MÁSTER UNIVERSITARIO EN ACCESO A LA PROFESIÓN DE ABOGADO POR LA UNIVERSIDAD DE CANTABRIA

(EN COLABORACIÓN CON EL ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE CANTABRIA)

TRABAJO FIN DE MÁSTER

CURSO ACADÉMICO 2022-2023

TÍTULO

EL SECRETO PROFESIONAL EN LA ABOGACÍA ESPAÑOLA: FUNDAMENTOS Y RÉGIMEN JURÍDICO

WORK TITLE

PROFESSIONAL SECRECY AND SPANISH LAWYERS: BASIS AND LEGAL REGULATION

AUTOR/A (nombre y dos apellidos)

JAVIER FERNÁNDEZ PEÑA

DIRECTOR/A:

JOSÉ IGNACIO SOLAR CAYÓN

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN……4

1. EL SECRETO PROFESIONAL COMO INSTITUCIÓN JURÍDICA: EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y FUNDAMENTO IUSFILOSÓFICO….7

1.1. Etimología y notas esenciales del secreto profesional……..7

1.2. Evolución histórica del secreto profesional……17

1.2.1. Posible origen: Derecho Romano y Derecho Canónico……..…17

1.2.2. Desarrollo histórico en España: del Fuero Real al vigente Código Deontológico…….....21

2. RÉGIMEN JURÍDICO VIGENTE DEL SECRETO PROFESIONAL…….....28

2.1. Normas internacionales……....28

2.2. Normativa interna……..31

2.2.1. Regulación constitucional del secreto profesional: su consideración como derecho fundamental……...31

2.2.1.1. El secreto profesional como información protegida por el derecho a la intimidad……....33

2.2.1.2. El secreto profesional y su posible encaje en el artículo 24 CE: defensa del cliente y función social de la abogacía……35

2.3. El secreto profesional en la ley española: LOPJ, Código Penal y leyes sectoriales……....38

2.3.1. El secreto profesional en la normativa interna y deontológica de la abogacía: EGAE y CDAE……..42

2.3.2. Referencia a la normativa sectorial……47

2.4. El secreto profesional en el Derecho comparado……...49

2.4.1. El secreto profesional en el entorno del *Common Law*……..50

2.4.2. El secreto profesional en los países de Derecho Continental……54

3. CUESTIONES PROBLEMÁTICAS DEL SECRETO PROFESIONAL A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA NACIONAL E INTERNACIONAL……57

3.1. Secreto profesional y los abogados de empresa: análisis del caso Akzo Chemicals…….....57

3.2. El despacho profesional y su protección frente a los registros: su consideración como domicilio por parte del TEDH……..61

3.3. Secreto profesional y administración tributaria: ¿Una solución definitiva?.....63

3.4. El secreto profesional ante la comisión inminente de delitos y el dictado de resoluciones injustas. La necesidad de la ponderación……...70

3.5. La interceptación de las comunicaciones entre abogado y cliente en el ámbito penitenciario……..73

3.6. Secreto profesional y nuevas tecnologías: perspectivas y desafíos…….76

CONCLUSIONES……79

BIBLIOGRAFÍA……83

INTRODUCCIÓN

Son muchas las perspectivas desde la que el estudioso puede aproximarse a la abogacía. Podemos, de esta forma, visionar al abogado desde su dimensión procesal, como partícipe (que no parte) de un determinado procedimiento judicial. Por otro lado, el abogado cumple también las funciones de asesor y consejero jurídico de su cliente, guiándole respecto a la mejor forma de solventar los problemas que le acucian.

En una u otra vertiente de su labor profesional, el abogado necesita, como resulta evidente, comunicarse con su cliente, sea de forma oral o escrita, presencial o electrónica. La naturaleza de los datos revelados puede variar y oscila entre cuestiones patrimoniales y datos sumamente personales que afectan a la más estricta intimidad del sujeto.

Al margen de la privacidad que revista la información suministrada por el cliente a su letrado, queda claro que se puede causar un importante perjuicio de índole moral al primero en caso de que estas cuestiones lleguen a conocimiento de terceros y, en el marco de un procedimiento, al tribunal o a la parte contraria.

En base a lo ya comentado, se puede inferir sin dificultad que el secreto profesional, objeto de estudio de este trabajo, está dotado de una importancia decisiva para la profesión de abogado, hasta el punto de que su ausencia convertiría en imposible el desempeño de la profesión. En este sentido, el Estatuto General de la Abogacía Española actualmente vigente considera en su art. 1.3 el secreto profesional como uno de los *principios rectores y valores superiores* de la profesión.

El secreto profesional funciona como una garantía múltiple: tanto del abogado frente a los poderes públicos como del cliente frente al abogado. Es por ello que para el letrado el secreto profesional tiene una doble naturaleza: derecho y deber, garantía y obligación.

Los motivos por los cuales el secreto profesional puede resultar de interés son numerosísimos y contemplarlos todos detalladamente en un solo texto excedería con creces la extensión prevista para un Trabajo de Fin de Máster. Dado que es justo considerar el secreto profesional como una de las piedras angulares de la profesión de abogado, no es difícil de comprender que se hayan generado controversias respecto del secreto profesional, su extensión y sus límites.

En el marco jurídico no exclusivamente español sino europeo han estado sujetas a debate diferentes problemáticas del secreto profesional. Tanto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) como muy especialmente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) han emitido pronunciamientos que nos resultan de suma utilidad para comprender en mayor grado la delimitación del secreto profesional y su eventual conflicto con otros derechos y deberes.

Uno de los desafíos a los que hace frente en la actualidad el secreto profesional es la normativa para la prevención de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo, que establece que en determinados supuestos el secreto profesional debe ceder frente a deberes de información para con la administración. Esta exigencia hacia al abogado ha generado un debate que será objeto de análisis en la parte final de este trabajo.

En definitiva, la finalidad de este trabajo de investigación no es otra que examinar la institución del secreto profesional. En primer lugar, se repasarán tanto su fundamento filosófico como la evolución histórica desde el Derecho Romano hasta nuestros días. Una vez situemos nuestro estudio en la actualidad, se hará referencia a las diferentes normas que regulan o inciden en el secreto profesional, tanto a nivel español como europeo. Se incluirá también una somera referencia al Derecho comparado al fin de encuadrar y entender mejor la regulación española. En último lugar, el trabajo tratará, a la luz de la jurisprudencia tanto del TEDH y del TJUE como del Tribunal Constitucional (en adelante, TC) y del Tribunal Supremo (TS), algunos de los problemas recientes más frecuentes y de los conflictos a los que se ve sujeta la institución del secreto.

1. EL SECRETO PROFESIONAL COMO INSTITUCIÓN JURÍDICA: EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y FUNDAMENTO IUSFILOSÓFICO

1.1. ETIMOLOGÍA Y NOTAS DEFINITORIAS DEL SECRETO PROFESIONAL

Es indispensable, a la hora de trazar las líneas que delimitan el secreto profesional, examinar los diferentes intentos de conceptualizar esta institución jurídica. Las definiciones, que difieren entre ellas en mayor o menor grado dependiendo del contexto socio-histórico, son abundantes, dada la importancia que reviste esta figura dentro del ejercicio de la abogacía[1]. Consideramos útil incluir también en este apartado el tratamiento que ha dado el pensamiento jurídico al secreto, al objeto de entender de una forma más completa la institución cuando más adelante se estudie su régimen normativo.

En primer lugar, resulta conveniente clarificar desde un punto de vista lingüístico el término *secreto*. Según el diccionario de la Real Academia Española, la voz "secreto" tiene su origen etimológico en el latín *secretum*. *Secretum* es la forma supina del verbo *secernere*[2], que significa *separar, poner aparte*[3]. Así, secreto habría acabado vinculándose a cualquier información que es aislada o separada, con el objeto de que no llegue al conocimiento de otros.

Secreto es una palabra de gran pluralidad semántica, como demuestra que se recojan un total de 12 acepciones. De todas ellas, la que más relevante resulta a efectos de este trabajo es la primera: "Cosa que cuidadosamente se tiene

[1] A este respecto, presenta una especial utilidad el estudio realizado por ANDINO LÓPEZ, J. A., *La nueva configuración del secreto profesional del abogado,* Librería Bosch, Barcelona, 2021, que sirve de importante referencia en esta parte del trabajo.

[2] Conforme a la tabla de conjugaciones de: https://www.nihilscio.it/Manuali/Lingua%20latina/Verbi/Coniugazione_latino.aspx?verbo=secerno&lang=ES_

[3] Cfr. https://www.dizionario-latino.com/dizionario-latino-italiano.php?parola=secerno.

reservada y oculta". El secreto profesional cuenta con una entrada propia en el diccionario de la RAE, que indica que se trata del "deber que tienen los miembros de ciertas profesiones, como los médicos, los abogados, los notarios, etc., de no revelar los hechos que han conocido en el ejercicio de su profesión". La referencia explícita a los abogados a modo de ejemplo parece indicar que se trata de una de las profesiones prototípicas en las que aparece esta figura jurídica.

Respecto del Diccionario Panhispánico del Español Jurídico, podemos considerar menos precisa y prolija su delimitación conceptual del secreto profesional, que resulta ser "secreto conocido con ocasión del ejercicio de una profesión"[4]. Cabe aclarar que esta entrada del referido diccionario no es la única interesante para el estudioso del secreto. Así, este proyecto dirigido por la Real Academia Española contiene también las acepciones de lo que denominan *Obligación de guardar reserva* y *Obligación de sigilo*. La definición de ambas es más extensa que la de secreto profesional. La primera está vinculada al artículo 279 del Código Penal, referido al secreto empresarial y, por tanto, de interés menor en el ejercicio habitual de la abogacía. La segunda es descrita como el "deber de los profesionales de no divulgar los secretos de otras personas".

Dentro de las definiciones del terreno netamente lingüístico, nos parece más lograda la del Diccionario de la RAE que la del Panhispánico del Español Jurídico, puesto que aquella es más detallada y extensa. No obstante, el objetivo del apartado es poder dar una definición jurídica del secreto, por lo que el prisma filológico se revela en todo caso insuficiente y ha de completarse necesariamente con definiciones dadas por juristas.

Como definición jurídica, nos resulta especialmente completa la realizada por el Consejo General de la Abogacía Española en su IV Congreso, celebrado en León en 1970, que define el secreto profesional del siguiente modo: "El secreto profesional es aquel principio moral y jurídico que constituye al Abogado en la obligación y en el derecho ineludible de no revelar ningún hecho ni dar a conocer ningún documento de los que hubiere tenido noticia por razón de ejercicio de su profesión. Este secreto debe alcanzar a los hechos que el Abogado conozca por pertenecer a la Junta de Gobierno o al

[4] Cfr. https://dpej.rae.es/lema/secreto-profesional.

Consejo General y aquellos otros de los que tenga conocimiento como asociado, colaborador o pasante de un compañero"[5].

Si bien son abundantes los trabajos doctrinales que han abordado el secreto profesional, no son tantos los que se han ocupado de reflexionar acerca de la esencia de esta institución, que reviste en verdad un significado bastante complejo, hasta el punto que no resulta pretencioso decir que definir el secreto profesional es pensar acerca de la propia función del abogado. La escasez de estudios sobre el secreto profesional, su concepto y naturaleza jurídica puede explicarse en base a la fama de dificultosa que posee esta materia, hasta el punto de que el jurista francés Louis Hugueney llegaría a decir que "no existe teoría más difícil de construir que la del secreto profesional"[6].

Para no exceder la extensión aconsejable en este apartado trataremos de sacar conclusiones valiéndonos de tres autores: Ángel Ossorio y Gallardo, Miguel Fenech Navarro y José Rigó Vallbona.

Respecto de Ángel Ossorio (1873-1946), le escogemos no únicamente por su peculiar preocupación por determinar los fundamentos del secreto profesional y la importancia que revisten para el abogado, sino también porque se trata de una figura de gran interés biográfico y personal. Ossorio puede considerado como una figura de significativa influencia en la forma posterior de contemplar la profesión de abogado. A efectos ilustrativos, baste recordar las palabras del decano del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia, Francisco Real, según la cual la obra cumbre de Ossorio, *El alma de la toga*, "ha servido de guía a infinidad de abogados, no sólo en España (…), sino también en Iberoamérica"[7].

Este libro, publicado por primera vez en 1919[8], no contenía en su origen referencia pormenorizada al secreto profesional, pero, sobre la base de una conferencia

[5] Cita que tomo de TRIGO ALONSO, A. M., ''El secreto profesional del abogado'', *Revista Digital de Acta*, 2020, p. 2
[6] Cita que tomo de RIGO VALLBONA, J., *El secreto profesional de abogados y procuradores en España*, Ed. Librería Bosch, Barcelona, 1988, cit., p. 90
[7] VV.AA. *Sobre el alma de la toga*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, p. 11
[8] OSSORIO Y GALLARDO, A., *El alma de la toga*, Ediciones Praxis, Buenos Aires, 1970, p. XXI

pronunciada en 1942 en la Universidad de La Plata, se acabó optando por ampliar la obra en una nueva edición que incluía dicho texto, que procedemos a examinar.

La primera y más significativa nota característica la podemos extraer de la propia formación y trayectoria de Ossorio: un abogado católico vinculado al maurismo que acabaría evolucionando hacia un republicanismo conservador que le costaría el exilio tras la Guerra Civil. No sorprenden, por tanto, la comparación entre el secreto profesional del abogado y el de confesión sacerdotal[9], ni tampoco un tono indudablemente iusnaturalista que se puede apreciar en el VII Mandamiento de su Decálogo del Abogado: *Pon la moral por encima de las leyes*[10].

Para Ossorio sólo se puede entender el secreto profesional desde el prisma de la naturaleza de las cosas, en concreto, del carácter de la relación entre abogado y cliente. Descartando que la relación en sí nazca de un contrato (lo cual posee indudable sentido si pensamos que el secreto profesional interviene incluso en los casos en que el letrado decline el encargo), el origen parece hallarlo Ossorio en el carácter sacramental y cuasi-sacerdotal que desprendía la profesión en época romana. La abogacía sería así *un ministerio*, descartando de este modo las ideas de juristas franceses, como Pellegrin, que lo hacían parecer un contrato de depósito.

Si bien esta idea casi clerical del abogado dota a la figura de un cierto toque paternalista que está completamente ausente en la concepción actual de la profesión, ello no desmerece en absoluto el mensaje de Ossorio. El elevadísimo ideal deontológico del letrado madrileño puede verse en frases como la de que ‘’no es admisible quebrantar el secreto ni ante la mayor amenaza ni ante el mayor peligro (…) si (a la profesión) la miramos como un ministerio, morir será un simple accidente”[11].

La reflexión de Ossorio concluye con una exposición casuística de supuestos, varios de ellos inspirados en su práctica profesional. En la mayoría de estos supuestos destaca una vez más el carácter eminentemente moralista de su forma de ver la profesión de abogado, si bien se ponen de manifiesto problemas como los perjuicios irreparables que puede conllevar mantener el secreto profesional (existiría así una dispensa del

[9] Cfr. OSSORIO Y GALLARDO, A., *El alma de la toga*, cit., p. 43.
[10] *Ibidem*, p. 205.
[11] *Ibidem*, p. 50.

deber de secreto en caso de que se estuviera a punto de ejecutar a un inocente por un crimen y el abogado conociera en el ejercicio de su profesión la identidad del culpable).

Es indudable también que Ossorio ha ayudado a configurar la evolución de la deontología en España y particularmente la del secreto profesional. Se adelanta así a la regulación presente en el 22 del *Estatuto General de la Abogacía* (en adelante, EGAE) o en el 5 del *Código Deontológico de la Abogacía Española* (en adelante, CDAE) en diversas cuestiones. Por ejemplo, considera que el deber de secreto profesional existe desde el mismo momento en que el abogado acepta tratar con un potencial cliente y subsiste aunque no se acepte el encargo[12], si bien es cierto que ideas similares se encuentran ya en la primera década del siglo XX[13]. Por otro lado, afirmaciones como que el abogado de un banco que ha cometido fraudes u otro tipo de actos ilícitos puede hacer público que se va a producir una futura quiebra vulnerando el secreto profesional[14] resultan algo más discutibles.

En segundo lugar, debemos destacar la visión de Miguel Fenech Navarro (1912-1987), destacado procesalista que desarrolló la mayor parte de su carrera en la Universidad de Barcelona[15]. El abordaje de este catedrático difiere un tanto del que realiza Ossorio, pues tiende más a una clasificación estrictamente jurídica sin centrar (ni tampoco desdeñar) su enfoque en las consideraciones éticas inevitables en la deontología.

Fenech es uno de los pioneros, al menos en España, en realizar un análisis sistemático del secreto profesional de la abogacía, estructurando sus reflexiones en diferentes clasificaciones, vertientes o subdivisiones del secreto, desmontando el objeto principal para poder estudiar sus componentes. Así, según Fenech, se puede dividir el secreto del abogado en:

- Secreto natural: categoría más vinculada a lo moral que a lo jurídico y que parece relativa a la especial necesidad de ser discreto en una profesión como

[12] Cfr. OSSORIO Y GALLARDO, A., *El alma de la toga,* cit. p. 56
[13] Es el caso de los comentarios al Código Penal de 1870 de Groizard y Gómez de la Serna, publicados en 1902 y mencionados por TRIGO ALONSO, A. M., cit., p. 4
[14] Cfr. OSSORIO Y GALLARDO, A., *El alma de la toga,* cit. p. 57
[15] Notas biográficas tomadas del Diccionario Biográfico Español de la Real Academia de la Historia: https://dbe.rah.es/biografias/75979/miguel-fenech-navarro

la abogacía. El hecho de que se derive de la moral y no del Derecho hace que sea una figura vinculante para el abogado incluso cuando el cliente no lo pida o no exista obligación jurídica, puesto que para Fenech la finalidad del secreto es evitar daños a terceros[16].

Una de las vertientes de dicho secreto natural es el:

- Secreto profesional: el que reviste verdadera importancia deontológica, cuya nota definitoria reside precisamente en el adjetivo *profesional*. Incluye cualquier información obtenida durante el ejercicio de la abogacía.

La impronta iusnaturalista o *moralista* en la concepción que plasma Fenech del secreto puede comprobarse en la distinción trazada entre secreto natural a título de justicia y a título de caridad[17]. En la exposición casi fenomenológica de estos secretos, se diferencia entre a título de justicia y a título de caridad en razón de que el primero solo puede decaer por justa causa, mientras que, si es a título de caridad, al ser esta voluntaria y no exigible, puede revelarse el secreto si es posible que el que lo guarda pueda verse perjudicado al mantenerlo. El secreto profesional sería, para Fenech, a título de justicia.

Al igual que sucedía con el pensamiento de Ossorio, no puede dejarse de soslayo que el entorno iusfilosófico de Fenech Navarro es muy diferente al actual. Podemos mantener, eso sí, su distinción entre secreto profesional objetivo y secreto profesional subjetivo. El primero hace referencia al hecho en sí que es revelado al abogado, mientras que el segundo es la obligación como tal de mantenerlo fuera del conocimiento de los demás.

