



Carlos Martínez Murciano,
Vicedecano del Colegio de Abogados de Málaga

El secreto profesional se ha configurado -mucho antes de la promulgación de la Constitución Española- como garante de los derechos fundamentales a la defensa y a la intimidad de los ciudadanos; por lo que podemos afirmar que el instituto del secreto profesional ha ido por delante de la legislación y, durante siglos, ha sido considerado por la sociedad en su conjunto como una garantía de la seguridad de la información confiada por los justiciables a los abogados, y baluarte -en los últimos años- del Estado de Derecho, de la privacidad y, en última instancia, de la libertad.

La regulación del secreto profesional de la abogacía se remonta en nuestra tradición jurídica al Digesto de Justiniano (año 530), contemplándose explícitamente en el Fuero Real (año 1255), en las Partidas de Alfonso X el Sabio (año 1265) y en la Novísima Recopilación de Carlos IV (año 1805).

Hoy día el secreto profesional, que adquirió rango constitucional a través de los artículos 20,1,d y 24, 2 de la Constitución Española de 1978, viene regulado en el artículo 542,3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en los artículos 32,1 y 34 del Estatuto General de la Abogacía, y en el artículo 5 del Código Deontológico de la Abogacía. A nivel supranacional, el secreto profesional, se regula en el artículo 2,3 del Código Deontológico de los Abogados de la Unión Europea que fue aprobado por el pleno de Conseil Consultatif des Barreaux Européens (CCBE) el 28 de noviembre de 1998.

El secreto profesional es un derecho y deber primordial para la abogacía. La fortaleza y el robustecimiento de este deber y derecho conllevan a que ni siquiera ceda ante los requerimientos de los órganos administrativos y judiciales, con las excepciones que se mencionan más adelante.

El deber y el derecho al secreto profesional no están basados solamente en el principio de confianza que debe presidir la relación abogado-cliente, va mucho más allá,

pues en caso contrario bastaría para su exoneración la simple instrucción del cliente. Está íntimamente relacionado no solo con el derecho a la intimidad y con el derecho de defensa (artículos 18 y 24 de la Constitución de 1978), sino con el propio interés social de la abogacía. Los tribunales para hacer justicia necesitan que se les proporcionen los hechos que apoyan las posturas de las partes expuestas de forma técnica, lo que constituye labor de los abogados. Para poder realizar esta labor los letrados necesitan conocer la totalidad de los hechos y para que los clientes les faciliten la versión veraz y completa es necesario que puedan confiar en que éste no hará un mal uso de la información confidencial. De manera que la institución del secreto está ligado a la propia subsistencia social de la abogacía, porque, de otra forma, ¿quién acudiría al despacho de un abogado para depositar sus confidencias de no saber que éste está obligado a guardar secreto?

En general, los abogados están obligados a guardar el secreto de todos los hechos o noticias que conozcan por razón de su actuación profesional, no pudiendo ser obligados a declarar sobre los mismos.

El deber y derecho del secreto profesional, por lo tanto, comprende:

- las confidencias y propuestas del cliente,
- las del adversario,

- la de los compañeros,
- todos los hechos y documentos de que hayan tenido noticia o hayan recibido por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional.

El secreto profesional también supone: *«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»*, conforme establece el artículo 34 e) del Estatuto General de la Abogacía.

En esta misma línea, según dispone el artículo 5,3 del Código Deontológico de la Abogacía, *«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»*.

Hoy día son muy frecuentes las solicitudes elevadas a la Junta de Gobierno del Colegio en las que se interesa la autorización para, por lo general, aportar a los procedimientos judiciales comunicaciones habidas entre los letrados. El asunto es delicado pues en muchas ocasiones el deber de guardar secreto colisiona directamente con los derechos de los clientes, especialmente el de defensa. Por ello la respuesta a la cuestión no puede ni debe ser lineal ya que de denegarse por sistema las peticiones acogiendo una interpretación encorsetada de la norma nos llevaría, en no pocas ocasiones, a proteger situaciones manifiestamente injustas.

El secreto debe proteger las comunicaciones entre abogados, especialmente las que correspondan a toda negociación, pero no aquellas que estrictamente supongan un acto con trascendencia jurídica material o formal realizadas en representación de un cliente. Por ejemplo, la realización de una oferta o de una aceptación, la interrupción de un plazo prescriptivo, etc, aunque para evitar conflictos resulta recomendable que ese tipo de comunicaciones sean firmadas y emitidas directamente por el cliente.

