWART, Nielson, “La profesión de Abogado. Deontología, Valores y Colegios de Abogados”, Vol. 1º, Editorial Difusión Jurídica, 2008, Madrid.
- SÁNCHEZ STEWART, Nielson, “Las funciones del abogado en relación a las obligaciones que impone la normativa de prevención”, *Diario La Ley Penal*, número 53, 2008 (Referencia La Ley 39824/2008).
- SÁNCHEZ-STEWART, Nielson, “Manual de Deontología para Abogados”, Editorial La Ley, Madrid, 2012.

- SANTOS BRIZ, Jaime, “Responsabilidad profesional. Abogados”, en *La responsabilidad civil. Temas actuales*; editorial Montecorvo, Madrid, 2001, páginas 237 a 252.
- SARAZA JIMENA, Rafael, “La prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, en *Jueces para la Democracia*, número 39, noviembre de 2000, páginas 57 a 80.
- SEOANE SPIEGELBERG, José Luis, “La Prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000. Disposiciones Generales y Presunciones”, Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2ª Edición, 2007.
- SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, “Actos procesales irregulares”, incluido en *Estudios de Derecho Procesal*, Editorial Ariel, Barcelona, 1969, páginas 468 a 477.
- SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, “Comentario al artículo 1215 del Código Civil”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XVI, Vol. II, obra dirigida por ALBALADEJO, 2ª Edición, Editorial Revista de Derecho Privado, 1991, páginas 86 a 110.
- SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, “Contribución al estudio de la prueba”, en *Estudios de Derecho Procesal*, Editorial Ariel, Barcelona, 1969, páginas 355 a 366.
- SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, “Estudios de Derecho Probatorio”, editorial Communitas, Lima (Perú), 2009.
- SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, “La prueba documental”, en *Instituciones del nuevo Proceso Civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil*, volumen II, coordinados por Alonso-Cuevillas Sayrol, Jaume, Editorial Dijusa, Barcelona, 2000.
- SERRA RODRÍGUEZ, Adela, “La relación de servicios del abogado”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- SERRA RODRÍGUEZ, Adela, “La responsabilidad civil del Abogado”, Editorial Aranzadi, Elcano (Navarra), 2000.

- SCHULZ, Fritz N., “Derecho romano clásico”, traducida de la edición inglesa por Santa Cruz Teijeiro, Edit. J. M^a Bosch, Barcelona, 1960.
- SIERRA POMARES, Manuel, Voz “Mandato”, en *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo 21, Francisco Seix, Editor, Barcelona, 1910, páginas 580 a 602.
- SIGNES DE MESA, Juan Ignacio, “La independencia de los abogados de empresa y la protección del secreto profesional en la Unión Europea, en *Revista de Derecho Mercantil* número 279/2011, (Referencia Aranzadi BIB 2011\1482).
- SOLDADO GUTIÉRREZ, José, “El secreto profesional del Abogado”, *Revista Jurídica de Andalucía*, número 17, 1995, páginas 1183 a 1204.
- SOLE RESINA, “Arrendamiento de obras o servicios. Perfil evolutivo y jurisprudencial”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- TARUFFO, Michele, “La prueba”, Editorial Marcial Pons, Barcelona, 2008.
- TORRES LANA, José Ángel, “Comentario de los artículos 1583 a 1587 CC”, en *Comentario del Código Civil*, Tomo II, Ministerio de Justicia, Editorial Civitas, 1991, páginas 1170 a 1175.
- TORRES PINTADO, David, “Aspectos subjetivos en el Interrogatorio de Parte”, en la obra colectiva *Aspectos Prácticos de la Prueba Civil*, ABEL LLUCH, Xavier y PICÓ I JUNOY, Joan (Directores), Edit. J. M^a Bosch, Barcelona, 2006, páginas 281 a 320.
- TRAVIESAS, M. Miguel, “El mandato retribuido y el arrendamiento de servicios”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1918, número 132, páginas 90 a 106.
- VEGAS TORRES, Jaime, Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal, Editorial La Ley, Madrid, 1993.
- VELASCO NÚÑEZ, Eloy, “Doctrina y limitaciones a la teoría del ‘fruto del árbol envenenado’ en la prueba ilícita (EE.UU. y España)”, en

Revista General de Derecho, número 624, 1996, páginas 10149 a 10173.

- VELÁZQUEZ COBOS, Almudena, “Derechos y deberes del abogado: en especial, el secreto profesional y los límites a la libertad de expresión”, en la obra colectiva dirigida por CARRETERO GONZÁLEZ, Cristina y De MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico, *Retos de la Abogacía ante la Sociedad Global*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2012, páginas 599 a 605.
- VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, Marco, “La prueba. Los recursos”, tomo redactado íntegramente por dicho autor, pero que pertenece a la obra coordinada por Cortés Domínguez, Valentín y Moreno Catena, Víctor, *La Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo III, Editorial Tecnos, Madrid, 2000.
- VILLAVERDE FERREIRO, Jaime, “Comentario al artículo 283” en la obra colectiva dirigida por Lledó Yagüe, Francisco, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Editorial Dykinson, Madrid, 2000, páginas 313 y 314.
- VVAA, “Lex Mundi In-House Counsel and the Attorney Client Privilege”, publicado por Lex Mundi, 2009, informe que se puede consultar y descargar en http://www.lexmundi.com/images/lexmundi/PracticeGroups/LADR/Attorney_Client_Update8.09_Main_Document.pdf, visitada el 9 de julio de 2012.
- VVAA, “Regulated legal professionals and professional privilege within the European Union, the European Economic Area and Switzerland, and certain other European jurisdictions”, report to the CCBE, 2004, texto disponible en http://www.elixir.bham.ac.uk/Free%20Movement%20of%20Professionals/Links_docs/fish_report_en.pdf, página visitada el 19 de junio de 2012.
- YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, “Responsabilidad civil del abogado”, *La Universidad y las profesiones jurídicas (Deontología, Función social y Responsabilidad)*, organizado por el Consejo de la UCM, Madrid, 1998, pp. 43-95.