Por último, merece por lo extenso de su análisis especial referencia la obra de José Rigo Vallbona *El secreto profesional de abogados y procuradores en España*. La obra de este jurista, que al igual que las dos anteriores mantiene un prisma iusnaturalista[18],

[16] Cfr. FENECH NAVARRO, M., ‘’El secreto profesional del abogado’’, *Revista Jurídica de Catalunya*, 1949, p. 380
[17] Cfr. ANDINO LÓPEZ, J. A., *La nueva configuración del secreto profesional del abogado*, cit., p. 34
[18] En concreto, un iusnaturalismo de inspiración escolástica, ya que se llega a hablar de unas “normas naturales que regulan el secreto” prescritas al hombre por Dios (RIGO VALLBONA, J., *El secreto profesional de abogados y procuradores*, cit., p. 43).

es no obstante la que aporta una mayor variedad de puntos de vista. A juicio del que esto escribe, Rigo Vallbona es el mejor teórico del secreto profesional y el que logra aportar la definición más pulida del mismo.

El concepto que incluye Rigo Vallbona en su libro es el siguiente: ‘’El deber de secreto profesional 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 una sociedad en un determinado estado de cultura, en virtud de la cual obligación el profesional no puede comunicar a otros aquel conocimiento[19]’’.

De todo ello extraemos las siguientes notas características:

a) **De orden e interés público:** si bien Rigo Vallbona halla un origen eminentemente teológico[20], entendemos que resulta de menor complejidad teórica relacionar el secreto profesional con el mantenimiento de un orden público imprescindible para el correcto ejercicio de la abogacía.

b) **Fundamento moral y social**: el examen histórico que reproduciremos más adelante revela que el secreto profesional, en origen, tuvo una naturaleza más ética que propiamente jurídica.

c) **Nacimiento vinculado al ejercicio de una profesión**: este es uno de los puntos respecto de los que existe un menor acuerdo. Es bien conocido que el art. 1089 CC indica que ‘’Las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y cuasi contratos, y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia’’. Si bien todos admiten que es *conditio sine qua non* el ejercer la profesión para estar vinculado jurídicamente por el secreto, algunos autores subjetivistas sostienen que el origen del secreto profesional se halla en un contrato entre el abogado y su cliente[21], pero ello conduciría a concluir que el abogado puede revelar datos confidenciales obtenidos de alguien cuyo encargo ha rechazado. Aunque

[19] *Ibidem*, p. 79.
[20] *Ibidem*, p. 72.
[21] En concreto, tal y como sostiene RIGO VALLBONA, J., *El secreto profesional de abogados y procuradores*, cit., se trataría de un contrato de depósito.

en parte Rigo Vallbona muestra argumentos a favor de que el origen se halla en la *voluntad de reserva*[22], si realmente se tratara de una obligación derivada de la voluntad del cliente y no de derecho público extracontractual, no se podría explicar satisfactoriamente que el secreto profesional prevalezca incluso pese al consentimiento del cliente, si bien esta última cuestión queda en entredicho dada la contradicción actualmente existente entre el art. 5.10 CDAE y el art. 23.6 EGAE, en la que profundizaremos en otro apartado.

d) **Una profesión cuya cultura y desempeño son necesarios a los miembros de una sociedad en un determinado estado de cultura:** Todas las profesiones en las que existe el secreto profesional (medicina, abogacía, procuraduría, etc.) son aquellas en las que, generalmente por cuestiones que escapan del control del cliente, se vuelve necesario acudir a un profesional y confiarle, para el correcto desarrollo de su trabajo, una serie de informaciones de carácter personal. Sería, de esta forma, absurdo hablar del secreto profesional de un camarero o de un peluquero por muchas confidencias que pueda hacerle un usuario de su servicio. Aquí cobra sentido la diferenciación entre secreto profesional *lato sensu* (de carácter más moral) y s*tricto sensu*, que abarcaría exclusivamente las profesiones en la que la confidencia resulta *imprescindible*. Es una idea que está también presente en autores algo más recientes como Fernández Vázquez, que derivan el secreto profesional de lo que llaman secreto confidencial o confiado. "Confidencial, cuando la confidencia se ha hecho a un hombre que está obligado por razón de su oficio a prestar ayuda o a dar consejo. Profesional cuando se ha confiado, ya de palabra, ya en sus acciones, a un hombre a quien su profesión obliga a asistir a los demás con sus consejos o cuidados, por ejemplo: abogado, contador, médico, sacerdote, consejeros de oficio"[23]. La percepción de la función social que han tenido la abogacía o la medicina han contribuido enormemente a su presente configuración.

Resulta contradictorio que se haga referencia, no obstante, al estado de cultura cuando Rigo Vallbona defiende que el secreto profesional, al margen de eventuales

[22] Cfr. RIGO VALLBONA, J. *El secreto profesional de abogados y procuradores,* cit., p. 31
[23] Citado por TRIGO ALONSO, A. M., "El secreto profesional del abogado", cit., p. 3

configuraciones contingentes, procede del derecho natural y, por tanto, tendría un carácter universalista.

e) **Vincula al profesional:** parece evidente que el profesional se halla vinculado por el secreto profesional y existe una sanción deontológica en caso de que infrinja el deber de mantenerlo. Si bien la tecnología ha reducido sustancialmente el número de personal necesario para asistir al abogado en su labor (por ejemplo, el caso de los secretarios) debe entenderse, y en esta línea va la normativa más reciente referente al deber de secreto, que quienes asisten al abogado en sus tareas, pese a no desempeñar la profesión, se encuentran también obligados a mantenerlo. Es cierto, no obstante, que este personal auxiliar, al no ser abogados en ejercicio, no podrían ser sancionados deontológicamente, por lo que el responsable en última instancia sería el abogado (ver en este sentido el art. 5.7 CDAE y 22.4 EGAE).

Una vez hecho el repaso a estas notas características, observamos, que la definición propuesta por Rigo Vallbona es en esencia correcta y aplicable a la actualidad, si bien es cierto que puede apreciarse en algunas de las notas un cierto sesgo iusnaturalista que lastra la conceptualización planteada del secreto. Esto fuerza a recomendar que se plantee, de forma urgente, un nuevo intento doctrinal de trazar una definición de secreto profesional más acorde al paradigma actual de entendimiento del Derecho. Sea como fuere, en esta definición se encuentran también las notas características de la adoptada en el IV Congreso de la Abogacía Española que referíamos al principio. Dado que la anterior es una definición del secreto profesional en general, cabe añadir a efectos de centrar mejor la temática del trabajo una última nota definitoria.

f) **Del abogado:** abogado debe ser entendido aquí tanto desde un punto de vista material como formal[24]. Abogado desde un punto de vista material es aquel que realiza las labores propias de la profesión de la abogacía (asesoramiento, asistencia jurídica ante los tribunales), mientras que, desde el punto de vista formal, podemos considerar como tal a quien ha superado los exámenes necesarios para el acceso a la profesión y se halla colegiado. Si bien se requieren ambos aspectos para que exista la vinculación por el secreto profesional, debe destacarse que el deber de secreto no está limitado en

[24] Cfr. TRIGO ALONSO, A. M., "El secreto profesional del abogado", cit., pp. 2-3

el tiempo[25], con lo que hace falta ser abogado en ejercicio en el momento en que resulte confiada la información protegida, siendo irrelevante que en el futuro dicho ejercicio cese.

Si fuera necesario realizar un estudio interpretativo sobre los principios deontológicos que presentan relación con el secreto profesional, podríamos derivar el secreto profesional del principio de confianza que debe presidir las relaciones abogado-cliente. Brevemente, hay que decir que la confianza (art. 47.2 EGAE y 4 CDAE) es considerada por el art. 21 EGAE como el origen, junto con la confidencialidad, del deber de secreto profesional. La confianza no se limita a proscribir la defensa de los intereses en conflicto (art. 4.2 CDAE) sino que en tanto en cuanto es un elemento esencial en las relaciones sociales del ser humano, en el caso de la abogacía reviste una importancia especial respecto de las informaciones facilitadas al abogado. El abogado, en honor al principio de confianza, deberá respetar lo confidencial o privado de las comunicaciones transmitidas. La jurisprudencia se ha pronunciado ocasionalmente respecto de las relaciones entre abogado y cliente, apoyando en lo sustancial esta idea[26], como es el caso de la STS de 3 de abril de 1990.

Sí que nos parece que requiere un breve examen la cuestión de si el secreto profesional tiene un origen contractual o por el contrario es una institución de derecho público que se deriva directamente del derecho positivo. Esta cuestión en principio no puede entenderse sin resolver la ya mencionada contradicción entre el art. 5.10 CDAE y 23.6 EGAE, que tratamos de esclarecer en el apartado 2, pero sí que podemos adelantar que, dejando de lado la polémica, la respuesta más acertada nos parece la que propone Arribas López, que considera que ese origen tiene una naturaleza mixta derivada tanto del acuerdo tácito entre abogado y cliente como de la propia legislación[27].

[25] Artículo 22.5 EGAE.
[26] Cfr. TRIGO ALONSO, A. M., "El secreto profesional del abogado", cit., p. 12.
[27] Cfr. ARRIBAS LÓPEZ, E., "Sobre los límites del secreto profesional del abogado", *Revista Jurídica de la Región de Murcia*, nº 43, 2010, p. 52.

1.2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL SECRETO PROFESIONAL

Si bien ya contamos con una definición de secreto profesional acorde al contexto actual, resulta de gran utilidad examinar someramente el devenir histórico del mismo, algo que puede resultar beneficioso para entender y también valorar mejor el régimen jurídico vigente, que estudiaremos con mayor detenimiento en el apartado 2.

1.2.1. Posible origen: Derecho Romano y Derecho Canónico

El nacimiento del secreto profesional es paralelo al de la propia profesión de abogado. Esta afirmación, que podemos apoyar en el estudio que hemos realizado previamente respecto de las ideas de Ángel Ossorio, revela hasta qué punto aquel resulta ínsito en esta. Es debido a ello que, puesto que el secreto profesional siempre ha formado parte de la relación entre letrado y cliente[28], es necesario realizar una introducción a la historia de la profesión como tal.

Es conocida la máxima latina *ubi societas, ibi ius* que tanta influencia ha tenido en la Teoría del Derecho contemporánea. Por tanto, si el Derecho existe en prácticamente cualquier sociedad organizada, resulta quizás poco ajustado a la realidad decir que las profesiones jurídicas nacen en el seno del Derecho Romano.

Pese a lo que acaba de exponerse, la abogacía, tal y como puede ser entendida en nuestro tiempo, tiene una raigambre indubitadamente romana. En el periodo de la República romana surgieron los *Collegium Togarum* (literalmente, colegios de togas) que sirvieron como grupos aglutinantes de los profesionales dedicados a la defensa ante un tribunal de los intereses jurídicos de un cliente.

La abogacía romana tuvo, en sus inicios, un componente religioso que afectó a la propia manera de entender la profesión como tal. Por esta razón, durante el periodo de la República los abogados no percibían honorarios por la labor de defensa jurídica de los intereses de un cliente. En esta época la relación entre el

[28] Cfr. MORÓN PÉREZ, C., *El secreto profesional del abogado ante la administración tributaria*, Dykinson, Madrid, 2021, p. 17.

abogado y el representado no era propiamente contractual y tenía dos componentes esenciales: la *fides* y la *amicitia*[29].

La *fides* (fe) evoca a lo que hoy podría estar cristalizado en el CDAE como principio de confianza (art. 4), pero especial referencia merece la *amicitia*. Si bien su nombre remite, por su significado literal, a la idea de amistad, es preciso clarificar que poco o nada tiene que ver con el concepto actual o con el uso frecuente de este término[30]. La *amicitia* vendría a ser una suerte de relación a caballo entre lo fáctico y lo jurídico vinculada al intercambio aparentemente desinteresado de favores. Esta gratuidad de la prestación de servicios permanecerá en el Derecho Romano hasta, probablemente, la etapa final de la República. Por el Digesto sabemos que en tiempos de Ulpiano la retribución del *advocatio* por cada pleito individual era de "hasta 100 piezas de oro"[31]. Esta cantidad funcionaba como tope del honorario a percibir y estaba en vigor desde la época del emperador Claudio, o puede que incluso con anterioridad al mismo.

Hecha esta introducción, debe decirse que no se puede afirmar propiamente que existiera un secreto profesional equiparable al actual entre la abogacía romana. Los antecedentes de la institución pueden rastrearse hasta la Antigua Grecia, si bien las primeras noticias que se tienen de la figura o algo que pudiera resultar equiparable se encuentran vinculadas no a la profesión jurídica sino a la sanitaria. Así, Hipócrates de Cos (c. 460 a. C. - c. 370 a. C.), en su conocido juramento, indica lo siguiente: *Ἃ δ' ἂν ἐν θεραπείῃ ἢ ἴδω, ἢ ἀκούσω, ἢ καὶ ἄνευ θεραπηίης κατὰ βίον ἀνθρώπων, ἃ μὴ χρή ποτε ἐκλαλέεσθαι ἔξω, σιγήσομαι, ἄῤῥητα ἡγεύμενος εἶναι τὰ τοιαῦτα*[32]. Es cierto que no es posible dilucidar si existía algo parecido al juramento hipocrático en la abogacía griega, debido a que se han

[29] Cfr. LÁZARO GUILLAMÓN, C., "Aproximación histórico-jurídica al deber de secreto de los abogados en el ejercicio de su profesión", *Revista Internacional de Derecho Romano*, nº 6, 2011, p. 191

[30] En este sentido Lázaro Guillamón cita a SCHULZ, F., *Principios del Derecho romano*, trad. de M. Abellán, Civitas, Madrid, 1990, p. 253.

[31] Digesto 50.11.2

[32] "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". Traducción tomada de LÁZARO GUILLAMÓN, C., "Aproximación histórico-jurídica al deber de secreto de los abogados en el ejercicio de su profesión", cit., p. 183

conservado muy escasos textos de temática jurídica, aunque ciertamente se ha especulado al respecto[33].

Volviendo al ámbito genuinamente romano, es complejo indicar en qué momento pudo convertirse el secreto profesional en una obligación para el abogado y por qué motivos. Es probable que tuviera que ver con la especial dignidad que revestía la abogacía por su vinculación a lo sacro, puesto que se pretendía dar la imagen del letrado como un ser intachable y de conducta profesional inmaculada[34]. Si bien en el Digesto los abogados son *boni viri* entregados absolutamente a su trabajo y merecedores de la mayor de las reverencias, llama la atención la presencia entre autores romanos no jurídicos de abundantes mofas y críticas hacia la figura del letrado, descrito como un profesional poco fiable y carente de ética profesional alguna[35].

Al margen de la consideración popular y literaria que mereciera la profesión en la Antigua Roma, debe indicarse que el deber de secreto era relativamente limitado para el abogado, tanto en su regulación como en las consecuencias de su infracción. No existía pues una obligación genérica, con incumplimiento sancionable, de no revelar la información suministrada por el cliente al abogado, sino que era objeto de regulación exclusivamente la posibilidad de que estos datos se revelaran a la parte contraria (colusión) o al juez, en este último caso mediante la prohibición expresa de testimonio del abogado[36].

La vulneración del secreto profesional era, así pues, una cuestión de naturaleza predominantemente privada y cuya trascendencia pública se limitaba a que el abogado alcanzara un acuerdo irregular (entendiendo aquí sin el consentimiento

---

[33] Cfr. RIGO VALLBONA, J., *El secreto profesional de abogados y procuradores*, cit., p. 81

[34] LÁZARO GUILLAMÓN cita aquí un fragmento del Digesto correspondiente a Paulo, que indica que *Omnis qui defenditur boni viri arbitratu defendendus est* , así como otro atribuido a Africano que reza *Et ideo non potest videri boni viri arbitratu litem defendere is, qui actorem frustrando efficiat, ne ad exitum controversia deducatur*

[35] En esta línea Tácito, Apuleyo y Virgilio. En el caso del primero, de hecho, el fundamento de la crítica se halla en un caso real en que el abogado traicionó la confianza de su representado aliándose secretamente con la parte contraria (ver *Annales* 11.6).

[36] Cfr. LÁZARO GUILLAMÓN, C., "Aproximación histórico-jurídica al deber de secreto de los abogados en el ejercicio de su profesión" cit., p. 185. En una nota a pie de página se incluye la interesante reflexión de RIGO VALLBONA, que indica que la prohibición de testimonio no está vinculada al secreto profesional ni al principio de confianza, sino al de independencia, que comentaremos más adelante.

del cliente) con la parte contraria para beneficiarla, perjudicando así a su patrocinado. Esta última era una cuestión con trascendencia para el orden público y cuya tipificación se correspondería con la *praevaricatio*[37], que se vincula con "apoyarse en una y otra parte"[38]. La pena prevista para este delito estaba vinculada a la privación de su honor y a una suspensión por tiempo cierto en el ejercicio de la profesión[39].

Ha generado discusión la cuestión de si el secreto profesional no vinculado a la colusión con la parte contraria mereció algún tipo de protección jurídica en la época romana. Si bien parece claro que no incurriría en ningún tipo penal el abogado que revelara informaciones que le hubiera suministrado su cliente, la polémica radica en si se generaría o no una responsabilidad civil exigible mediante acción *extra ordinem*. Rigo Vallbona sostiene que en el Derecho Romano no existía como tal la noción de secreto profesional, arguyendo que no se había alcanzado un nivel de civilización "lo bastante avanzado"[40], con lo cual parece probable que el cliente quedaría completamente indefenso antes las potenciales indiscreciones, voluntarias o no, del letrado con respecto a su caso.

No obstante, para Lázaro Guillamón lo anterior no es óbice para que pudiera existir una acción de responsabilidad civil *extra ordinem*, sin poner en cuestión la delimitación de la prevaricación que realiza el jurista romano Emilio Macro[41]. El propio origen honorario y sacro de la profesión sería un indicativo de que, pese a que la sanción no fuera de naturaleza penal, sí que se podría derivar una responsabilidad civil por la vulneración del secreto. Si bien en la actualidad prevaricación se asocia con la función pública, la *prevaricato* romana podía ser

---

[37] Digesto 50.16.12 (fragmento correspondiente a Ulpiano): *"Praevaricatores" eos appellamus, qui causam adversariis suis donant et ex parte actoris in partem rei concedunt: a varicando enim praevaricatores dicti sunt''*

[38] LÁZARO GUILLAMÓN, C., "Aproximación histórico-jurídica al deber de secreto de los abogados en el ejercicio de su profesión" cit., p. 186.

[39] A este respecto, consultar Digesto 47.15.6 y Digesto 50.2.3.1, ambas en referencia a sendos decretos del emperador Antonino Caracalla.

[40] RIGO VALLBONA, J., *El secreto profesional de abogados y procuradores*, cit., p. 83

[41] Autor referenciado por LÁZARO GUILLAMÓN, C., "Aproximación histórico-jurídica al deber de secreto de los abogados en el ejercicio de su profesión", cit., pp. 187-188.

cometida por abogados y, de hecho, en las Partidas todavía se habla de abogados *prevaricadore*[42].

En otra línea doctrinal, Rigo Vallbona considera por contra que el Derecho Romano no es excesivamente relevante a la hora de configurar el secreto profesional como institución jurídica. En cambio, hace un especial hincapié en el Derecho Canónico, debido a la regulación que da éste al sacramento de la confesión y al deber de sigilo sacramental. El autor llega a sostener que el secreto de confesión y la severidad a la hora de castigar su vulneración ‘’ha contribuido grandemente a formar una conciencia favorable a la ineludible necesidad de prevenir y castigar las violaciones del secreto profesional’’[43]. Pese a no ser el único factor, el carácter cuasi-sacerdotal ya comentado presente en el origen de la profesión del abogado convierte en probable que el derecho canónico haya influido en la configuración del secreto profesional y en la necesidad de sancionar las conductas que lo dañen.