En estos supuestos y siempre que previamente se haya solicitado la autorización al compañero y, además, la comunicación suponga la única forma de probar la realidad y certeza del hecho, es criterio de la Junta de Gobierno actual la de autorizar su revelación.

Este deber-derecho no está limitado en el tiempo, el abogado estará obligado de por vida a preservar el secreto profesional de todo cuanto haya conocido en razón de su actuación profesional, sin que sea relevante para ello el cese en la prestación de los servicios al cliente.

Y además, en principio, tiene un carácter absoluto. Solamente, tal y como establece el Código Deontológico en su artículo 5,8, en 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 letrado 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.

Sin embargo ese carácter absoluto del que goza se encuentra matizado con dos puntuales excepciones:

Una, la derivada de la Ley de Prevención del Blanqueo de Capitales (artículo 3,4) y de la Directiva comunitaria, en los casos en los que se solicite del abogado su participación profesional activa en alguna de las formas previstas en la norma (transacciones, gestión de fondos, creaciones de sociedades o empresas) en una operación que pueda ser calificada como de blanqueo de capitales. En dicho supuesto la norma levanta el secreto profesional del letrado.

Otra, la derivada de la Ley General Tributaria que, en su artículo 93, no permite a los profesionales invocar el secreto profesional para impedir la comprobación de su propia situación tributaria, sin perjuicio de que ello conlleve aparejada la revelación de datos que no le son propios.

Son sujetos de este derecho-obligación no sólo el abogado, sino también, su personal o cualquier otra persona que colabore con él en su actividad profesional, tal y como dispone el artículo 5,6 del Código Deontológico de la Abogacía, de manera que el letrado deberá hacer respetar el secreto profesional a todos los empleados del despacho así como a los pasantes o colaboradores que, sin ser aún abogados, participen en su actividad.

Los efectos de la revelación del secreto por parte del abogado pueden tener relevancia penal, civil (si con la revelación del secreto se produjese a alguien un daño económico o moral), y disciplinaria.

El Código Penal castiga la revelación del secreto con la pena de prisión de 1 a 3 años y multa de seis a doce meses.

Disciplinariamente, la revelación del secreto puede considerarse falta grave o muy grave del artículo 85 a) del Estatuto General de la Abogacía, en relación con el artículo 32 y 34 e) del mismo texto legal, dependiendo de las circunstancias y de la entidad del incumplimiento, por lo que podría acarrear una sanción que podría ir desde la suspensión para el ejercicio de la abogacía de hasta 3 meses hasta la expulsión definitiva del Colegio de Abogados. 

Las limitaciones al secreto profesional se imponen

Nielson Sánchez Stewart

Después de una etapa de expansión, el secreto profesional se está viendo constreñido por la promulgación de nuevas disposiciones. Efectivamente, limitado durante siglos a la actividad de la mera defensa -ya que ésta era la que desarrollaba el abogado- se extendió a la otra modalidad de su actuación: el consejo y asesoramiento jurídico.

La Constitución Española -artículo 24.2- establece el secreto profesional como un derecho fundamental y lo proyecta al derecho a la intimidad, artículo 18. Ya en 1984, el Tribunal Constitucional -STC 110/1984- manifestó de forma contundente que si bien no hay en la Constitución una consagración explícita y reforzada del secreto bancario, sí la hay del secreto profesional.

En esa oportunidad declaró el Tribunal que: *«La confianza y la confidencialidad son, pues, dos requisitos inseparables del asesoramiento técnico del abogado defensor, forman parte del 'núcleo esencial' del derecho de defensa y no concurren cuando se impone un abogado que no aporta al justiciable la intimidad imprescindible para que haya una comunicación recíproca entre ambos que, además, debe quedar reservada, pues de lo contrario, no se manifestaría: quedaría coartada, limitada y cercenada, lo que significa una mutilación de la propia asistencia letrada».*

El art. 542.3 de la LOPJ consagra explícitamente que el secreto cubre ambas modalidades de la actuación profesional.

Las limitaciones al secreto se imponen. En los Estados Unidos de América se promulga la llamada *Patriot Act* Ley que disponía que las comunicaciones entre un abogado y su cliente, detenido o preso por la comisión de un presunto delito de terrorismo quedaba sujeta a grabación y a audición por la autoridad. Igualmente, la llamada *Sabanes-Oxley Act* promulgada tras el escándalo ENRON obliga a los abogados a que denuncien cualquier vulneración a la legislación sobre acciones ya sea desde dentro de la empresa -*up the ladder*- como desde fuera -*noisy withdrawal*.

