

# Defensa, asesoramiento, gestión jurídica

Nielson **Sánchez Stewart**

**Hace unos días hablaba con un compañero, con el que tengo la suerte de intercambiar con frecuencia experiencias y reflexiones, sobre un acontecimiento que ocurrió durante el año 2005, cuando yo era Decano. Fruto de esa conversación interesante es este artículo.**

**E**l secreto profesional y sus límites están de moda. Sus últimos embates en temas de gran importancia han hecho que se replanteen muchas ideas que eran *obiter dicta*. Se ha partido de una base falsa: que el secreto profesional se ha establecido en beneficio de los abogados cuando lo cierto es que se justifica solamente porque beneficia al cliente y, en definitiva, a la sociedad ya que es garantía de dos derechos consagrados como fundamentales en la Constitución Española, a la defensa –artículo 24– y a la intimidad –artículo 18– además de ser la base en que descansa la abogacía que no se concibe sin la confidencialidad de las relaciones entre cliente y letrado. Para los abogados es una carga. Se mira al instituto con desconfianza por la autoridad y hasta por los tribunales y los atentados de los últimos años han sido varios. Desde la sentencia en el asunto M & S del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sobre el secreto de los abogados de un solo cliente, pasando por la *Patriot's Act* promulgada en los Estados Unidos de América sobre las comunicaciones entre abogados y sus clientes, cuando éstos son «presuntos terroristas»; la *Sabanes-Oxley Act* que impone



obligaciones de declarar a los letrados que conocen irregularidades financieras de sus clientes hasta las II y III Directivas que incluyen a los abogados entre los sujetos obligados a colaborar con la prevención del blanqueo de dinero, o de capitales.

Vivimos hoy en un mundo donde la aparente contradicción entre justicia y seguridad se ha decantado claramente en beneficio de la segunda. La sociedad se escandaliza menos cuando un inocente está en prisión que cuando un culpable está en la calle y tiende a olvidar que los conceptos de orden y seguridad no son antagónicos al de justicia porque ésta es básica para que haya orden y seguridad y sin justicia no hay más que abuso y tiranía bajo una imagen de quietud que no es más que la paz de los sepulcros. El obtener que las cosas se pongan en su lugar es labor de todos y especialmente de los abogados que debemos hacer comprender a los demás que al defender y asesorar a nuestros clientes, por más repugnantes que parezcan a primera vista los hechos que se les imputan, no hacemos más que servir a la justicia y al estado de derecho.

Es posible que en el pasado se haya abusado de un concepto tan absoluto como el del secreto profesional,



sin límites temporales, exigible a todos los letrados, a todos cuantos con ellos colaboran, ineludible, inexcusable. Omnicomprensivo pues abarca «todos los hechos o noticias» que se hayan llegado a conocer en razón de cualquiera de las formas de ejercicio profesional. Hechos conocidos o reservados, incluso aquéllos de dominio público. Constituía un campo apetecible para ser invadido por aquellos que tienen algo ilícito que ocultar. Y claro, una sociedad basada en la igualdad no tolera la existencia de que alguien se acoja a sagrado y eluda así la acción de la justicia.

A lo mejor, será necesario revisar profundamente el concepto de secreto profesional para adecuarlo a los derechos de los ciudadanos y de la sociedad. Quizá no debería ser lo mismo el secreto en la función de defensa que la confidencialidad de aquello que se revela en el asesoramiento. Y, desde luego, es difícil predicarlo con carácter absoluto cuando se trata de otras actividades que emprende el letrado en esa adquisición progresiva de facultades que viene experimentando –afortunadamente– la profesión en los últimos años. No debe olvidarse que si bien nuestra profesión no cuenta con una regulación legal armónica sí está definida por la ley. El artículo 542 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que es abogado el licenciado en Derecho que se dedica profesionalmente a la defensa y al asesoramiento y consejo jurídico. Y cuando impone a éste la obligación de guardar secreto de todo cuanto conoce en el ejercicio de su profesión, en cualquiera de

sus formas, se está refiriendo a esas formas de ejercicio, no a otras que pueda legítimamente adoptar dentro de un mercado libre y en libre competencia. Pero en estas actividades, que se van haciendo usuales entre nosotros en razón de que ya lo son en países de nuestro entorno y debido al fenómeno de la globalización, funciones tales como la representación, administración de fondos, de sociedades, de patrimonios que pueden englobarse dentro del concepto de gestión -jurídica si se quiere porque son precisos conocimientos jurídicos para desempeñarla- son de difícil encuadre dentro de las funciones esenciales del abogado hoy por hoy y resulta difícil su justificación de privilegiadas por el secreto.