1.2.2. Desarrollo histórico en España: del Fuero Real al vigente Código Deontológico[44]

En el ordenamiento jurídico español, el primer texto normativo que contempla algo remotamente parecido al secreto profesional es el Fuero Real, que data del siglo XIII y fue utilizado por Alfonso X el Sabio como una forma de armonizar el Derecho de la Corona de Castilla, a través de su concesión progresiva a diferentes localidades.

Al igual que sucedía en el Derecho Romano, es aún temprano históricamente para que exista una referencia al secreto profesional propiamente dicho, así como a la doble naturaleza de derecho y deber a la que hemos hecho previa referencia, en

[42] Ver Ley XV, Tít. VI, Partida VII y Ley XI, Tít. XVI, Partida VII.
[43] RIGO VALLBONA, J., *El secreto profesional de abogados y procuradores,* cit., pp. 84-85
[44] Las referencias histórico-jurídicas de este apartado del trabajo proceden casi en su totalidad de los estudios realizados por MORÓN PÉREZ, C., *El secreto profesional del abogado ante la administración tributaria,* cit., y por ANDINO LÓPEZ, J. A., *La nueva configuración del secreto profesional del abogado,* cit.

parte por el aún escaso desarrollo de la profesión de abogado. No obstante, en el *Fuero Real* sí que se incluye una disposición que remite al principio de confianza y que es merecedora de cierto detenimiento: *Si alguno fuere vocero o conseiero de otro en algun pleito, non pueda dalli adelante seer vocero de la otra parte, nin conseiero en aquel pleito, e si aquel de qui es el pleito demandar a otro conseio o ayuda para su pleito, e aquel a qui lo demandare nol diere conseio, o nol prometiere ayuda, pueda conseyar o razonar por la otra parte si quisiere* (Libro I, Título IX y Ley III).

Hay en esta regulación referida a los voceros (equivalentes históricos de los abogados modernos) un antecedente de la regulación actual del conflicto de intereses, de especial delicadeza debido a su íntima relación con el secreto profesional. El vocero que acepte la representación del cliente en un pleito deberá abstenerse de representar o asesorar sobre el mismo asunto a la parte contraria, algo que remite, entre otros, al vigente art. 12.5 CDAE.

En esta misma línea, el *Espéculo de las Leyes*, inacabado texto legal ligado al fallido intento de Alfonso X el Sabio de heredar el trono del Sacro Imperio, indica que: ‘’Otro tal dezimos, que despues que él oviere recebido el pleito de la una parte, que non deve tomar ninguna cosa de la otra, nin les deve conseiar que fagan nin que digan. Ca si lo feziese, es por ello enfamado, e non deve mas tener voz por otro, nin seer testigo. E deve pechar doblado quanto óviere recebido a aquella parte de qui lo tomó’’. (Libro IV, Título IX y Ley V). En este caso, se añade la sanción prevista para aquellos que infrinjan esta disposición relativa al conflicto de intereses: la privación del ejercicio de la abogacía. Además, se genera responsabilidad equivalente del tanto al duplo de la cantidad percibida por el encargo.

Respecto del texto de mayor influencia y calidad técnica correspondiente al reinado de Alfonso X, las *Siete Partidas*, debemos hacer una especial mención. Ello se debe a que, si bien es cronológicamente próximo tanto al *Fuero Real* como al *Espéculo de las Leyes*, existe un notorio avance en lo prolijo y detallado de la regulación, hasta el punto de que es el primer texto de nuestra historia jurídica en el que existe una mención expresa e inequívoca del deber de secreto del

abogado (con lo que la expresión vocero pasa a un segundo plano, hasta que acabe por convertirse en un arcaísmo).

De este modo, en la Partida Tercera, Título VI (dedicado a los abogados) podemos hallar dos leyes de interés: la IX y la X. Respecto de la primera, prevé una suerte de inhabilitación (así como una posible pena accesoria) de aquel abogado que, traicionando la confianza del cliente, defienda intereses contrapuestos o revele información a la otra parte. El precepto reza que: *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 desque 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 cual 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.*

En todo caso, la regulación del secreto está condicionada, como en los textos anteriores, a no revelarlo directa o indirectamente a la parte contraria ni perjudicar a la parte a la que se defiende, con lo que en ese aspecto no existen novedades significativas con respecto a otros textos jurídicos del reinado de Alfonso X.

Respecto de la Ley X, se incluye en ella la referencia a un supuesto un tanto enrevesado: el de una utilización de mala fe del deber de secreto para privar de la asistencia letrada a una persona. El precepto hace referencia a la posibilidad de que un cliente acuda a varios abogados con la intención aparente de encargarles su defensa en un determinado asunto, pero en realidad lo que se busca es suministrarles información sobre el caso y evitar de esta forma que la otra

parte pueda acudir a esos abogados, que incurrirían en un conflicto de intereses. De esta forma, en lugares con un determinado número de abogados, una parte consultaría el caso con todos ellos y privaría a la otra de la posibilidad de acudir a esos mismos letrados.

Así, tal y como se indica en el texto de la ley, *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 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 tenudo 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 puediesse 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 inclusión de un supuesto que sólo puede ser calificado de retorcido en las Partidas nos indica que, muy probablemente, era relativamente frecuente en localidades y áreas de no demasiada población y, por tanto, que contaban con escasos profesionales jurídicos. La intención de la norma parece ser clara: evitar ante todo la indefensión, exceptuando del deber de secreto una utilización torticera del mismo. Se primaría aquí el derecho de defensa sobre el secreto mal usado.

La Ley XV del mismo título revela hasta qué punto era considerado grave el traicionar la confianza del cliente. Se nos indica que el *preuaricator (…), como abogado que ayuda falsamente (…) quando en poridad ayuda, e conseja a la parte contraria, e paladinamente faze muestra, que ayuda a la suya de quien recibió salario, e se auino a razonar por él: oonde dezimos, que tal abogado como este, deue morir, como aleuoso*. Lo brutal del castigo a infligir es buena muestra de hasta qué punto se pretendía que el abogado fuera fiel al cliente.

De todo lo anterior podemos inferir como principal idea que en el Medievo no cabe hablar aún de secreto profesional como tal, sino más bien de una garantía de confianza. Parece acertada la idea de Rigo Vallbona de ver en la regulación expuesta una finalidad que no atiende tanto a salvaguardar unos derechos del cliente que aún no eran tales, ni tampoco a establecer una suerte de "protodeontología", sino a coadyuvar al adecuado funcionamiento de la administración de justicia.

En la *Nueva Recopilación* de 1567 y en la *Novísima Recopilación* de 1804 no se añaden modificaciones significativas que indiquen que se hubiera producido un cambio en la regulación o en la concepción del secreto, algo por otro lado lógico, debido a que la intención primordial de sendos textos era la de, como su propio nombre indica, recopilar o refundir el derecho vigente. Si bien en el texto de la Novísima se hace referencia a la pena por revelar la información recibida bajo secreto a la parte contraria *i ó á otro*[45], ese otro debe estar necesariamente vinculado a la parte contraria, por lo que no se consagra un especial deber de secreto frente a terceros. Respecto de la pena, consiste en la privación *del dicho oficio de la abogacía* (presumiblemente con carácter permanente). En caso de que el letrado, pese a esta privación, hiciera caso omiso de esta prohibición y continuara con el ejercicio de la abogacía se impondrá nueva pena consistente en el embargo de la mitad de sus bienes, *los quales aplicamos para la nuestra Cámara y Fisco*.

Todo el historial legislativo expuesto hasta ahora ha sido visto por Morón Pérez como una regulación pionera del secreto profesional, dado que "desde sus orígenes, la profesión de abogado ha ido acompañado del deber de secreto"[46]. Rigo Vallbona, en cambio, considera las prohibiciones contenidas hasta la *Novísima Recopilación* más bien como una forma de punir la infidelidad o ayudar

[45] Véase Libro V, Título XXII, Ley XII de la Novísima Recopilación.
[46] Cfr. MORÓN PÉREZ, C. *El secreto profesional del abogado ante la administración tributaria,* cit., p. 20

a una correcta administración de justicia[47], con lo que sería impropio hablar de secreto profesional como tal antes del siglo XX. Sea como fuere, hay que esperar hasta el periodo del primer franquismo, para hallar por vez primera una referencia a la expresión *secreto profesional* en un texto legal, concretamente en el Estatuto General de la Abogacía de 1946. Si bien posiblemente dicha expresión surgiera antes (con el desarrollo del modelo de profesional liberal urbano a lo largo del siglo XIX), no se habla como tal de *secreto profesional* hasta esta norma.

Este primer Estatuto de la abogacía obedecía, en parte, a las pretensiones corporativistas del recientemente asentado régimen de dotar de regulación pormenorizada a cada una de las profesiones colegiadas, muy especialmente a la abogacía, dada su ineludible dimensión política. El secreto aparece mentado en el art. 29, que reza: ‘’Son obligaciones del Abogado, para con la parte por él defendida, además de las que se 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’’.

No hay aquí una definición de secreto profesional como tal, con lo que resulta difícil establecer sus límites. Con independencia de si esta ambigüedad es pretendida o no, lo que queda claro es que la ausencia de aclaraciones respecto del término revela que el deber de secreto ya estaba lo bastante asentado, dado que de lo contrario es probable que el Estatuto se hubiera detenido más en la cuestión. Sobre esto, debemos traer a colación también la importantísima dimensión moral que tenía el secreto, como prueban las opiniones vertidas por Ossorio que hemos citado en el epígrafe anterior.

Hay que hacer referencia también, dentro de este periodo y como antecedente de la regulación constitucional, a una norma tardofranquista, la *Ley 42/1974, de 28 de noviembre, de Bases, Orgánica de Justicia*, cuyo objetivo era reemplazar a la *Ley Provisional de 15 de diciembre de 1870 sobre Organización del Poder Judicial*. Esta ley orgánica, de vigencia más bien breve (fue derogada por la Ley 11/1978, de 20 de febrero) incluía una garantía de preservación del secreto

[47] Cfr. RIGO VALLBONA, J., *El secreto profesional de abogados y procuradores en España*, cit., p. 90

profesional, consistente en que, en caso de que se efectuaran pesquisas en el interior de un despacho de abogados, estas solo podían realizarse en virtud de resolución judicial, poniendo así un importante freno a la arbitrariedad y reforzando el secreto, al extenderlo también a la documentación que obra en poder de los abogados[48].

A modo de cierre, debe decirse que en los últimos 20 años ha existido una clara línea normativa, en especial procedente de las instituciones europeas, que ha afectado a la forma de entender el secreto profesional, muy especialmente en relación con el delito de blanqueo de capitales[49]. Si bien se analizará esta cuestión más adelante con el detalle que merece, sí que podemos adelantar que es una tendencia que, a nuestro juicio, ha condicionado en exceso el secreto profesional, hasta el punto de convertirlo en inoponible en ciertos supuestos. No obstante, recientes resoluciones del TJUE hacen más patente la posibilidad de que esta dirección seguida en los últimos años pueda revertirse.

[48] Texto normativo consultado en https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1974-1918, base XXI.
[49] Cfr. TRIGO ALONSO, A. M., "El secreto profesional del abogado", cit., p. 6

2. RÉGIMEN JURÍDICO VIGENTE DEL SECRETO PROFESIONAL

2.1. NORMAS INTERNACIONALES.

A efectos de organizar de mejor manera la exposición discursiva de este trabajo, y sin ánimo de entrar en controversias sobre la jerarquía normativa y relaciones existentes entre el Derecho nacional y el de la Unión Europea, consideramos más apropiado empezar por este último para seguir un orden que vaya de lo general a lo particular.

Comenzamos el presente estudio normativo acudiendo a la normativa procedente del Consejo de Europa. El *Convenio Europeo de Derechos Humanos* (CEDH) no contiene en su redacción referencia alguna al secreto profesional, pero ello no es óbice para que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) se haya pronunciado sobre él con cierta regularidad desde los años 90 del pasado siglo[50]. La jurisprudencia del TEDH tiende a incluir el secreto profesional como parte del contenido tanto del art. 6 CEDH (derecho a un proceso equitativo) como del art. 8 CEDH (derecho al respeto a la vida privada y familiar), algo que ya queda consagrado desde su primera sentencia referida a esta materia[51]. Reproducimos de forma íntegra el art. 8 del CEDH:

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de

---

[50] Cfr. MORÓN PÉREZ, C., *El secreto profesional del abogado ante la administración tributaria, cit.* realiza una extensa enumeración por orden cronológico de todas las sentencias del Tribunal de Estrasburgo (pp. 88-148).

[51] Caso *Campbell contra Reino Unido*, STEDH de 25 de marzo de 1992. Resolución consultada en https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22languageisocode%22:[%22SPA%22],%22appno%22:[%2213590/88%22],%22documentcollectionid2%22:[%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-164633%22]} La versión española es en realidad un resumen elaborado por las Cortes Generales.

la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

El TEDH entiende desde la propia sentencia *Campbell contra Reino Unido* que no existe ningún motivo para que la correspondencia entre abogado y cliente no sea incluida bajo el art. 8.1, ya que considera que los asuntos a tratar con un abogado son de naturaleza privada *per se*[52]. Dado que las primeras resoluciones del TEDH respecto del secreto profesional se refieren especialmente a interceptación de correspondencia o de comunicaciones telefónicas, el art. 8 es mencionado con mayor frecuencia que el 6[53]. Respecto de este último, el TEDH explica su relación con el secreto profesional en la sentencia del caso *Viola contra Italia*, de 5 de octubre de 2006[54], cuyo párrafo 61 indica que: *Specifically, an accused's right to communicate with his advocate out of hearing of a third person is part of the basic requirements of a fair trial in a democratic society and follows from Article 6 § 3 (c) of the Convention. If a lawyer were unable to confer with his client and receive confidential instructions from him without such surveillance, his assistance would lose much of its usefulness (see S. v. Switzerland, 28 November 1991, § 48, Series A no. 220).*

Dejando de lado el Consejo de Europa, dentro de la normativa de la Unión Europea nos interesa especialmente la *Carta de Derechos Fundamentales de la UE* (en adelante, CDFUE), proclamada el 7 de diciembre de 2000 y con efectos vinculantes para los Estados miembros desde el Tratado de Lisboa. Existen pocas

---

[52] Tal como indica el resumen realizado por las Cortes Generales españolas sobre la sentencia y sus efectos, *El Tribunal no aprecia ninguna razón para distinguir entre las distintas categorías de correspondencia con los abogados: cualquiera que sea su finalidad, se refieren a asuntos de naturaleza confidencial y privada y gozan en principio de un estatuto privilegiado en virtud del artículo 8. De ello resulta que las autoridades penitenciarias pueden abrir las cartas dirigidas por un abogado a un detenido cuando tienen motivos plausibles para creer que en ellas figura un elemento ilícito no revelado por los medios de detección normales. Sin embargo, sólo deben abrirla sin leerla. Es conveniente que se proporcionen garantías adecuadas para impedir su lectura, como por ejemplo la apertura del sobre en presencia del detenido. En cuanto a la lectura del correo que un detenido intercambia con un abogado, sólo debería autorizarse en casos excepcionales si las autoridades tuvieran motivos para creer que existe abuso del privilegio por constituir el contenido de la carta una amenaza la seguridad del establecimiento o de terceros o porque reviste de otra manera un carácter delictivo.*

[53] Es el caso de las sentencias *Crémieux contra Francia* (1993), *Domenchini contra Italia* (1996) y *Kopp contra Suiza* (1997).

[54] Resolución consultada en https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-77246&filename=001-77246.pdf&TID=ihgdqbxnfi.

resoluciones del TJUE referidas al secreto profesional, pero doctrinalmente se tiende a vincularlo con el art. 7 CDFUE (respeto a la vida privada y familiar). El precepto en cuestión, siguiendo una posición que desarrollaremos en el apartado 2.2.1., no resulta a nuestro juicio suficiente para fundamentar el secreto profesional, dado que creemos que debería encontrar acomodo en el art. 48.2 (derecho de defensa). Hay igualmente que destacar que la única mención al secreto profesional en el texto se da en el artículo 41.2.b), como potencial límite del acceso a expedientes dentro del derecho a una buena administración.

También merece expresa mención el *Código de Deontología de los Abogados Europeos*, una norma de autorregulación procedente del Consejo de Colegios de Abogados de Europa (en francés *Conseil des Barreaux Européens*, CCBE) que rige, principalmente, en los supuestos en que el abogado deba hacer frente a actividades con elemento transfronterizo, con el fin primordial de evitar conflictos normativos entre dos códigos deontológicos de estados europeos distintos[55]. El código reviste importancia a nivel interno, dado que "el Consejo General de la Abogacía Española ha asumido íntegramente ese Código Deontológico", tal y como se indica en el preámbulo del CDAE.

El régimen del secreto profesional se encuentra en el artículo 2.3. del Código europeo, precepto dividido en un total de cuatro apartados o subsecciones:

- La primera tiene una intención claramente definitoria y pretende situar el secreto profesional en el contexto de la propia profesión de la abogacía. Se vincula deontológicamente al principio de confianza existente entre abogado y cliente (art. 2.2.), algo que veremos que es también común al Código Deontológico español. Se indica expresamente que el secreto tiene una doble naturaleza de derecho y de deber para el abogado.

- El segundo apartado delimita la información que queda sujeta al secreto profesional. Se opta por un concepto sumamente amplio de secreto, dado que

[55] Conforme dispone el Preámbulo del Código y, dentro del mismo, más concretamente los artículos 1.3 y 1.5 del mismo. El texto íntegro del Código puede consultarse en https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2012/06/codigodeontologico.pdf.

comprende cualquier información de la que el abogado tenga conocimiento en el marco de su actividad profesional.

- Respecto de la tercera de las subsecciones en las que se divide el artículo 2.3., hay que decir que hace referencia al elemento temporal en el secreto. Se afirma sucintamente que se trata de una obligación que permanece en el tiempo, sin que esté sujeta a plazo alguno. Debe entenderse que la obligación de guardar secreto persiste después del fallecimiento del cliente.

- Por último, el cuarto de los apartados extiende el deber de secreto a todos los colaboradores del abogado.

A modo de cierre, debe comentarse que quizás se echa en falta en esta regulación una referencia a una cuestión nada baladí: si el consentimiento del cliente es o no suficiente para que cese el deber de secreto. En caso de que la regulación europea hubiera roto su silencio al respecto, resultaría más sencillo esclarecer la solución a la problemática planteada en este extremo por la contraposición entre lo dispuesto en el CDAE y el pronunciamiento del EGAE, a los que haremos referencia más adelante.

2.2. NORMATIVA INTERNA

Realizado ya un estudio respecto del derecho internacional y de la Unión Europea, resulta pertinente examinar detalladamente todas las normas de derecho interno que contienen referencias al secreto profesional, de mayor o menor interés. El orden expositivo busca seguir la jerarquía normativa, por lo que este apartado debe comenzar de forma ineludible con la Constitución, prosiguiendo con las normas con rango de ley y finalizando con aquellas infralegales, como es el caso de las estatutarias.