Entre nosotros, existe la obligación de colaborar e informar a la Administración Tributaria -artículo 93 de la Ley 58/2003 General Tributaria, de 17 de diciembre, que obliga a las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, a proporcionar a la administración tributaria toda clase de datos, informes, antecedentes y justificantes con trascendencia tributaria relacionados con el cumplimiento de sus propias obligaciones tributarias o deducidos de

sus relaciones económicas, profesionales o financieras con otras personas. Pero dispone también que: *«La obligación de los demás profesionales de facilitar información con trascendencia tributaria a la administración tributaria no alcanzará a los datos privados no patrimoniales que conozcan por razón del ejercicio de su actividad cuya revelación atente contra el honor o la intimidad personal y familiar. Tampoco alcanzará a aquellos datos confidenciales de sus clientes de los que tengan conocimiento como consecuencia de la prestación de servicios profesionales de asesoramiento o defensa. Impidiendo sí que los profesionales puedan invocar el secreto profesional para impedir la comprobación de su propia situación tributaria».*

Por otra parte, la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo mantiene la inclusión de los abogados entre los sujetos que quedan obligados a realizar determinadas actuaciones en su quehacer profesional para prevenir estas odiosas conductas. Cuando participan en la concepción, asesoramiento o realización de transacciones por cuenta de su cliente relativas a la compraventa de inmuebles, gestión de fondos, apertura o gestión de cuentas bancarias, organización y gestión de empresas, sociedades fiduciarias y otras estructuras análogas o cuando representan a su cliente quedan obligados a colaborar con el SEPBLAC y comunicarle, por iniciativa propia, cualquier hecho u operación respecto al que exista indicio o certeza de que está relacionado con el blanqueo de capitales o con la financiación del terrorismo.

La aprobación de una nueva legislación que insiste en la sujeción de los letrados cuando participan en el asesoramiento de operaciones por cuenta de clientes a pesar de la insistencia de la abogacía en que se eliminase la referencia a esa función propia aunque no exclusiva constituye una nueva limitación al secreto.

El Artículo 22.2 de la nueva normativa establece: *«Sin perjuicio de lo establecido en la presente ley, los abogados guardarán el deber de secreto profesional de conformidad con la legislación vigente».*

El *«sin perjuicio»*, una locución adverbial que significa *dejando a salvo*, esto es, incólume, deja pocas dudas sobre la rebaja a la obligación de guardar el secreto profesional.

La ley no constituye al abogado en sujeto obligado cuando se limita a asesorar sino cuando participa en la operación, participación que puede revestir diversas formas, que, siguiendo la disposición en cuestión, pueden revestir las de concebir, realizar o asesorar, pero siempre participando, esto es, siendo parte.

Por eso, puede hablarse de un asesoramiento puro y un asesoramiento participativo o de un asesoramiento anterior a la realización de la operación y un asesoramiento posterior, cuando la operación ya está realizada.

Este segundo asesoramiento, puro asesoramiento no sitúa al abogado en la posición de sujeto obligado. Fundamentalmente, porque no participa -verbo que rige el sintagma- en una operación que ya está realizada.

En suma, el secreto subsiste pero no cubre -como nunca lo ha hecho por lo demás- los actos propios, los relativos a la propia actuación del abogado, incorrecta, aunque ignore que lo esté haciendo, en este caso, cuando participa de forma activa en el blanqueo de capitales.

A pesar de que el secreto profesional tiene un anclaje constitucional es la ley por mandato constitucional la encargada de fijar sus límites y su mayor o menor extensión aun cuando podría sostenerse la exigencia de una ley orgánica para regularlo. Pero hay que reconocer que mientras en la vertiente de la defensa, el secreto es esencial, ya que sin respetarlo no hay defensa posible en las demás de la actividad profesional, el secreto es dispensable y la ley puede limitarlo.

Hay que tener siempre presente que el secreto profesional no es una institución para proteger al abogado sino exclusivamente en beneficio del justiciable, de su cliente y de las demás personas que se relacionen con aquél. Que, por eso, no es dispensable, no está sujeto a limitación de tiempo y es predicable respecto de todos cuantos colaboran con el letrado. 