Mientras la defensa y el asesoramiento son materias cubiertas inexcusablemente por el secreto profesional y nunca, bajo ninguna circunstancia le será lícito al letrado revelar lo que conoce en el ejercicio de éstas, sus funciones primordiales, ni nadie podrá relevarle de tal deber ni ordenarle que lo haga, no se puede extender esta obligación más allá de sus justos límites. Por eso, es necesario hacer una conciliación entre las diversas obligaciones que pesan sobre el abogado, conciliación que pasa por distinguir entre sus funciones propias (tradicionales en la terminología que emplea la sentencia de la Corte Constitucional belga de 23 de enero de 2008) y las no tradicionales. Las primeras son la defensa y el asesoramiento jurídico. Entre las segundas está la gestión jurídica. Mientras las primeras se desarrollan en beneficio del derecho y de la sociedad y la condición de abogado del que las realiza es imprescindible, las segundas pueden ser realizadas por otros profesionales y acceden exclusivamente al interés del cliente. Esta distinción que no es siempre fácil de apreciar tal como ya lo reconocía el Abogado General Poiars Maduro en sus conclusiones en el asunto 305/2005 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. En la defensa y el asesoramiento, el abogado actúa no sólo en interés de su cliente, sino también en interés del Derecho, en las restantes, en cambio, prevalece únicamente el interés del cliente y el letrado actúa como un simple asesor financiero o comercial.

El Tribunal Supremo declaró en la famosa sentencia de 10 de noviembre de 1990 que entre los actos propios de la profesión de abogado están las «consultas, consejos y asesoramiento, arbitrajes de equidad o de Derecho, conciliaciones, acuerdos y transacciones, elaboración de dictámenes, redacción de contratos y otros actos jurídicos en documentos privados, práctica de particiones de bienes...».

Pero subsiste la incertidumbre en relación a la propia definición de lo que constituye la actividad de asesora-



miento y su significado, si es la exposición del marco y las implicaciones jurídicas de la operación considerada, o la evaluación con el fin de adoptar la mejor estrategia para llevar a cabo una actuación o una operación económica o comercial en interés del cliente.

Al no estar la significación de estos conceptos claramente fijados en la ley con claridad, exactitud y precisión es preciso recurrir a la Academia. Y así, asesoramiento es «acción o efecto de asesorar o asesorarse» y asesorar es «dar consejo o dictamen», en forma pronominal es «tomar consejo del letrado asesor, o consultar su dictamen» y, en general, también en esa forma «tomar consejo de otra, o ilustrarse con su parecer».

Dictamen no es sólo el texto escrito, generalmente extenso, con antecedentes, consideraciones y conclusiones que constituyen una de las producciones normales de un abogado, es también la «opinión y juicio que se forma o emite sobre algo». Por eso, el asesorar jurídicamente no es solamente emitir un dictamen sino indicar cómo se debe proceder para conseguir o evitar algo de acuerdo con la norma.

Pero el límite de lo que es puro asesoramiento y de lo que ya es gestión sigue siendo difuso en la práctica.

Redactar un contrato a requerimiento de un cliente, por ejemplo, ¿es asesorar o es algo más? A mí no me cabe duda que un contrato redactado por un abogado no es más que el producto del asesoramiento prestado a su cliente respecto del objeto sobre el que versa y sobre el que se ha volcado todo el consejo esperable de éste. Mientras ese contrato, el documento en el que consta se mantiene como un proyecto en el ámbito de la correspondencia entre cliente y letrado es absolutamente secreto, nadie tiene acceso a él; es una simple comunicación cuya confidencialidad está garantizada nada menos que por la Constitución Española. Pero cuando el documento se firma por las partes nace a la vida jurídica, pasa a tener existencia propia y si bien es privado, particular o personal, reservado, no es secreto. El diccionario, define documento privado no en atención a su privacidad sino como aquél que «autorizado por las partes interesadas, pero no por funcionario competente, prueba contra quien lo escribe o sus herederos...».

El asesoramiento y el consejo no se presta sino en dos formas, oralmente a través de conversaciones que no pueden ser grabadas sin la autorización de todos los asistentes y que aun en ese caso siguen siendo secretas, y por escrito, a través de cartas, telegramas, facsímiles, correos electrónicos o cualquier otra forma. Esa documentación, la que da testimonio del consejo es secreta.

Pero hablaba de un acontecimiento que ya se antoja remoto pero que puede suceder en cualquier momento. Un letrado fue imputado de un presunto delito de desobediencia al resistirse a entregar voluntariamente a los agentes de la policía que tramitaban una comisión rogatoria de un juzgado de otro país de la Unión Europea «cuanta documentación fuera relevante» para la investigación concerniente a dos ciudadanos extranjeros y una sociedad mercantil domiciliada en el extranjero «y que obre en su poder», tal y como había sido acordado por el juzgado que tramitaba la comisión rogatoria hasta que pudiese consultar con su Decano y su Colegio si esa entrega vulneraba su obligación de guardar el secreto.

El Juzgado consideró que el letrado incumplió la orden judicial sin justificación alguna pero que no se apreciaba en su conducta una voluntad de desobedecer la orden judicial, sino tan sólo dudas o vacilaciones y una actitud dubitativa y renuente, «no justificada, pero comprensible».

¿Qué debía haber hecho el letrado? La solución en el próximo capítulo. [m](#)