2.2.1. Regulación constitucional del secreto profesional: su consideración como derecho fundamental.

El dilucidar si puede considerarse el secreto profesional como un derecho fundamental o no es una cuestión difícil de dirimir, dada la disparidad de opiniones doctrinales y la no escasa trascendencia de tal cuestión. Cierto es, no obstante, que en la actualidad existe una tendencia favorable a incluirlo como parte del derecho de defensa (art. 24 CE)[56].

Son tres los preceptos del texto fundamental que pueden resultar relevantes para dilucidar la naturaleza jurídica del secreto profesional:

- Artículo 18, que consagra el derecho al honor, intimidad y a la propia imagen. En concreto, su apartado 3 indica que ''Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial''. En un segundo plano, ha ido adquiriendo creciente importancia, debido al desarrollo tecnológico de los últimos años, el apartado 4: ''La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos''.

- Artículo 20, el único que referencia de forma literal el secreto profesional, relativo a la libertad de expresión e información. El secreto profesional se relaciona con esta última, y así en el apartado 20.1.D. se reconoce el derecho "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". Debe adelantarse que el secreto profesional al que se refiere este artículo está más vinculado al ámbito periodístico que a la abogacía.

- Artículo 24, que contiene los derechos a la tutela judicial efectiva y de defensa. En el apartado 2, párrafo segundo, del precepto se indica que "la ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto

[56] En esto coinciden tanto MORÓN PÉREZ, C., *El secreto profesional del abogado ante la administración tributaria,* cit., pp. 23-24 como ANDINO LÓPEZ, J. A., *La nueva configuración del secreto profesional del abogado,* cit., pp. 50-55, planteamiento que puede rastrearse hasta la obra de SOLDADO GUTIÉRREZ, J., "El secreto profesional del abogado", *Revista Jurídica de Andalucía,* nº17, 1995, pp. 1183 y ss.

profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos".

Siguiendo el orden de la propia Constitución, el secreto profesional reviste al menos *a priori* una doble naturaleza desde la exégesis del texto fundamental: parte, por un lado, de la necesidad de protección de la intimidad, y, por otro, del derecho de defensa. Para ahondar más en la cuestión de si el secreto profesional merece la consideración jurídica de derecho fundamental debemos analizar siquiera sea sucintamente los puntos a favor y en contra de la inclusión en uno o en ambos derechos.

2.2.1.1. El secreto profesional como información protegida por el derecho a la intimidad.

La falta de definición de la intimidad tanto en el propio artículo 18 de la Constitución como en el posterior desarrollo normativo del precepto por parte de la *Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen* supone un primer problema a la hora de abordar esta cuestión. Al objeto de aportar un concepto coherente de lo que es la intimidad en nuestro ordenamiento, los esfuerzos conjuntos de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la doctrina han arrojado algo de luz a la hora de delimitar las notas que configuran lo que el TC ha denominado *contenido esencial* de este derecho.

Así, puede considerarse la intimidad como el espacio o ámbito personal y familiar que queda protegido frente a intromisiones o injerencias externas con el objeto de privar a terceros de conocimiento o información respecto de dicho ámbito[57]. Partiendo de esta base, se plantea la duda de si el sujeto protegido por el derecho a la intimidad es en este caso el emisor del secreto (el cliente) o el receptor (el abogado). Habida cuenta de que el abogado tiene, como la propia denominación

[57] MARTÍNEZ DE PISÓN, J. M., "El derecho a la intimidad: de la configuración inicial a los últimos desarrollos en la jurisprudencia constitucional", *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº XXXII, 2016, pp. 418-419. De la referencia no tomo la definición como tal sino los componentes para la misma, fruto del análisis de las sentencias anotadas en el texto.

de la figura sugiere, una relación profesional con el secreto, podría resultar difícil un encaje en esa visión "personal y familiar" con la que se asocia la idea de intimidad. Es cierto que el TEDH considera que el secreto profesional está vinculado al art. 6.1 CEDH, que consagra el "derecho al respeto de la vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia", pero ninguno de éstos salvo quizás la vida familiar coinciden exactamente con el derecho constitucional a la intimidad, dado que la vida o privacidad es un concepto más amplio que el de intimidad.

Partiendo de ello, es complicado entender que el secreto profesional, como garantía del abogado frente a intromisiones procedentes tanto de los poderes públicos como de terceros, forma parte siempre y en todo caso del derecho a la intimidad. Por otro lado, entender que la protección recae sobre el cliente tampoco resulta un razonamiento completamente satisfactorio, ya que el hecho objeto de secreto profesional puede ser sobradamente conocido por un grupo amplio de personas o incluso por la opinión pública, dado que los hechos que motivan que el cliente acuda a un abogado pueden haber tenido lugar en público y no necesariamente forman parte de la esfera personal y familiar. Tampoco convencería la explicación de que el hecho de consultar con un abogado de por sí forme parte del derecho a la intimidad, por razones similares.

Queda claro que, tal y como está escrito en el preámbulo del CDAE, "el abogado es custodio de la intimidad personal de su cliente y de su inalienable derecho a no declarar contra sí mismo. El secreto profesional y la confidencialidad son deberes y a la vez derechos 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". Es cierto, pues, que el CDAE considera que el secreto profesional del abogado está ínsito tanto en el derecho a la intimidad como en el derecho de defensa del cliente, pero ello no resuelve la contradicción antes enunciada.

Parte de la doctrina, no obstante, sí que considera al secreto profesional como parte necesaria del derecho a la intimidad[58]. Por ejemplo, Calvet Gimeno esgrime que, puesto que el cliente abre su intimidad al abogado para conseguir consejo, el fundamento del secreto profesional es el derecho a la intimidad de ese cliente. Si bien esto indudablemente nos permite considerar que la intimidad y el secreto profesional poseen una estrecha relación y que en no pocos casos vulnerar ese secreto constituye una intromisión ilegítima en ese derecho fundamental, las razones antes expuestas fuerzan a considerar el vínculo entre ambos insuficiente y obliga a tratar de hallar otra base para poder dar al secreto profesional un papel constitucional más y mejor definido.

2.2.1.2. El secreto profesional y su posible encaje en el artículo 24 CE: defensa del cliente y función social de la abogacía.

La perspectiva de inclusión del secreto profesional en el seno del art. 24 CE permite un mayor rango de posibilidades que el enraizamiento en el 18 CE, dado que es posible considerarlo tanto como parte del derecho de defensa, que por su propia esencia se atribuye al cliente, no al abogado, como también del derecho a la asistencia de letrado al que hace referencia el apartado 2 y que, aun siendo un derecho del cliente, sólo puede definirse en virtud de la consideración jurídica que merece el propio abogado. Desde luego, una de las principales ventajas de anclar el secreto profesional en el derecho de defensa es que este cuenta con una definición mucho más objetiva y ha sido objeto de un análisis más profundo y detallado por parte de la jurisprudencia constitucional, mientras que el derecho a la intimidad posee un aura algo más oscura y difusa debido, en parte, a tener un carácter más subjetivo, dado que la extensión y los límites de la esfera privada de la persona pueden variar enormemente de un individuo a otro.

La STC 128/2014 es una de las que más recientemente se ha ocupado de trazar una definición del derecho de defensa, una cuestión que reviste una notable

[58] ANDINO LÓPEZ, J. A., *La nueva configuración del secreto profesional de abogados y procuradores*, cit., pp. 52-53, cita como ejemplos tanto a SOLDADO GUTIÉRREZ como a CALVET GIMENO.

complejidad. En esta resolución, en concreto en su fundamento jurídico cuarto, el Tribunal sostiene que:

Este derecho tiene por finalidad, al igual que todas las demás garantías que conforman el derecho en el que se integran, la de asegurar la efectiva realización de los principios de igualdad de las partes y de contradicción, que imponen a los órganos judiciales el deber positivo de evitar desequilibrios entre la respectiva posición procesal de las partes o limitaciones en la defensa que puedan generar a alguna de ellas la indefensión prohibida por el art. 24.1 CE (SSTC 71/1999, de 26 de abril, FJ 3; y 217/2000, de 18 de septiembre, FJ 2)[59]

Encontramos como principal problema que la definición incurre en un cierto tono tautológico: la conclusión viene a ser que el derecho de defensa tiene como principal objetivo evitar la indefensión. No obstante, sí que es evidente que en las notas principales de la definición aportada podemos encontrar anclaje para considerar que, en los supuestos en que el secreto profesional fuera vulnerado en el marco de un procedimiento judicial, la elevación de la institución al rango de derecho fundamental se encuentra fundada.

Al asociarse el derecho de defensa con el equilibrio procesal y la igualdad entre las partes, parece claro que las indagaciones efectuadas durante un proceso que impliquen vulneración del secreto profesional son irremediablemente atentatorias contra el derecho de defensa y, por ende, atacan también a un derecho fundamental. De esta forma, el secreto profesional, *esencial o conceptualmente*, no puede ser considerado *per se* un derecho de los de la Sección 2ª del Capítulo Segundo del Título I de la Constitución. Por el contrario, puede decirse que prácticamente cualquier actuación que lo lesione sería susceptible, en su caso, de ser impugnada tanto por la vía del procedimiento preferente y sumario como por la del recurso de amparo previstas en el art. 53.2 CE.

Por último, y a modo de aclaración, hay autores como Soldado Gutiérrez[60] que plantean un entronque diferente con el art. 24 CE a través de la denominada

[59] Resolución consultada en https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/24067
[60] Citado por ANDINO LÓPEZ, J.A. *La nueva configuración del secreto profesional del abogado,* cit., pp. 54-55

función social de la abogacía. Para este autor, la función social de la abogacía, aunque no aparece expresamente mencionada en nuestra Constitución, es un concepto que puede derivarse hermenéuticamente de dos de sus preceptos: del art. 1 y del art. 24. Soldado justifica la relevancia del primero en base a que proclama la justicia como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico en el marco de un Estado social y democrático de Derecho. En el 1.1 se encuentra el fundamento de que exista, por ende, una función social ínsita a la abogacía, que por definición es una de las profesiones más vinculadas a la idea de justicia. El artículo 24.2, para Soldado, constituiría una mayor concreción de este principio.

El artículo 24.2 no reviste importancia para el secreto profesional únicamente en lo que a su encaje como derecho fundamental se refiere. Un examen del precepto *in fine* nos permite descubrir una mención expresa al secreto. La última oración del artículo indica que "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".

Hasta la fecha, este mandato legislativo no ha sido desarrollado expresamente, lo cual sería de incuestionable utilidad a la hora de aclarar cuáles son los límites exactos del secreto profesional[61]. Una razón de peso para llevar a cabo este desarrollo es que el artículo 24.2 CE únicamente se ocupa del secreto profesional en el proceso penal, por lo que se deja a la legislación inferior el desarrollo normativo del secreto profesional[62].

Lo más próximo al cumplimiento de dicho mandato sería el art. 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que, como veremos en los apartados posteriores, es un precepto anquilosado y que entra en abierta contradicción con la Ley Orgánica del Poder Judicial. Por todo ello, consideramos que la mejor forma de poner remedio a la confusión existente al respecto sería elaborar una ley orgánica que

[61] A favor de una ley orgánica al respecto se muestran, entre otros, ARRIBAS LÓPEZ, E., "Sobre los límites del secreto profesional del abogado", cit., p. 28, que a su vez se remite a las opiniones de OTERO GONZÁLEZ y GÓMEZ TOMILLO.
[62] Cfr. TRIGO ALONSO, A. M., "El secreto profesional del abogado", cit. p. 8

aclarara los límites del secreto profesional, no ciñéndose con carácter exclusivo a los abogados sino abarcando todas las profesiones en las que existe esta figura.

2.3. EL SECRETO PROFESIONAL EN LA LEY ESPAÑOLA: LOPJ, CÓDIGO PENAL Y LEYES SECTORIALES.

Dejando al margen el final del art. 24.2 CE, la otra vía posible para fundamentar la elaboración de una ley orgánica reguladora del secreto profesional parece provenir del mandato del art. 20.1.d) CE, que no se ha llegado a materializar, ni para la abogacía ni para ninguna otra profesión afectada por el deber de secreto[63] (debe recordarse que el precepto está vinculado eminentemente a las profesiones relacionadas con la difusión de información, como es el caso del periodismo)[64]. En el caso del art. 24, al que nos referimos inicialmente, sí que podemos hallar en la LOPJ una referencia detallada a la extensión del secreto. El art. 542.3 LOPJ contiene la siguiente redacción: "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".

Esta es, seguramente, la norma más importante en materia de secreto profesional en nuestro país y la que más claramente define cuál es la extensión y límites de la figura. Ya hemos comentado en el apartado 1.1 qué debe entenderse por *abogado* a efectos del secreto profesional. Pero, además, de este artículo podemos inferir otras dos características:

- *Por razón de cualquier modalidad de actuación profesional*: se extiende tanto al asesoramiento como a la asistencia jurídica ante tribunales. Lo amplísimo del contenido que puede incluirse en el secreto profesional siguiendo esta regla ha sido matizado por la jurisprudencia[65] y también por la legislación tributaria y

[63] Si bien TRIGO ALONSO, A. M., "El secreto profesional del abogado", cit., p. 7 considera que la ley orgánica que cumple este mandato es la LOPJ.
[64] MORÓN PÉREZ destaca entre los autores que se manifiestan a favor de este desarrollo a OTERO GONZÁLEZ y GÓMEZ TOMILLO.
[65] Cfr. ALONSO TRIGO, A. M., "El secreto profesional del abogado", cit., p. 8

contra el blanqueo de capitales. La información protegida no tiene por qué ser útil para el abogado ni estar directamente vinculada con el problema que el letrado pretende resolver, basta con que haya sido conocida debido a la actuación profesional.

- *Ausencia de obligación de declarar:* aquí habría que matizar que, deontológicamente, el abogado no está únicamente dispensado del deber de declarar, sino que, aunque tuviera la voluntad de hacerlo, debería abstenerse, al tener una doble naturaleza de derecho y deber.

Observamos en esta norma que se delimita el secreto profesional de una forma considerablemente amplia y que abarca cualquier tipo de actividad dentro del oficio de la abogacía, con independencia de que se relacione o no con un pleito o asesoramiento concreto. La contundente redacción no distingue entre la forma en que afectan al derecho fundamental a la intimidad los hechos que pudieran ser revelados. Si bien ya se ha comentado la relación entre el art. 18 CE y el secreto profesional del abogado, volveremos sobre esta cuestión cuando se analice en el apartado 3 la problemática planteada por la normativa en materia de blanqueo de capitales, que está en frontal oposición con el artículo 542.3 LOPJ.

No es el anterior el único choque existente entre este artículo de la LOPJ y otras normas de rango legal. Resulta también compleja la armonización con la LECrim. Respecto de esta, cabe decir que los preceptos que resultan de interés a la hora de determinar la extensión y límites del secreto profesional son los siguientes:

- Art. 263: "La obligación impuesta en el párrafo primero del art. anterior 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".

La obligación del art. 262 es la de denunciar aquellos delitos públicos de los que se tuviere noticia. Puesto que esta obligación obstaculizaría o incluso imposibilitaría, por motivos obvios, la labor de defensa por parte de cualquier

abogado que se ocupara de una cuestión penal, se contempla la excepción del art. 263.

Se ha planteado la duda doctrinal de si esta excepción legal cedería en los supuestos en los que el letrado tuviera noticia, no de un delito público que ya se hubiera cometido, sino que se tuviera intención de cometer. No hay previsión normativa para este supuesto, pero sí que se ha intentado dar respuesta al mismo por las dimensiones no sólo jurídicas sino también éticas del dilema. Tratamos de responder a esta cuestión en el apartado 3.

- **Art. 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".

MORÓN PÉREZ considera que este precepto entra en "franca contradicción" con el art. 542.3 LOPJ[66]. Como tal, si nos atenemos al tenor literal del precepto, observamos que es cierto que se produce una imprecisión que convierte en insuficiente la excepción. El secreto profesional no se limita exclusivamente, como ya hemos indicado previamente, a la labor de defensa, sino que también se relaciona con la de asesoramiento. La excepción parece limitar, pues, el alcance del secreto profesional configurado en la LOPJ.

Esto nos plantea una incógnita de imprescindible resolución si es nuestra intención establecer cuáles son los límites legales del secreto. A nuestro juicio, tanto MORÓN PÉREZ como ARRIBAS LÓPEZ[67] están acertados en sus conclusiones, que son coincidentes en lo esencial. En principio, basta acudir a la máxima *Lex posterior derogat anterior* para determinar que el precepto que debe prevalecer es el 542.3 LOPJ (introducido por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre). Respecto de la duda de qué sucedería en caso de que el 542.3 LOPJ hubiera sido anterior al 416 LECrim, MORÓN PÉREZ considera que ello es imposible en la práctica, debido a que, al tratarse de un derecho fundamental,

[66] MORÓN PÉREZ, C., *El secreto profesional del abogado ante la administración tributaria,* cit., p. 25.
[67] Cfr. ARRIBAS LÓPEZ, E., "Sobre los límites del secreto profesional del abogado" cit., pp. 32-35.

sólo podría regularse por Ley Orgánica (conforme al art. 81.1 CE)[68] y no cabría que una ley ordinaria regulara tal materia. Aun en el caso de que nos hallásemos en el supuesto de materias conexas, de ningún modo podría prevalecer la regulación de la ordinaria. Ello no es óbice para resaltar la conveniencia de *lege ferenda* de, al objeto de salvar posibles confusiones, reformar la LECrim y modificar la no muy adecuada redacción del 416.

Sin perjuicio de esta recomendación, el Tribunal Supremo ya ha tenido oportunidad de pronunciarse respecto a cómo debe interpretarse esta norma tan problemática. En la STS, Sala 2ª, de 5 de noviembre de 1994 (Nº ROJ 21206/1994) se planteó un supuesto interesante: en un proceso penal, la defensa, en su proposición de prueba, incluyó la testifical del letrado de la acusación particular. Esta prueba fue denegada por el tribunal de instancia, en concreto la Audiencia Provincial de Madrid, sin mayor explicación, lo que acabaría motivando un recurso de casación. Uno de los argumentos del recurrente era que el artículo 416.2 LECrim limita la excepción al abogado *defensor*, pero no al abogado de la acusación. En el fundamento jurídico primero nuestro alto Tribunal afirmó que "ciertamente, que el caso no es el previsto en el art. 416.2 pero su analogía es manifiesta y le obliga también el secreto profesional". Esta interpretación extensiva permite salvaguardar el secreto mientras no se produzca una más que necesaria modificación del precepto, si bien es cierto que supuestos como el de la sentencia son sumamente infrecuentes (por torticeros) en la práctica de la abogacía ante los tribunales.

Para finalizar con el examen de la normativa con rango de ley relevante para el secreto profesional, hemos de hacer obligada referencia al *ius poenale*. El *Código Penal* (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre) incluye en su artículo 199.2 un tipo que afecta directamente al secreto profesional. Sin perjuicio de las consecuencias disciplinarias o de responsabilidad civil que pudiera acarrear el incumplimiento del deber de secreto, el texto del CP establece que "el profesional que, con incumplimiento de su obligación de sigilo o reserva, divulgue los

[68] MORÓN PÉREZ, C., *El secreto profesional del abogado ante la administración tributaria,* cit., pp. 26-28.

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". Se trata, como podemos comprobar de un sucinto análisis del tipo, de un delito especial (no previsto exclusivamente para abogados) y agravado dentro de la revelación de secretos[69]. El tipo básico contempla pena de prisión de uno a tres años, con un límite máximo inferior en un año al agravado, lo que demuestra el mayor interés del legislador por tutelar el bien jurídico protegido de la intimidad cuando el ataque se deriva de una vulneración vinculada a una relación profesional.

Si bien no hace referencia explícita al secreto profesional, el art. 467 CP castiga al abogado que traicione la confianza de su cliente defendiendo o beneficiando a la parte contraria (apartado 1) o bien perjudicando gravemente los intereses que le hayan sido encomendados (apartado 2). En el caso del segundo de los tipos, si su comisión se deriva de la revelación de información protegida por el secreto profesional, estaríamos conforme a Trigo Alonso ante un supuesto de concurso ideal[70]. Este postulado ha de admitir excepciones, dado que, en nuestra opinión, en el caso del abogado que dolosamente revela dicha información con la intención de causar ese perjuicio, entendemos que procedería un concurso medial y no ideal.

2.3.1. El secreto profesional en la normativa interna y deontológica de la abogacía: EGAE y CDAE.

Tanto el EGAE, que data de 2021, como el CDAE de 2019 son normas de rango infralegal. La primera de ellas tiene forma de Real Decreto (en concreto, RD 135/2021, de 2 de marzo) y, por ende, rango reglamentario, pero dilucidar cuál es el valor normativo del código deontológico es una cuestión dotada de considerable complejidad, dado que posee una forma sui géneris, motivo por el

[69] MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte especial.* Tirant Lo Blanch, Valencia, 22ª Edición, 2019, p. 266

[70] TRIGO ALONSO, A. M., "El secreto profesional del abogado", cit., p. 20

cual existen académicos que han llegado al extremo de negarle su valor jurídico[71]. Consideramos más apropiado empezar por el CDAE por ser éste anterior en el tiempo.

El CDAE, aprobado el 6 de marzo de 2019, ha sido cuestionado como norma jurídica debido a su difuso rango normativo. Los partidarios de negar el carácter jurídico al CDAE sostienen que no se trata propiamente de Derecho objetivo ni puede ser utilizado ante un tribunal, pero sí que puede ser invocado ante los colegios de abogados y muy especialmente en el marco de los procedimientos disciplinarios que lleven a cabo contra un letrado[72]. Esta cuestión dista, pese a todo, de ser pacífica, ya que a los argumentos esgrimidos se podría contrarrestar que el EGAE, en su art. 61, establece la obligación de los profesionales de la abogacía de respetar en todo momento las disposiciones del CDAE. El propio CDAE demuestra clara vocación jurídica en su preámbulo, en el que afirma que, "como toda norma, la deontológica se inserta en el universo del Derecho, regido por el principio de jerarquía normativa y exige, además, claridad, adecuación y precisión, de suerte que cualquier modificación de hecho o de derecho en la situación regulada obliga a adaptar la norma a la nueva realidad legal o social". Expuestos los argumentos de ambas corrientes doctrinales, resta por decir que el secreto profesional es mencionado tanto en el preámbulo como en el art. 5 del texto.

En el preámbulo se incluye el secreto profesional dentro de los "valores fundamentales" de la abogacía española, categoría íntimamente relacionada con

[71] Esta postura tendría como principal argumento a su favor que las normas deontológicas no cuentan con el respaldo de la soberanía nacional, dado que proceden de un mandato normativo contenido en el art. 5.1. de la *Ley de Colegios Profesionales*, que vendría a ser una delegación en blanco que difícilmente puede servir como cobertura para disposiciones de las que puedan derivarse sanciones, si bien debe recordarse que la tipificación de las sanciones, como tal, se halla en el EGAE. A este respecto, debe consultarse IGLESIAS PÉREZ, T., ''El discutible valor jurídico de las normas deontológicas'', *Revista Jueces para la Democracia*, nº 12, 1991, p. 61.

[72] MORÓN PÉREZ, C., *El secreto profesional del abogado ante la administración tributaria,* cit., p. 37

los principios rectores enumerados en el EGAE. Asimismo, se hace referencia, igualmente, a su doble naturaleza de derecho y deber[73].

La referencia pormenorizada al secreto se reserva al artículo 5, de considerable extensión, dado que cuenta con 11 apartados. Estos 11 apartados tratan de delimitar con la máxima precisión el ámbito del secreto profesional, y en lo general no se oponen o son directamente coincidentes con la regulación del EGAE que comentaremos a continuación. Existe una única excepción, el 5.10. que prescribe que "el consentimiento del cliente no excusa de la preservación del secreto profesional".

También resulta necesario traer a colación el art. 6.3.A) CDAE, que prohíbe la publicidad que suponga "la revelación directa o indirecta de hechos, datos o situaciones amparados por el secreto profesional".

El secreto profesional es un principio que presenta también considerable trascendencia en las relaciones con los clientes, de las que se ocupa el art. 12 CDAE. El precepto, cuya amplia extensión impide su reproducción en este trabajo, se refiere al secreto profesional en diversos puntos, principalmente en lo relativo a los conflictos de intereses, indicando que el profesional de la abogacía deberá abstenerse de aceptar el encargo en aquellos supuestos en que puedan comprometerse informaciones obtenidas de un tercero y protegidas por el secreto profesional.

En cuanto al EGAE, realiza la primera referencia al secreto profesional en el art. 1.3. La figura se encuentra incluida dentro de una enumeración de los considerados como principios rectores de la abogacía, algo que no refuerza la figura jurídicamente pero sí que contribuye a dotarle de mayor importancia formal dentro de la profesión. En esta línea, dirigida a inculcar en el abogado el especial valor del secreto profesional en el ejercicio cotidiano de la profesión, el art. 10 incluye la guarda del secreto profesional en el juramento o promesa que

[73] ''El secreto profesional y la confidencialidad son deberes y a la vez derechos 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.''

debe prestar el abogado antes de iniciar su andanza profesional, al modo del juramento hipocrático médico.

Dejando de lado el aspecto puramente programático y ceremonial, la regulación sustantiva del secreto profesional en el EGAE se encuentra en el Capítulo IV (arts. 21 a 24), dentro del cual se halla el art. 22 del mismo, que reproducimos a continuación:

1. El deber y derecho de secreto profesional del profesional de la Abogacía comprende todos los hechos, comunicaciones, datos, informaciones, documentos y propuestas que, como profesional de la Abogacía, haya conocido, emitido o recibido en su ejercicio profesional.

2. El secreto profesional no ampara las actuaciones del profesional de la Abogacía distintas de las que son propias de su ejercicio profesional y, en especial, las comunicaciones, escritos y documentos en que intervenga con mandato representativo de su cliente y así lo haga constar expresamente.

3. Las conversaciones mantenidas por los profesionales de la Abogacía con sus clientes, los contrarios o sus profesionales de la Abogacía, de presencia o por cualquier medio telefónico o telemático, solo podrán ser grabadas con la previa advertencia y conformidad de todos los intervinientes, quedando en todo caso amparadas por el secreto profesional. Están igualmente amparadas por el secreto profesional, las grabaciones realizadas por el cliente, no conocidas por su profesional de la Abogacía, incluso si éste no lo era o no intervino en dicho momento, de conversaciones en que intervenga el profesional de la Abogacía de la otra parte.

4. El profesional de la Abogacía deberá hacer respetar el secreto profesional a sus colaboradores y asociados, así como al personal correspondiente y demás personas que cooperen con él en su actividad profesional.

5. El deber de secreto profesional permanece incluso después de haber cesado en la prestación de los servicios al cliente, sin que se encuentre limitado en el tiempo.

6. El Abogado quedará relevado de este deber sobre aquello que solo afecte o se refiera a su cliente, siempre que éste le haya autorizado expresamente.

No consideramos necesario ahondar en el precepto, dado que un análisis no exhaustivo del mismo nos revelaría un régimen similar al del código europeo del CCBE, teniendo en cuenta además la claridad en la redacción de los 6 apartados. Sin embargo, sí que merece la pena detenerse en el sexto y último, que contempla la posibilidad de que el deber de secreto profesional ceda ante el consentimiento del cliente, lo que es tanto como dar a este último la disponibilidad absoluta del mismo.

Lo reciente del texto se ha traducido en una ausencia de estudios y análisis doctrinales respecto a la problemática que esto conlleva, con la notable excepción de Morón Pérez. Debemos pronunciarnos a favor, en todo caso, de la prevalencia

del EGAE sobre el CDAE, en tanto en cuanto la primera es una norma reglamentaria y la segunda, en caso de que resolviéramos afirmativamente la cuestión de si posee carácter jurídico, se halla en un escalón inferior, hasta el punto de que la Disposición Final tercera del EGAE fuerza a los diferentes colegios de abogados a adaptar su normativa estatutaria y deontológica al EGAE, lo cual parece representar un intento de uniformizar la deontología en base al Estatuto[74]. Aun si ignorásemos esto, parece que tanto la regla *lex posterior derogat anterior* como la seguridad jurídica que debe presidir el Derecho sancionador fuerzan a considerar que la regulación que debe prevalecer es la del art. 22.6 del EGAE, y que no tendría fundamento imponer sanción alguna a un abogado por difundir información protegida por secreto profesional si cuenta con el permiso del cliente. Debe tenerse en cuenta que la vulneración del secreto está considerada por el EGAE como infracción muy grave (art. 124.f) y que ello podría acarrear consecuencias de gran calado para el letrado.

Sin embargo, Morón Pérez, a nuestro juicio de forma muy atinada, considera que la redacción del art. 22.6 EGAE resulta un tanto desafortunada[75]. Dejando de lado la evidente contravención del 10.5 CDAE, que resulta llamativa entre dos textos tan próximos en el tiempo, debe tenerse en cuenta que podría existir una contradicción con el 542.3 LOPJ, que establece el deber de guardar secreto respecto "de todos los hechos o noticias de que conozcan por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional". Parece claro que en virtud del principio de jerarquía normativa no se puede introducir reglamentariamente una excepción para un mandato derivado de ley orgánica, lo que convierte el 22.6 EGAE en ilegal.

Esta insoslayable contradicción en los términos de las dos normas tal vez pueda resultar difícil de resolver desde la doctrina, pero sí que es posible reflexionar

---

[74] Debe tenerse en cuenta que, en todo caso, en el apartado 2 de la disposición citada se indica que '' Las normas deontológicas aprobadas por el Consejo General de la Abogacía Española prevalecerán, en caso de conflicto, sobre las que contengan los Estatutos colegiales.'' Dado que el CDAE se contradice con el EGAE, esta disposición puede generar equívocos que se solventarían con una regulación armonizada.

[75] Cfr. MORÓN PÉREZ, C., *El secreto profesional del abogado ante la administración tributaria,* cit., p. 30

acerca de sus consecuencias. En efecto, pueden darse situaciones en las que al cliente podría resultarle beneficioso el levantamiento del secreto profesional y podría, de esta forma, consentir que el abogado lo divulgara. Pese a ello, urge una precisión, y es que un comportamiento semejante podría incurrir en mala fe y, si tomamos como partida el EGAE, en abuso del Derecho. Siendo esta una cuestión nada pacífica, quizás haya que aventurar que tal utilización de la posibilidad de levantar el secreto profesional puede ir contra lo dispuesto en el art. 7 de nuestro Código Civil y, por tanto, acarrearía consecuencias para el cliente. Es una solución similar a la *iniquity exception* de la que hablaremos en el apartado 2.4.1. Habida cuenta de que el secreto profesional ha tenido y sigue teniendo un fuerte componente vinculado al orden público, determinadas utilizaciones de la posibilidad de levantarlo podrían incurrir en el *ejercicio antisocial* al que hace referencia el art. 7.2 CC.

A este respecto, Arribas López hace referencia a que un uso indebido de esta posibilidad conduciría a que la dispensa de declarar del 416.2 LECrim se diluiría y, por tanto, el abogado no se podría escudar en este precepto para eludir, por ejemplo, ser sometido a un interrogatorio por la parte adversa[76]. Esta consecuencia, no obstante, no nos parece acorde a una interpretación literal del precepto, lo cual deja la incógnita de cuál debería ser la respuesta procesal a un levantamiento voluntario del secreto profesional.

2.3.2. Referencia a la normativa sectorial.

Si en el apartado anterior hicimos alusión a aquellas normas con rango de ley que regulaban aspectos esenciales y definitorios del secreto profesional, es ahora el momento de analizar su tratamiento en normas sectoriales y no procesales. En estos casos, la obligación del abogado de guardar reserva adquiere connotaciones lo suficientemente sustanciales como para que el legislador incluya menciones expresas al mismo. Esto se da, en especial, en el ámbito de la legislación

[76] Cfr. ARRIBAS LÓPEZ, E., "Sobre los límites del secreto profesional del abogado", cit., p. 37, que a su vez cita a DE ALFONSO LASO.

tributaria, principalmente la *Ley General Tributaria* (58/2003, de 17 de diciembre) y la *Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo*. Consideramos que dada la especial dificultad que entraña la interpretación de los preceptos contenidos en estas normas y su armonización con el resto de la normativa en materia de secreto profesional, es aconsejable su estudio más detallado en el apartado 3, si bien aquí dejamos esbozada la cuestión.

Respecto de la *Ley General Tributaria*, es necesario realizar un brevísimo apunte histórico. En la *Ley General Tributaria de 1963* (230/1963, de 28 de diciembre) no existía ningún conflicto planteable entre el deber de guardar el secreto profesional y las obligaciones para con la administración de los tributos, puesto que el art. 111 de la norma dispensaba a *los profesionales, respecto de los asuntos amparados por el secreto profesional*, de la obligación de suministrar información.

Al ir obteniendo Hacienda y la administración tributaria una mayor relevancia en el sistema financiero del Estado, en la década de los 80 esta regulación se ve modificada por la *Ley 16/1985, de 26 de abril*, que opta por dejar de lado una reserva que, al abarcar prácticamente cualquier dato en poder del abogado, podría resultar problemática para la administración a la hora de recabar información. Así, de ahora en adelante, quedan protegidos únicamente los datos privados no patrimoniales cuya revelación pueda atentar contra el honor o a la intimidad personal y familiar de las personas. Los datos privados patrimoniales podían quedar también salvaguardados si se cumplía la condición del apartado 5 del art. 111 *in fine*, esto es, que se tuviera "conocimiento de los datos como consecuencia de la prestación de servicios profesionales de asesoramiento o defensa" [77].

Como puede comprobarse, el ámbito que cubre el secreto profesional con esa regulación es igualmente amplio, si bien destaca una excepción por lo demás

[77] MORÓN PÉREZ, C., *El secreto profesional del abogado ante la administración tributaria,* cit., pp. 21-22

razonable, que es que el abogado no puede invocar el secreto profesional para impedir una comprobación respecto de la situación tributaria del propio abogado.

Si bien el tenor literal del actual 93.5 de la nueva *Ley General Tributaria* es idéntico al del artículo 111.5 de la ley de 1985, en los últimos tiempos se han añadido a aquella dos preceptos en forma de disposiciones adicionales, introducidos ambos por la *Ley 10/2020, de 29 de diciembre*:

- Disposición Adicional 23ª: referida a la obligación de información sobre mecanismos transfronterizos de planificación fiscal. Aquí la referencia al concepto de secreto profesional se hace no sobre la base de la LOPJ o del Derecho interno, sino remitiéndose a la Directiva 2011/16/UE del Consejo.

- Disposición Adicional 24ª: referida a las obligaciones entre particulares derivadas de la obligación de información de los mecanismos transfronterizos de planificación fiscal.

Para evitar reiteraciones innecesarias, y dada la extensión del comentario respecto de la misma, la referencia a la *Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo* se reserva al capítulo tercero, donde se analiza dentro del apartado dedicado a las relaciones entre el secreto profesional y la administración tributaria.

2.4. EL SECRETO PROFESIONAL EN EL DERECHO COMPARADO

El secreto profesional es una institución que, dada su importancia para el desarrollo de la abogacía, existe en prácticamente todos los países donde la profesión se encuentra mínimamente desarrollada. No obstante, la regulación dista de ser uniforme y se aprecian diferencias significativas que se acentúan especialmente entre los países que siguen el sistema de Derecho Continental y aquellos del Derecho Común o *Common Law*.

En los países donde se sigue el modelo del *Common Law* la concepción del secreto profesional es más liberal y se deriva de un derecho del cliente que es

perfectamente renunciable[78]. En los Estados que pueden considerarse como de Derecho Continental, entre ellos España, el secreto, si bien sigue siendo un derecho del cliente, es también un deber del abogado, relacionado con el orden público. Esto explica que la disponibilidad del cliente respecto del deber de secreto sea abordada de forma más permisiva en los países de Derecho común que en los de Derecho continental.

El objetivo de este apartado no es tanto exponer de forma exhaustiva cómo los ordenamientos jurídicos de los diferentes Estados contemplan el secreto profesional. En su lugar, optamos por reseñar las diferencias más significativas entre ordenamientos y analizar ciertas cuestiones que suscitan problemáticas en dichos países (como es el caso de la regulación de los abogados de empresa en el derecho francés).

2.4.1. El secreto profesional en el entorno del *Common Law*.

Como ya se ha adelantado, el régimen del secreto profesional en los Estados del *Common Law* posee un fundamento distinto, y fruto de ello la perspectiva jurídica es también diferente, con los efectos que ello conlleva respecto a la posición del cliente en relación al mismo.

La historia del secreto profesional en el sistema del *Common Law* difiere sustancialmente del recorrido seguido en países de Derecho continental, como pudiera ser el caso de España, con lo que lo expuesto en el apartado 1.2 no sería aquí de aplicación. El origen del secreto profesional en el *Common Law*, y con él de su forma particular de entenderlo, se remonta al caso *Berd v. Lovelace,* que data de 1577[79]. En este proceso judicial, una de las partes llamó a declarar a un letrado que había sido en el pasado el abogado de la parte contraria, motivo por el cual el tribunal eximió del deber de testificar al mismo. Si bien en la resolución no se habla de secreto profesional ni se utiliza ninguna denominación similar,

[78] MORÓN PÉREZ, C., *El secreto profesional del abogado ante la administración tributaria,* cit., p. 52
[79] Cfr. TRIGO ALONSO, A. M., "El secreto profesional del abogado", cit., p. 5

puede decirse que este es el antecedente más lejano cronológicamente de esta figura en la cultura jurídica anglosajona.

Por lo expuesto, consideramos adecuado comenzar la aproximación al secreto profesional en Inglaterra, al ser este el país en que se origina el *Common Law*. A semejanza de lo que habíamos expuesto al analizar el fundamento del secreto, en el reino insular se aborda el secreto profesional desde una doble vertiente: como derecho y como deber. Pero la divergencia con el modelo español (y, por ende, con sus hermanos de Derecho continental) es notoria por los motivos que se enumeran a continuación:

- El secreto profesional como derecho, que recibe la denominación de *legal profesional privilege*, se atribuye al cliente de forma exclusiva, lo que posibilita que éste pueda renunciar al mismo sin que intervengan razones de orden público. Es un enfoque considerablemente más liberal y que muestra escaso interés por revestir al abogado del carácter de defensor de valores jurídicos y morales más allá de la defensa de los intereses de su cliente.

Respecto de este *legal profesional privilege*, lo primero que hay que decir es que tiene un alcance bastante más reducido que el secreto característico de los países con tradición de Derecho continental. Tal y como indica Trigo Alonso, el "privilegio del pleito sólo se aplica en procesos acusatorios (no en procesos inquisitivos o investigaciones no estatutarias privadas)". Además, conforme a la *Criminal Justice and Police Act* de 2001, "los documentos protegidos por el secreto profesional no pueden usarse como pruebas en un juicio penal, pero sí pueden ser examinados y el resultado de dicho examen podrá ser usado contra el cliente"[80].

- La formulación jurídica de la institución en sí es completamente diferente en su terminología, hasta el punto de que no puede hablarse de secreto profesional en el modo en que se hace al estudiar el ordenamiento jurídico español. La figura del secreto, como derecho y como deber, no existe como tal en Inglaterra. Como derecho del cliente se denomina, como ya expusimos, *legal profesional privilege*,

[80] Cfr. TRIGO ALONSO, A.M., "El secreto profesional del abogado", cit., p. 14.

y no entronca con el derecho de defensa ni con el derecho a la intimidad sino con el de recibir un asesoramiento jurídico adecuado. Por otro lado, el deber de secreto recibe la denominación de *confidentiality* y es esta la vertiente que nos interesa a efectos del análisis deontológico.

- La relación del abogado con el secreto profesional es también distinta. Si bien en nuestro país se infiere tanto del art. 5.1 CDAE como del art. 21 EGAE que esta figura tiene una doble vertiente, como derecho y deber, en el modelo inglés es exclusivamente un deber, dado que el único titular del derecho es el cliente que contrata los servicios jurídicos del profesional. De esta forma, el abogado puede invocar el derecho de secreto profesional para no ser obligado a declarar, pero no porque sea él el titular del derecho, sino por ser el *administrador* del secreto profesional de su cliente[81].

Respecto de lo que acontece al otro lado del Atlántico, el secreto profesional en Estados Unidos presenta notables similitudes con el modelo inglés, si bien existen ciertas particularidades. El *legal profesional privilege* recibe en Estados Unidos la denominación de *Attorney-Client privilege*. Al igual que en el modelo británico, el *Attorney-Client privilege* es un derecho del cliente y únicamente éste puede renunciar a él, por lo que el abogado se encuentra obligado a invocarlo en cualquier situación en que pueda ponerse en peligro la confidencialidad. Al igual que en Reino Unido, en Estados Unidos el secreto profesional, su extensión y sus límites han ido configurándose de forma acorde a la jurisprudencia[82], dentro de la cual debemos destacar la sentencia de la Corte Suprema *Swindler Berlin et al. v United States*[83], que data de 1998 y que reconoce la ausencia de límites temporales en el deber de secreto[84].

Respecto de los límites del secreto profesional, la mayoría de países del *Common Law* tienen en común el contemplar en sus legislaciones supuestos en los que el

---

[81] Cfr. MORÓN PÉREZ, C., *El secreto profesional del abogado ante la administración tributaria,* cit., pp. 54-55

[82] Cfr. TRIGO ALONSO, A. M., "El secreto profesional del abogado", cit., p. 6

[83] Consultada en https://supreme.justia.com/cases/federal/us/524/399/

[84] *Knowing that communications will remain confidential even after death serves a weighty interest in encouraging a client to communicate fully and frankly with counsel.*

privilegio del cliente decae por razones de orden público, uso con mala fe o daño a terceros. En esta línea, existe una figura denominada *excepción de iniquidad* en la que merece la pena detenerse.

La *iniquity exception* es una figura jurídica que puede ser invocada para hacer decaer el privilegio profesional legal. Su fundamento se halla en un uso indebido e ilegítimo del mismo con una finalidad delictiva que basta que concurra únicamente en el cliente, sin que el abogado tenga que estar al corriente de la misma[85]. En el ordenamiento jurídico continental una excepción como esta sería un tanto difícil de contemplar, dado que se hace mucho más hincapié en el orden público y la institución no orbita tanto en torno al cliente y sus circunstancias. Es cierto, no obstante, que el espíritu de esta excepción de iniquidad puede detectarse en la polémica regulación del secreto profesional en el marco del blanqueo de capitales, cuestión en la que nos detendremos más adelante.

En relación a los fundamentos de la *iniquity exception*, la sentencia *BBGP Managing General Partner Ltd & v. Babcock & Brown Partners [2011] Ch 296* de la *High Court of Justice* de Inglaterra y Gales indica que *This is that the partners in Global cannot claim that any material seen by General is subject to claims to legal professional privilege by them so that General is not free to use and to disseminate such material as it wishes because of 'the iniquity principle'. This principle may be shortly stated: advice sought or given for the purpose of effecting iniquity is not privileged (see Barclays Bank v. Eustice). The principle is founded upon public policy*[86].

Una de las ideas fundamentales de esta sentencia es que el fundamento racional del *iniquity principle* o *iniquity exception* se halla en evitar que a través de la comunicación con el abogado se alcancen fines encaminados al fraude (*fraud)*, entendiéndolo aquí como una especie de mala fe, o al delito (*crime*). Ha sido polémica, en este sentido, la sentencia del caso *London Borough of Brent v. Kane*

[85] Cfr. MORÓN PÉREZ, C., *El secreto profesional del abogado ante la administración tributaria,* cit., p. 56.
[86] Sentencia consultada en *https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2010/2176.html*

[2014] EWHC 4564 (Ch)[87], que provocó en su momento ciertos comentarios críticos al entender que se rebajaban en exceso los requisitos para aplicar la excepción de iniquidad[88]. Según esta sentencia, bastaría con la existencia de evidencias *prima facie* para que decaiga el privilegio profesional legal, en lugar de la demostración efectiva que se requería previamente, siendo el nivel de exigencia probatorio notoriamente inferior al que correspondería a la prueba del *fraud* que presuntamente comete el cliente.

Podemos concluir, por tanto, que el secreto profesional en el ámbito del *Common Law* presenta como punto de divergencia más significativo respecto del Derecho Continental el tener como centro al cliente y no al abogado. Esto refuerza una perspectiva más dispositiva y abierta respecto a la posibilidad de renunciar a este derecho, pero al mismo tiempo hace que las circunstancias del cliente influyan en eventuales supuestos en los que el secreto cedería ante razones de orden público o de investigación criminal como la *iniquity exception* o los supuestos tasados de la *Investigatory Powers Act* de 2016, que permiten en circunstancias excepcionales, por razones de orden público y ante la ausencia de alternativas menos lesivas, el levantamiento forzoso del secreto profesional[89]. La conclusión que extraemos es que la relevancia del abogado en el tratamiento legal del *Common Law* al secreto profesional es sustancialmente inferior al presente, por ejemplo, en los estados del continente europeo, y que ello hace que goce de una protección marcadamente menor.

2.4.2. El secreto profesional en los países de Derecho Continental

Dentro del entorno de la Unión Europea, daremos comienzo al análisis por uno de los Estados en los que más controversia se ha generado respecto del secreto profesional: la República Francesa.

---

[87] Consultada en *https://fieldcourt.co.uk/case/brent-v-kane-2014-ewhc-4564-ch/*
[88] https://www.osborneclarke.com/insights/privilege-and-the-fraudiniquity-exception
[89] MORÓN PÉREZ, C., *El secreto profesional del abogado ante la administración tributaria,* cit., pp. 56-57.

En Francia, la regulación del secreto profesional es en extremo garantista y muy amplia en el ámbito de protección, pues incluye (art. 66.5 de la Ley 71-1130) todo tipo de documentación vinculada al trabajo del abogado. Aspectos como la presencia del Presidente del Colegio de Abogados en los registros no se limitan únicamente al despacho, sino también al domicilio del abogado. Cabe destacar que, aunque no se especifica en la normativa legal, la intervención de la correspondencia o comunicaciones del abogado únicamente puede realizarse cuando de la referida intervención pudiera averiguarse que el letrado se encuentra implicado en algún delito[90]. Este modelo jurídico de secreto profesional ha gozado de cierta influencia y es similar al de otros países de la UE, entre los que podemos destacar a Italia[91].

Es importante mencionar también que los abogados de empresa no son abogados colegiados al uso y no están sujetos al secreto profesional ni pueden oponerlo frente a las autoridades. Este tipo de profesionales se denominan *juristes d'entreprise*[92] y se encuentran regulados expresamente por la Ley 71-1130, de 31 de diciembre de 1971, *portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques*[93]. Si bien se contempla una excepción para los colaboradores liberales de pequeñas y medianas empresas, los *juristes d'enterprise* son definidos en el art. 57 como aquellos que desempeñan su labor profesional para beneficio exclusivo de una empresa o grupo de empresas. No entraremos en la problemática judicial que ha generado esta cuestión, algo que reservamos para el capítulo 3.

En el caso de Alemania, el régimen regulador del secreto profesional del abogado es similar: sólo están sujetos a secreto profesional los abogados colegiados, por lo que los letrados de empresa (en alemán *firmenanwalt*) no están sujetos al secreto profesional. La principal diferencia es que si en Francia el *juriste d'entreprise* no podía colegiarse en forma alguna, en Alemania sí que está previsto que el *firmenanwalt* pueda colegiarse y, por tanto, estar sujeto al secreto

---

[90] Cfr. MORÓN PÉREZ, C., *El secreto profesional del abogado ante la administración tributaria,* cit., pp. 59, que a su vez cita la Sentencia del Tribunal de Apelaciones de 12 de marzo de 1992.
[91] Cfr. TRIGO ALONSO, A.M. ''El secreto profesional del abogado'', cit., p. 16
[92] https://www.charriere-bournazel.com/l%E2%80%99avocat-le-juriste-d%E2%80%99entreprise-et-le-secret/
[93] La norma ha sido consultada en *https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/LEGITEXT000006068396/*

profesional, bajo determinadas condiciones. De esta forma, y conforme al artículo 46 de la *Bundesrechtsanwaltsordnung*, el abogado debe aportar pruebas de que su relación laboral permanente no pone en peligro su independencia[94].

[94] *Die fachliche Unabhängigkeit der Berufsausübung des Syndikusrechtsanwalts ist vertraglich und tatsächlich zu gewährleisten.*

3. CUESTIONES PROBLEMÁTICAS DEL SECRETO PROFESIONAL A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA NACIONAL E INTERNACIONAL

3.1. SECRETO PROFESIONAL Y LOS ABOGADOS DE EMPRESA: ANÁLISIS DEL CASO *AKZO CHEMICALS*

La aplicación a los abogados de empresa de la garantía de confidencialidad que ofrece el secreto profesional es un tema poco pacífico. En primer lugar, debe definirse el abogado de empresa simplemente como aquel letrado que presta sus servicios en una entidad mercantil con la que posee una relación laboral por cuenta ajena. Desde la jurisprudencia del anteriormente denominado Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, y hoy TJUE, se ha mantenido una controvertida línea que considera que en el abogado de empresa no concurre la independencia inherente a la profesión de abogado, lo que convertiría al abogado de empresa en una figura *sui géneris* en la que el secreto profesional tiene un difícil encaje.

Para exponer cronológicamente la evolución jurisprudencial y doctrinal al respecto, hemos de remontarnos al 18 de mayo de 1982, fecha de la sentencia del TJUE AM&S[95] (Asunto 155/79). Sin ánimo de extendernos sobre el supuesto que generó el pleito, el fondo del asunto radicaba en las facultades de la Comisión para inspeccionar sedes de empresas y la problemática que plantearía el acceso por parte de la Comisión a documentación del abogado de empresa durante un registro.

El abogado general Sir Gordon Lynn argumentó en sus conclusiones[96] de forma favorable a la igualdad de trato, en lo que a secreto profesional se refiere, tanto del abogado *independiente* como del abogado de empresa. Sir Gordon Lynn esgrimía que, dado que el abogado de empresa está sujeto a las mismas normas

[95] Resolución consultada en http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=90571&doclang=ES.
[96] Consultada en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:61979CC0155(01).

deontológicas que los que desarrollen su actividad profesional en otro ámbito o por cuenta propia, no ha lugar a restringir ni a suprimir la confidencialidad de sus comunicaciones[97].

La sentencia hizo caso omiso de estas conclusiones con un razonamiento jurídico completamente inverso. Reproducimos en este sentido el siguiente fragmento de la sentencia:

24. Por lo que respecta al segundo requisito, ha de precisarse que la exigencia relativa a la situación y calidad de Abogado independiente que debe reunir el asesor legal del que emane la correspondencia protegible procede de la concepción de la función del Abogado como un colaborador de la Justicia que debe proporcionar, con toda independencia y en el interés superior de ésta, la asistencia legal que el cliente necesita. La contrapartida de esta protección es la disciplina profesional, impuesta y controlada en interés general por las instituciones habilitadas al efecto. Tal concepción responde a las tradiciones jurídicas comunes a los Estados miembros y se encuentra igualmente en el ordenamiento jurídico comunitario, como se desprende del artículo 17 del Estatuto del Tribunal de Justicia CEE y CEEA, así como del artículo 20 del Estatuto del Tribunal de Justicia CECA.

La diferencia de trato es, pues, evidente.

El TJUE tuvo ocasión de volver a pronunciarse respecto de esta cuestión en la Sentencia de la Gran Sala de 14 de septiembre de 2010 (Caso *Akzo Nobel Chemicals Ltd y Akcros Chemicals Ltd. contra Comisión Europea*). Esta sentencia es deudora de la anterior y mantiene la misma línea en sus pronunciamientos. Ha sido fuertemente criticada por buena parte de la doctrina, que ha detectado en la misma algunas contradicciones significativas. En esta ocasión, las conclusiones de la abogada general Julianne Kokott, favorables a no extender la protección del secreto de las comunicaciones a los abogados de

[97] *Estimamos, por consiguiente, que el Agente de la Comisión estaba en lo cierto cuando afirmó que, en la medida en que esté sujeto a las reglas de disciplina y deontología profesionales, el Abogado que trabaje por cuenta ajena debe ser tratado de la misma manera que el Abogado independiente.*

empresa[98], se inspiraron en la sentencia AM&S y difirieron bastante de las que realizara su predecesor, Sir Gordon Lynn.

La doctrina fijada por la sentencia no se aparta de la línea marcada por su antecesora de 1982. El Tribunal sostiene que una de las principales notas características de la abogacía, el principio de independencia, no concurre plenamente en el caso de los abogados internos[99]. A pesar de ello, las empresas recurrentes pretendieron que el Tribunal *reinterpretara* o se apartara del criterio fijado por la sentencia *AM&S* alegando que existía una tendencia en los diferentes Estados miembros favorable a la equiparación entre el abogado interno y el abogado externo a efectos de extender a ambos la protección de la confidencialidad de las comunicaciones[100]. El TJUE, no obstante, rechaza este segundo motivo de casación al no apreciar tal cambio de tendencia legislativa, considerando que "todavía existe un gran número de Estados miembros que excluyen a los abogados de empresa de la protección de la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes. Por otro lado, el referido examen revela que un número considerable de Estados miembros no permite que los abogados de empresa se inscriban en los Colegios de Abogados y, por lo tanto, no les atribuyen la condición de abogados"[101].

Autores como Fernández de Troconiz[102] hacen hincapié en que existe una directiva, la 77/249/CE, que contiene un precepto relevante que ha sido ignorado tanto por abogados generales como por los jueces del TJUE, hasta el punto de que la resolución la contradice abiertamente. El art. 6 de la Directiva 77/249/CEE del Consejo, de 22 de marzo de 1977, dirigida a facilitar el ejercicio efectivo de

---

[98] TRIGO ALONSO, A. M., "El secreto profesional del abogado", cit., pp. 19-20

[99] Tal y como se indica en el párrafo 47 de la Sentencia, "el abogado interno no puede, independientemente de las garantías de que disponga en el ejercicio de su profesión, ser asimilado a un abogado externo, debido a la situación de asalariado en la que se encuentra, situación que, por su propia naturaleza, no le permite apartarse de las estrategias comerciales perseguidas por su empresa y que ponen en entredicho su capacidad para actuar con independencia profesional".

[100] Ver párrafos 65 y 66 de la Sentencia.

[101] Ver párrafo 72 de la resolución.

[102] Cfr. FERNÁNDEZ DE TROCONIZ, "El secreto profesional del abogado de empresa. Abogados de empresa con y sin secreto profesional. Situación en España después de la jurisprudencia europea "Akzo", en MENÉNDEZ MENÉNDEZ A. y TORRES FERNÁNDEZ, J. J., *Deontología profesional y ejercicio de la abogacía: Un desafío global,* Aranzadi, Pamplona, 2019, pp. 98-100

la libre prestación de servicios por los abogados, afirma que "los abogados asalariados, vinculados por un contrato de trabajo a una empresa pública o privada, podrán ser excluidos por cada Estado miembro del ejercicio de las actividades de representación y de defensa de esa empresa ante los tribunales en la medida en que los abogados establecidos en ese Estado no estén autorizados a ejercerlas".

La sentencia Akzo pretende que determinar la cuestión de si las autoridades de la Comisión están facultadas para intervenir comunicaciones del abogado de empresa con su empleador sin autorización sea exclusiva del Derecho de la UE[103], pero como afirma Fernández de Trocóniz, "la cuestión grave es si no es aplicable a la Comisión la totalidad del acervo comunitario. (…) Pero sería absurdo que sus principios se aplicasen a los Estados y no a la Comisión"[104]. En efecto, el afán uniformador del TJUE, que pretende hacer valer el Derecho de la UE, contravendría ese mismo Derecho al ir en contra de esa directiva.

Se llama la atención también sobre la Directiva 98/5/CE, cuyo artículo 8 se refiere al ejercicio de la abogacía por cuenta ajena en los siguientes términos:

El abogado inscrito en el Estado miembro de acogida con su título profesional de origen podrá ejercer en calidad de abogado por cuenta de otro abogado, de una asociación o sociedad de abogados, o de una empresa pública o privada, en la medida en que así lo permita el Estado miembro de acogida a los abogados inscritos con el título profesional de dicho Estado miembro.

En conclusión, si atendemos a lo expresado en la normativa europea, no podemos más que mostrarnos de acuerdo con Fernández de Troconiz respecto del difícil encaje de la jurisprudencia del TJUE sobre el régimen a aplicar en esta materia a los abogados de empresa.

---

[103] Ver párrafo 115 de la Sentencia.
[104] Cfr. FERNÁNDEZ DE TROCÓNIZ, "El secreto profesional del abogado de empresa. Abogados de empresa con y sin secreto profesional. Situación en España después de la jurisprudencia europea "Akzo", cit. p. 101

3.2. EL DESPACHO PROFESIONAL Y SU PROTECCIÓN FRENTE A LOS REGISTROS: SU CONSIDERACIÓN COMO DOMICILIO POR PARTE DEL TEDH.

Parece, en principio, evidente que una de las situaciones que más riesgo entraña para el secreto profesional es aquella en que se produce un registro judicial del despacho profesional. Incluso cuando se sospecha que el abogado pueda ser autor o partícipe de un acto constitutivo de delito, se corre el peligro de que se produzca una lesión del secreto profesional al existir la posibilidad de que los autores del registro accedan a documentación relativa a los vínculos de asesoramiento y defensa del abogado con otros clientes, que no necesariamente tienen conocimiento de las razones que conducen a que se lleve a cabo el referido registro.

Para evitar que los registros judiciales de bufetes de abogados lleguen al extremo de causar perjuicios irreparables y no justificados al secreto profesional, el TEDH se ha pronunciado con cierta habitualidad acerca de cuáles son los límites en un registro de esta índole. Para ello, resulta pertinente, antes de exponer cuál es la doctrina que se dilucida de la jurisprudencia de este órgano, aclarar cuál es la normativa aplicable a este supuesto.

El precepto esencial para abordar jurídicamente la cuestión es el artículo 8 del *Convenio Europeo de Derechos Humanos,* que ya reprodujimos en el apartado 2.1 de este trabajo, en el que se exponía brevemente su interpretación jurisprudencial.

El TEDH ha considerado que el despacho de un abogado constituye domicilio a los efectos del Convenio, y esto implica necesariamente que para que cualquier intromisión en el mismo pueda ser considerada legítima se deben cumplir los requisitos del apartado 2 del precepto: previsión legal y necesidad objetiva de la medida. El hecho de que tenga la consideración de domicilio, por otra parte, despeja las dudas de que, en clave tributaria, la Inspección de Hacienda precisa de una orden judicial para acceder al despacho si la voluntad del profesional no es concurrente.

Entre las resoluciones del TEDH que resultan de utilidad a estos efectos debemos destacar el caso *Niemetz vs. Alemania* (Sentencia de 16 de diciembre de 1992) que, como indica Trigo Alonso[105], es la primera en aplicar la protección del artículo 8.1 a un despacho profesional.

Esta resolución, que sienta un precedente de suma importancia, se pronuncia a favor de extender la protección al despacho profesional por dos motivos. El primero de ellos es que, si bien toda la actividad profesional de una persona no forma parte de la vida privada, sí que debe considerarse que la vida profesional y la vida privada no son dos compartimentos estancos y que, en ocasiones, pueden superponerse[106]. No obstante, también se indica que, puesto que en un despacho de abogados es altamente probable encontrar documentación que incluya comunicaciones con los clientes, y que dado que la protección de la correspondencia ya está de por sí amparada por el art. 8.1, debía extenderse sí o sí este rango de protección.

Nos parece pertinente, de igual manera, resaltar que parte de la cuestión tiene trascendencia lingüística, y ello es algo que está presente en el análisis conceptual llevado a cabo por el Tribunal. Domicilio, que procede del latín *domus* (casa)[107], puede parecer en un principio más vinculado a la vivienda privada que al lugar de trabajo profesional, pero la sentencia indica expresamente que *domicile* es un término más amplio que el *home* anglosajón y que permite perfectamente la inclusión de locales en los que desempeñan actividades profesionales[108].

En el caso *Petri Sallinen y otros contra Finlandia* (Sentencia de 27 de septiembre de 2005), el TEDH estudió las consecuencias jurídicas de un registro efectuado por las

---

[105] Cfr. TRIGO ALONSO, A. M., "El secreto profesional del abogado", cit., p. 16
[106] Ver párrafo 29 de la Sentencia.
[107] https://dle.rae.es/domicilio
[108] Como dice el párrafo 30 de la Sentencia: *As regards the word "home", appearing in the English text of Article 8 (art. 8), the Court observes that in certain Contracting States, notably Germany (see paragraph 18 above), it has been accepted as extending to business premises. Such an interpretation is, moreover, fully consonant with the French text, since the word "domicile" has a broader connotation than the word "home" and may extend, for example, to a professional person's office.*
In this context also, it may not always be possible to draw precise distinctions, since activities which are related to a profession or business may well be conducted from a person's private residence and activities which are not so related may well be carried on in an office or commercial premises. A narrow interpretation of the words "home" and "domicile" could therefore give rise to the same risk of inequality of treatment as a narrow interpretation of the notion of "private life" (see paragraph 29 above).

autoridades finlandesas del despacho de un abogado, que se saldó con la incautación de varios discos duros. Aquí el TEDH reitera su doctrina de incluir el despacho profesional como domicilio de una forma más aseverativa, pero utilizando una argumentación idéntica a la de Niemetz contra Alemania[109].

El TEDH ha mantenido esta línea en las sentencias en los casos *Wieser y Bicos Beteiligungen contra Austria* (16 de noviembre de 2007), *Iliya Stefanov contra Bulgaria* (22 de mayo de 2008) y *Kolenischenko contra Rusia* (9 de abril de 2009). En el año 2010, la sentencia del caso *Xavier da Silveira contra Francia* (21 de enero de 2010), sin romper con las anteriores, supone un incremento cuantitativo en la preocupación que merecen al TEDH los registros de despachos de abogados[110]. En este caso, el Tribunal puso de relieve el riesgo intrínseco al secreto profesional que entrañan estos registros en todos los casos, por lo que exigió a los estados la implementación de *medidas especiales* para prevenir posibles vulneraciones del secreto profesional[111].

El TEDH ha reiterado la necesidad de adopción de estas medidas en las sentencias de los casos *Heino contra Finlandia* (15 de febrero de 2011), *Robathin contra Austria* (3 de julio de 2012), *Yuditskaya y otros contra Rusia* (12 de febrero de 2015), *Sociedade de Advogados RL y otros contra Portugal* (3 de septiembre de 2015), *Socios de Lindst Randt Advokatbyra y otros contra Suecia* (20 de diciembre de 2016), *Leotsakos contra Grecia* (4 de octubre de 2018) y *Kirdök y otros contra Turquía* (3 de diciembre de 2019).

3.3. SECRETO PROFESIONAL Y ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA: ¿UNA SOLUCIÓN DEFINITIVA?

Buena parte de las cuestiones jurídicas suscitadas en torno al secreto profesional en los últimos años, tomando como referencia el marco europeo, son relativas al deber de colaboración del profesional de la abogacía con los entes de inspección y recaudación. Esta obligación que recae sobre los letrados tiene, como ya referimos anteriormente, origen en la *Directiva 2005/60/CE*, cuyo objetivo, como

[109] Cfr. MORÓN PÉREZ, *El secreto profesional del abogado ante la administración tributaria*, cit., p. 98.
[110] *Ibídem*, p. 108.
[111] Ver párrafos 36 y 37 de la Sentencia.

ya es conocido, consiste en la prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo.

Lo anteriormente traído a colación se inscribe en una tendencia de nuestro legislador, influenciada por la Unión Europea, de incluir en la normativa tributaria nacional límites al secreto profesional, con el objeto de prevenir utilizaciones abusivas del mismo. En esa línea, ya la *Ley General Tributaria* de 2003 impide *ex* art. 93.5 que los profesionales puedan ampararse en el secreto para impedir la regularización de su propia situación tributaria.

En principio, esto supone revelar a la administración tributaria la procedencia de los ingresos, indicando en los libros contables el nombre del cliente, sea persona física o jurídica. El secreto profesional fuerza a no revelar más allá de lo estrictamente necesario, por lo que sí que constituiría una vulneración del secreto profesional, siquiera mínimamente, suministrar a la administración tributaria información relativa al motivo por el que se prestó servicio al cliente. En la STS de 6 de marzo de 1989 (nº 15740/1989) ya fue declarado ilegal un reglamento tributario que imponía a los médicos el deber de detallar en las facturas la operación médica realizada al considerarse, a nuestro parecer, que esto suponía una vulneración del secreto profesional (ver fundamento jurídico quinto).

Las voces críticas respecto de la incidencia de la normativa tributaria en general, y de blanqueo de capitales en particular, sobre el secreto profesional se alzaron especialmente después de que el TEDH se pronunciara al respecto en su sentencia respecto al asunto *Michaud contra Francia*, que data del 6 de diciembre de 2012[112]. Esta sentencia, que en lo esencial venía a admitir que la existencia de este tipo de obligaciones para con la administración tributaria eran perfectamente conformes al art. 8 CEDH, fue severamente criticada por la doctrina. Por ejemplo, González Pascual, autora de un notable comentario a la sentencia referida, lamentaba que la pretendida ambigüedad de la normativa tanto del Consejo de

[112] Resolución consultada en https://hudoc.echr.coe.int/spa#{%22fulltext%22:[%22\%22CASE%20OF%20MICHAUD%20v.%20FRANCE\%22%22],%22documentcollectionid2%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-139467%22]}

Europa como de la Unión había potenciado en exceso el papel de la jurisprudencia, lo que generaba situaciones que ponían en peligro gravemente la independencia del profesional de la abogacía y contribuían a la formación de una notoria inseguridad jurídica[113].

Para entender mejor cómo se ha acabado admitiendo una clara vulneración del secreto profesional como acorde a Derecho, es necesario entender el papel que jugaron las recomendaciones GAFI. El GAFI, acrónimo de Grupo de Acción Financiera, es un organismo creado por el G7 con el objeto de estudiar las problemáticas vinculadas al blanqueo de capitales y elaborar planes de actuación y prevención de dicha actividad ilícita. El GAFI publicó por primera vez en 1990 40 recomendaciones que se han ido revisando periódicamente desde entonces. De ellas nos interesa la recomendación nº 23.a) (antigua nº16), que afirma lo siguiente:

Los abogados, notarios y otros profesionales jurídicos independientes y contables deben estar obligados a comunicar operaciones sospechosas cuando, en nombre de o para un cliente, participen en una transacción financiera en relación con las actividades descritas en el párrafo (d) de la Recomendación 22. Se insta encarecidamente a los países a extender la obligación de informar al resto de las actividades profesionales de los contables, incluida la auditoría[114].

Como puede comprobarse, no hay en la redacción del precepto referencia alguna al secreto profesional. No obstante, las notas interpretativas publicadas por la GAFI sostienen que:

1. Los abogados, notarios, otros profesionales jurídicos independientes y contadores que actúan como profesionales jurídicos independientes no tienen que reportar transacciones sospechosas si la información relevante se obtuvo en

[113] Cfr. GONZÁLEZ PASCUAL, M., *Secreto profesional de los abogados y blanqueo de capitales: La normativa de la Unión ante el TEDH*, Revista Española de Derecho Constitucional, num. 101, mayo-agosto 2014, pp. 381-382.

[114] Consultado en https://www.cfatf-gafic.org/es/documentos/gafi40-recomendaciones/429-fatf-recomendacion-23-apnfd-otras-medidas

circunstancias en las que éstos están sujetos al secreto profesional o el privilegio profesional legal.

2. Cada país debe determinar los asuntos que deberían estar supeditados al privilegio profesional legal o el secreto profesional. Esto normalmente cubriría la información que los abogados, notarios u otros profesionales jurídicos independientes reciben de uno de sus clientes o a través de uno de sus clientes: (a) al momento de verificar el estatus legal de sus clientes, o (b) en el desempeño de su tarea de defender o representar a ese cliente en o con respecto a procesos judiciales, administrativos, arbitraje o mediación.

En definitiva, la nota se remite a la regulación nacional del secreto profesional, pero la redacción abierta parece dar a entender que sería perfectamente posible establecer excepciones *ad hoc* para así librar de cualquier tipo de traba jurídica una obligación de los abogados de facilitar información referida al blanqueo.

En España habrá que esperar a la *Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo* para hallar una exigencia similar. La Ley traspone la *Directiva 2005/60/CE,* que seguía el espíritu marcado por las recomendaciones GAFI. Si bien no existe expresamente un precepto que disponga que el abogado deba romper el secreto profesional, el art. 2.ñ) del texto legal se refiere expresamente a los profesionales de la abogacía como sujetos obligados a colaborar:

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.

El potencial perjuicio al secreto profesional se ha tratado de solventar con un régimen jurídico que impone al abogado el deber de comunicar su participación en operaciones que no pueden considerarse intrínsecas a la profesión de abogado, lo que permite la salvaguarda del secreto en lo que a defensa y asistencia jurídico-procedimental se refiere[115]. Como indica el art. 22, "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", no está sujeta al deber de información, lo que salvaguarda el secreto profesional.

Si bien puede considerarse que el secreto profesional no es objeto de un ataque directo, es innegable que una regulación de este tipo deteriora la confidencialidad de las relaciones abogado-cliente[116]. Cabe, no obstante, preguntarse si, descartada la posibilidad de una vulneración del derecho de defensa, podría existir una vulneración del derecho a la intimidad si aceptamos éste como la base del secreto profesional, dado que el secreto profesional no se limita exclusivamente a las informaciones recibidas en el marco de un proceso judicial. La idea de que el secreto profesional no resulta lesionado por esta normativa resulta, cuando menos, dudosa.

Mayor problemática ofrece inclusive la normativa contra las planificaciones fiscales potencialmente agresivas, que es en la actualidad jurídica el foco donde se concentran los principales choques entre el secreto profesional y el deber de informar a la administración tributaria.

---

[115] En este sentido, ver tanto MORÓN PÉREZ, C., *El secreto profesional del abogado ante la administración tributaria* cit., pp. 42-43, como las medidas y recomendaciones publicadas por la Comisión Especial para la Prevención del Blanqueo de Capitales (https://www.abogacia.es/actualidad/especiales/prevencion-del-blanqueo-de-capitales-2/) respecto de la normativa mencionada. Igualmente, la Comisión considera que en los supuestos en que el asesoramiento se realice respecto de una operación financiera ya transcurrida con el objeto de determinar sus consecuencias jurídicas existe protección por el secreto profesional, pero si el asesoramiento fuera anterior a la realización del negocio en cuestión esta protección cedería.

[116] Opinión compartida por TRIGO ALONSO, A. M., "El secreto profesional del abogado", cit., p. 19

En el año 2018 se reformó la *Directiva 2011/16/UE*, referida a cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad. El texto consolidado de la Directiva, conocido como DAC 6 (por ser la sexta modificación de calado que experimentaba la directiva), pretendía dar un paso más en la lucha contra las planificaciones fiscales agresivas. De la nueva redacción de la Directiva debemos destacar el art. 8 bis ter 5, que expresa lo siguiente:

Cada Estado miembro podrá adoptar las medidas necesarias para otorgar a los intermediarios el derecho a una dispensa de la obligación de presentar información sobre un mecanismo transfronterizo sujeto a comunicación de información cuando la obligación de comunicar información vulnere la prerrogativa de secreto profesional en virtud del Derecho nacional de dicho Estado miembro. En estas circunstancias, cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para exigir a los intermediarios que notifiquen sin demora sus obligaciones de comunicación de información en virtud del apartado 6 a cualquier otro intermediario, o cuando no exista tal intermediario, al contribuyente interesado.

Los intermediarios solo podrán acogerse a una dispensa con arreglo al párrafo primero en la medida en que actúen dentro de los límites de la correspondiente normativa nacional por la que se definan sus profesiones.

Una regulación como esta incurre en el riesgo de dejar al completo arbitrio del Estado miembro si aplicar o no la excepción de secreto profesional.

Sin embargo, merece especial atención la recentísima sentencia del TJUE en el caso *Orde van Vlaamse Balies y otros*, de 8 de diciembre de 2022 (Asunto C-694/20)[117], en el que el supremo órgano jurisdiccional de la Unión realiza un considerable viraje respecto de la línea jurisprudencial que venía siguiendo hasta la fecha, dado que afirma que el deber de información respecto de las

[117] Consultada en https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?nat=or&mat=or&pcs=Oor&jur=C%2CT%2CF&num=C-694%252F20&for=&jge=&dates=&language=es&pro=&cit=none%252CC%252CCJ%252CR%252C2008E%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252Ctrue%252Cfalse%252Cfalse&oqp=&td=%3BALL&avg=&lg=&page=1&cid=41134

planificaciones fiscales potencialmente agresivas vulnera el art. 7 CDFUE, referido al secreto de las comunicaciones.

La sentencia responde a una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional de Bélgica respecto al art. 8 ter de la referida directiva. Un examen pormenorizado del precepto ha conducido al TJUE a interpretar que el apartado 5 del art. 8 *bis ter* debe ser considerado *inválido* puesto que contraviene una norma superior fundamental en la Unión Europea: la Carta de Derechos Fundamentales.

La argumentación esgrimida por el alto tribunal europeo resalta, muy especialmente, la importancia insoslayable del secreto profesional para el adecuado funcionamiento de un ordenamiento jurídico democrático. El párrafo 28 de la Sentencia nos resulta, en este sentido, iluminador:

La protección específica que el artículo 7 de la Carta y el artículo 8, apartado 1, del CEDH conceden al secreto profesional de los abogados, que se traduce ante todo en obligaciones a cargo de estos, se justifica por el hecho de que se les encomienda un cometido fundamental en una sociedad democrática, a saber, la defensa de los justiciables (TEDH, sentencia de 6 de diciembre de 2012, Michaud c. Francia, CE:ECHR:2012:1206JUD001232311, §§ 118 y 119). Esta misión fundamental implica, por una parte, 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 y, por otra parte, la exigencia, correlativa, de lealtad del abogado hacia su cliente (véase, en este sentido, la sentencia de 18 de mayo de 1982, AM & S Europe/Comisión, 155/79, EU:C:1982:157, apartado 18).

El párrafo 47 de la sentencia, de forma sumamente razonable, da a entender que continuar aplicando el art. 8 *bis ter*. 5 conduciría a resultados contrarios no únicamente al secreto de las comunicaciones entre el abogado y su cliente, sino también contra el derecho a un proceso equitativo:

El abogado no estaría en condiciones de cumplir adecuadamente su misión de asesoramiento, defensa y representación del cliente, quedando este, por tanto, privado de los derechos que le confiere el artículo 47 de la Carta, si, en el contexto de un procedimiento judicial o de su preparación, aquel 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 (véase, en este sentido, la sentencia de 26 de junio de 2007, *Ordre des barreaux francophones et germanophone y otros,* C-305/05, EU:C:2007:383, apartados 31 y 32).

Esta resolución supone una novedad importante en la forma de abordar el secreto profesional del abogado y sus implicaciones para con las agencias tributarias de los diferentes países europeos. La invalidación del precepto de la directiva forzosamente causará también efectos en cada uno de los Estados que lo hayan traspuesto, entre los que se encuentra España. Además, una sentencia de este tipo supone un primer y reseñable muro para la corriente que venía matizando o difuminando el secreto profesional en el ámbito tributario, precisamente desde la normativa europea. Ante lo inmediato de la resolución que acabamos de comentar, únicamente el tiempo será capaz de decir si se trata de un hecho aislado o si, por el contrario, estamos ante el principio de lo que podría calificarse como una *recuperación de terreno* por parte del secreto profesional.

3.4. EL SECRETO PROFESIONAL ANTE LA COMISIÓN INMINENTE DE DELITOS Y EL DICTADO DE RESOLUCIONES INJUSTAS. LA NECESIDAD DE LA PONDERACIÓN.

Ha quedado sobradamente claro a lo largo de los diferentes aspectos objeto de análisis en este trabajo la relevancia que reviste el secreto profesional y su inherencia al propio ejercicio de la profesión de abogado. Ello no es óbice para poner en tela de juicio si, bajo determinadas circunstancias, existe algún tipo de encaje jurídico que otorgue al abogado el derecho a romper ese secreto profesional sin consentimiento del cliente para aquellas situaciones en que pueda

producirse un daño o perjuicio a un tercero. En concreto, serán dos los supuestos en los que se tratará de dilucidar si es posible quebrantar el secreto: el caso en que, como consecuencia de mantener el secreto profesional, se vaya a producir un hecho delictivo, y el supuesto en que, en el marco de un proceso penal, pueda ser, o bien condenado un inocente o bien absuelto un culpable, y la única forma de salvar la resolución injusta sea aportar al proceso información sujeta a secreto profesional. Si bien es cierto que ambos casos pueden parecer, en cierto sentido, de laboratorio (y más teniendo en cuenta que no se puede hallar nada similar en la jurisprudencia europea o nacional), consideramos que, dado que han sido estudiados por académicos preocupados por la naturaleza y fundamentos del secreto, dar respuesta a estos interrogantes nos acerca a un conocimiento más amplio de esta figura.

El primero de los casos, el de un abogado que tuviera conocimiento de la comisión inminente de un hecho delictivo en el marco de su actividad profesional como letrado, es un tanto más sencillo de responder que el segundo. Ya se comentó anteriormente que la revelación de secretos, en el marco de la abogacía, merecía la calificación penal del tipo contenido en el art. 199.2 CP. Pero el problema radica en que existe otro tipo penal, el 450.1 CP, que proscribe la omisión del deber de impedir delitos en base al siguiente tenor literal:

1. El que, pudiendo hacerlo con su intervención inmediata y sin riesgo propio o ajeno, no impidiere la comisión de un delito que afecte a las personas en su vida, integridad o salud, libertad o libertad sexual, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años si el delito fuera contra la vida, y la de multa de seis a veinticuatro meses en los demás casos, salvo que al delito no impedido le correspondiera igual o menor pena, en cuyo caso se impondrá la pena inferior en grado a la de aquél.

Llegaríamos por tanto a la aporía en la cual, hiciera lo que hiciera el abogado, tanto si opta por quebrantar el secreto profesional como si no, estaría cometiendo un delito. Ante esta encrucijada, nos acogemos a la opinión tanto de Arribas

López[118] y de Trigo Alonso[119] como de Muñoz Conde[120], por la cual bienes jurídicos como la vida o la libertad e indemnidad sexuales tienen una mayor relevancia jurídica, política y ética, y, por ende, la obligación de evitar el delito sería incuestionablemente superior a la de mantener el secreto profesional. Para evitar que recayera sobre el abogado pena alguna por la revelación del secreto habría que acudir a la figura del estado de necesidad (art. 20.5 CP), sea como causa de justificación o de exculpación según la teoría penalista a la que nos acojamos.

No cabría así duda de que, en el caso de que un abogado, actuando profesionalmente, tuviera conocimiento por uno de sus clientes de que se va a cometer un homicidio, no cabría reproche penológico alguno por la conducta de revelación del secreto, porque el mal a evitar es superior al bien jurídico protegido por el tipo en que se subsume la conducta. Lo mismo podría predicarse de delitos contra la libertad e indemnidad sexual o contra la integridad física o moral, siendo más difusa la entidad del mal a evitar en el resto de delitos.

Respecto de la segunda de las cuestiones que nos planteábamos al inicio de este apartado, se puede subdividir en dos. La injusticia en la resolución de un proceso penal, *grosso modo*, reside en dictar una resolución que imponga una pena inmerecida o no la imponga a quien ha cometido un hecho típico, antijurídico y culpable. Respecto de estos problemas, hay dos posturas generales:

- Por un lado, un grupo de académicos, entre ellos Muñoz Conde[121], sostienen que no hay excusa penal posible en estos supuestos, por lo que la conducta incurriría en un delito de revelación de secretos del 199.2 CP.

- Por otro lado, autores como Arribas López[122] defienden la postura contraria, considerando que en aquellos casos en que la revelación del secreto no vulnere el derecho de defensa (caso de que la información fuera obtenida en el marco de

[118] Cfr. ARRIBAS LÓPEZ, E., "Sobre los límites del secreto profesional del abogado", cit., p. 48.
[119] Cfr. TRIGO ALONSO, A. M., "El secreto profesional del abogado", cit., p. 13.
[120] Cfr. MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte especial.*, cit. p. 267.
[121] Cfr. *Ibídem*, pp. 266-267
[122] ARRIBAS LÓPEZ, E., "Sobre los límites del secreto profesional del abogado", cit., p. 51.

un proceso finalizado con sentencia absolutoria) lo único que estaría en juego sería el derecho a la intimidad del cliente. Considerando que la intimidad del cliente es un mal de menor entidad que una resolución injusta, cabría aplicar aquí el estado de necesidad del art. 20.5 CP.

En nuestra opinión, es esencial diferenciar entre si lo que está en juego es la condena a un inocente o, por el contrario, se trata de la absolución de un culpable. En este último caso, consideramos evidente que no hay ningún tipo de excusa para romper el secreto profesional, pues el art. 24.2 CE consagra un derecho de defensa para todos los ciudadanos, sean inocentes o culpables. Los culpables tienen también reconocido este derecho, y utilizar información recibida a través de secreto profesional para lograr su condena sería un acto contrario al principio de confianza del que hablábamos en las páginas iniciales. Tampoco estamos de acuerdo, como expusimos en el Capítulo II de este trabajo, con que el secreto profesional se derive del derecho fundamental a la intimidad del art. 18 CE.

Pero en el caso contrario se plantea la problemática de que una persona que no ha cometido ningún delito va a padecer o está padeciendo las consecuencias de una resolución injusta. Es cierto que se trata de un caso casi de laboratorio, habida cuenta de que en el sistema penal español rige el principio *in dubio pro reo*, esto es, la presunción de inocencia. Para que un inocente fuera condenado tendría que darse un complejo caso de falsificación probatoria, algo improbable pero, desde luego, no imposible. En este caso, debemos considerar que sí que se habría de acudir al estado de necesidad del 20.5 CP.

3.5. LA INTERCEPTACIÓN DE LAS COMUNICACIONES ENTRE ABOGADO Y CLIENTE EN EL ÁMBITO PENITENCIARIO.

Ya mencionamos de forma sucinta en el apartado 2.1 cuál era la postura del TEDH respecto de este particular, si bien resulta conveniente reiterarlo: toda comunicación entre abogado y cliente, incluso en el ámbito penitenciario, se halla protegida por el derecho al respeto a la vida privada y familiar y al secreto de las comunicaciones del art. 8.1 CEDH. Centrándonos en el ámbito español, debemos

añadir que el precepto de referencia es el art. 51.2 de la *Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria*, que reproducimos a continuación:

2. Las comunicaciones de los internos con el Abogado defensor o con el Abogado expresamente llamado en relación con asuntos penales y con los Procuradores que los representen, se celebrarán en departamentos apropiados y no podrán ser suspendidas o intervenidas salvo por orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo.

La forma en que debe ser interpretada la parte final de este artículo ha servido para generar una pequeña polémica doctrinal respecto de si los requisitos de orden judicial y supuestos de terrorismo son alternativos o, por el contrario, cumulativos. En un primer momento, y teniendo en cuenta que se trata de la primera ley orgánica de la democracia, se entendió que se trataban de requisitos alternativos, por ser esa la intención originaria del legislador[123].

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha ido matizando con el paso de los años lo que pudiera ser la interpretación originaria del artículo. Debemos destacar en esta línea la STC 183/1994, de 20 de junio, cuyo fundamento de Derecho quinto reproducimos parcialmente:

(...) pone de manifiesto la imposibilidad constitucional de interpretar este último precepto en el sentido de considerar alternativas las dos condiciones de "orden de la autoridad judicial" y "supuestos de terrorismo", que en el mismo se contienen, así como derivar de ello la legitimidad constitucional de una intervención administrativa que es totalmente incompatible con el más intenso grado de protección que la norma legal confiere al derecho de defensa en los procesos penales. Dichas condiciones habilitantes deben, por el contrario, considerarse acumulativas (...)

Esta cuestión fue también objeto de extenso debate en nuestro país con ocasión de la instrucción de la trama de corrupción conocida como *Caso Gürtel*, durante la cual se ordenaron escuchas a las entrevistas que mantuvieron en el centro penitenciario de Soto del Real varios abogados con sus respectivos clientes, que

[123] Cfr. ARRIBAS LÓPEZ, E., "Sobre los límites del secreto profesional del abogado", cit., p. 42

a la sazón se hallaban en prisión. La decisión de ordenar las grabaciones, que corrió a cargo del conocido magistrado Baltasar Garzón Real, acabaría costándole a este una condena de 11 años de prisión por un delito continuado de prevaricación judicial[124].

Al margen del ajuste a la legalidad o no de la conducta que le costó la condena al antiguo magistrado, sí que podemos aprovechar para resaltar las conclusiones que surgieron a la luz de la polémica doctrinal derivada del asunto. De la misma se derivó, en primer lugar, una revisión respecto del sentido que debía darse a los requisitos del artículo 51.2, o lo que es lo mismo, si realmente se pueden interceptar las comunicaciones en supuestos que no sean de terrorismo. De la STS, de fecha 9 de febrero de 2012, se puede concluir algo evidente: que la investigación de delitos no puede justificar en modo alguno la vulneración del secreto profesional si no existe cobertura legal y si no se cumplen los requerimientos del art. 8.2 CEDH, es decir, necesidad objetiva en el marco de una sociedad democrática. Incluimos, para mayor abundamiento, parte del fundamento jurídico decimosegundo:

Lo cual resulta inasumible desde cualquier interpretación razonable del Derecho, al conducir directamente a la autorización normalizada de la intervención de las comunicaciones entre el imputado en prisión y su letrado defensor, reduciendo así con carácter general el derecho de defensa exclusivamente con base en la gravedad del delito investigado y en los indicios existentes contra el primero, que son precisamente los que determinan su permanencia en prisión provisional. Bastaría entonces para justificar la supresión de la confidencialidad en las comunicaciones del imputado con su letrado defensor con basar la prisión provisional en el apartado 2 del artículo 503 de la LECrim (evitar el riesgo de que el imputado cometa otros hechos delictivos). Esta forma de actuar causaría una destrucción generalizada del derecho de defensa, que no tiene cabida en la Constitución.

[124] https://www.elmundo.es/elmundo/2012/02/09/espana/1328779576.html

Arribas López, por ejemplo, ha argumentado que el hecho de que se contemple expresamente el terrorismo y los delitos vinculados como supuesto expreso obedece al especial riesgo para el orden público y la integridad de las personas presente en ellos[125]. No tendría sentido, por ende, dejar fuera de cualquier posibilidad de intervención de las comunicaciones a supuestos como el del crimen organizado, mediante el cual los cabecillas de una banda delictiva podrían seguir dirigiéndola desde prisión amparándose en esta protección ofrecida a sus entrevistas con el abogado.

Son varios los argumentos utilizados por Arribas López a favor de interpretar el precepto en su sentido originario de condiciones alternativas y no cumulativas. El primero de ellos es relativo a que la STC 183/1994 se refiere a un supuesto de intervención administrativa, pero el fragmento ya reproducido parece tajante respecto a la idea de que se trata de condiciones cumulativas. También realiza una mención al Real Decreto 190/1996, el *Reglamento Penitenciario*, que en su art. 48.3 indica que:

3. Las comunicaciones de los internos con el Abogado defensor o con el Abogado expresamente llamado en relación con asuntos penales, así como con los Procuradores que los representen, no podrán ser suspendidas o intervenidas, en ningún caso, por decisión administrativa. La suspensión o la intervención de estas comunicaciones sólo podrá realizarse previa orden expresa de la autoridad judicial.

Es cierto que no se entiende el sentido de este precepto si las condiciones de la LGP fueran cumulativas y debe destacarse que la redacción del mismo es posterior a la sentencia examinada. Pese a ello, y aun partiendo del riesgo que entraña dejar ámbitos de enorme riesgo como puede ser el del crimen organizado fuera de la posibilidad de estas escuchas, debemos considerar que el Tribunal Supremo, en su sentencia del año 2012, enlaza y revaloriza el pronunciamiento de nuestro Tribunal Constitucional en 1994 y que debe ser, por tanto, esta postura la que debe prevalecer al margen de potenciales consideraciones extrajurídicas.

---

[125] Cfr. ARRIBAS LÓPEZ, E. "Sobre los límites del secreto profesional del abogado''. *cit.* pp. 46-47

3.6. SECRETO PROFESIONAL Y NUEVAS TECNOLOGÍAS: PERSPECTIVAS Y DESAFÍOS

En 2014, Richard Susskind afirmó categóricamente que "en los próximos diez años, el impacto de la tecnología traerá más cambios para la abogacía que los observados en el sector en el último siglo"[126]. Si bien no es este espacio para tratar en profundidad la revolución tecnológica y sus efectos sociales en las últimas décadas, sí que consideramos la frase del autor británica como ilustrativa, a efectos de reflejar la transformación forzosa que las omnipresentes nuevas tecnologías han causado en el mundo del Derecho en general y en la profesión de abogado en particular. El secreto profesional, como puede intuirse, no es ajeno a estos cambios, dado que si bien la institución permanece las formas en las que esta puede ser salvaguardada y amenazada sí que han evolucionado.

Las comunicaciones entre abogado y cliente, existiendo estas nuevas tecnologías, pueden adoptar formas novedosas y realizarse mediante videoconferencia, correos electrónicos o incluso programas de mensajería instantánea. Como respuesta a esta situación puede destacarse el art. 16 EGAE, cuyo apartado 3 hace especial hincapié en que estas comunicaciones, al igual que el resto, están sujetas al secreto profesional. El apartado 4, como forma de resaltar las garantías que deben ofrecer las comunicaciones en línea ante los peligros, prescribe que en la medida de lo posible las comunicaciones digitales se hallen encriptadas y firmadas electrónicamente. Parecida línea sigue el art. 21 CDAE, cuyo apartado 2 es muy similar al 16.3, si bien, como añadido, en el apartado 3.b) se impone al abogado el deber de "asegurarse de la recepción de las comunicaciones privadas por la persona destinataria y sólo por ella".

Ante el proceso progresivo de digitalización, buena parte de los expedientes que el abogado conservaba anteriormente en papel pasan a estar recogidos en archivos de diferentes formatos, que son guardados o bien en dispositivos electrónicos físicos (*hardware*) o en nubes cuyo acceso, si bien se halla limitado, requiere de conexión a Internet. La mayoría de estas nubes no son controladas por personas

[126] https://www.expansion.com/2014/10/23/juridico/1414084327.html?cid=SMBOSO22801&s_kw

físicas directamente, sino por herramientas de Inteligencia Artificial (en adelante, IA) que tienen acceso directo a los datos protegidos por el secreto profesional.

Si bien las ventajas que esto plantea para el abogado son indudables, también entraña ciertos riesgos como puede ser la forma de eliminar los datos en caso de que el abogado desee cambiar al proveedor de su sistema de nube, dado que no existe un protocolo a nivel europeo para exportar correctamente los datos de una nube a otra garantizando que quedan eliminados en la primera[127].

No es esta la única cuestión problemática. Se ha puesto también de manifiesto que, al existir acceso por parte del proveedor de servicios de almacenamiento, existe el riesgo de que los datos sean utilizados para la realización de perfiles con fines comerciales[128], siendo la única solución por el momento que el abogado haga constar su negativa explícita a cualquier tipo de tratamiento de esos datos. El abogado debe, ante la falta de armonización de la normativa europea al respecto, guardar el máximo celo[129].

Por último, se genera una problemática añadida debido a la reciente aparición en el mercado de servicios jurídicos de las plataformas de intermediación entre abogados y potenciales clientes, cuya relevancia en la tarea del abogado es creciente[130]. Los propietarios de estas plataformas, al no ser abogados, no se hallan sujetos a la normativa deontológica de la abogacía, y la posibilidad de que obtengan, traten, almacenen o, sencillamente, sean conocedores de información protegida por el secreto profesional implica un riesgo que no puede ser obviado.

---

[127] HOMOKI, P. *Guide on the use of Artificial Intelligence-based tools by lawyers and law firms in the EU 2022*, Council of Bars and Law Societies of Europe y European Lawyers Foundation, Bruselas-La Haya, p. 44.
[128] *Ibídem* p. 47.
[129] *Ibídem* p. 51.
[130] Cfr. SOLAR CAYÓN, J.I. *La Inteligencia Artificial jurídica: el impacto de la innovación tecnológica en la práctica del Derecho y el mercado de servicios jurídicos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 51-52.

CONCLUSIONES

A lo largo del presente trabajo se ha tratado de dar una visión del secreto profesional desde diversos focos: histórico, ético, normativo y jurisprudencial. La intención ha sido, eminentemente, formar en el lector una impresión general sobre el concepto de secreto profesional y su importancia en la abogacía de nuestro tiempo. De todo lo estudiado, son varias las conclusiones y reflexiones que pueden traerse a colación. A este objeto, procuraremos seguir el mismo orden expositivo del trabajo.

Al principio del trabajo trazábamos unas líneas respecto al propio concepto de secreto profesional. La mayoría de los autores que referíamos se aproximan al secreto con análisis de cierta antigüedad, desde perspectivas iusnaturalistas, lo que debe servir para recomendar una revisión conceptual de una figura que puede haber caído en el olvido de los teóricos contemporáneos del Derecho. Respecto de lo que no existen discusiones es de su vinculación con el principio de confianza y de que el secreto profesional es uno de los pilares de las relaciones con el cliente y de la profesión de abogado *per se*.

El sucinto estudio histórico no ha permitido dilucidar en qué momento exacto de la Historia del Derecho surge la figura del secreto profesional, pero sí que puede afirmarse que cuenta como principales antecedentes con el juramento hipocrático en el ámbito médico y, en el campo reservado puramente a la abogacía, en la *fides* y *amicitia* inherentes al desempeño de la profesión en la Antigua Roma. Esto nos permite decir que la confianza y discreción del abogado respecto de las informaciones recibidas, hayan recibido o no la denominación de secreto profesional, han acompañado a la abogacía en su andadura desde la época romana hasta nuestros días, estando presentes en la mayoría de cuerpos legislativos omnicomprensivos desde el *Fuero Real* hasta la *Novísima Recopilación*, recorrido que culmina siendo mencionado expresamente en los arts. 20 y 24 de nuestra Constitución. De todo ello puede inferirse que el secreto profesional es una idea presente en la propia identidad de la profesión y que se ha desarrollado a la par de la misma.

Respecto del apartado puramente jurídico y normativo, no son pocas las consideraciones a realizar a modo de cierre. Debemos indicar la preocupación tanto de la Unión Europea como del Consejo de Europa por colocar al secreto profesional como uno de los principios jurídicos más importantes en el ejercicio de la abogacía, a través de la jurisprudencia del TJUE y del TEDH respectivamente. Ambos tribunales han incluido el secreto profesional como parte integrante de dos derechos que, bajo diferentes fórmulas, aparecen igualmente recogidos en el CEDF y en el CEDH: el derecho de respeto a la vida privada y familiar y el derecho de defensa. Esto nos permite enlazar con la perspectiva constitucional del secreto profesional, a favor de cuya vinculación con los arts. 18 (más concretamente con el derecho a la intimidad) y 24 (como parte del derecho de defensa) hemos argumentado. Esto trae como principal consecuencia que el secreto profesional tenga la máxima consideración tanto en los ordenamientos jurídicos de la UE y Consejo de Europa como en el nacional, en el que puede ser elevado interpretativamente al rango de derecho fundamental.

Un juicio menos favorable debe hacerse respecto de la normativa infraconstitucional referida al secreto profesional, en la que encontramos preceptos que incurren en contradicciones significativas que pueden resolverse desde el punto de vista interpretativo, pero que no excluyen la petición de una reforma que solvente las cuestiones de una forma más conforme a la seguridad jurídica. Debemos destacar la contradicción entre el 542.3 LOPJ y el 416 LECrim, que hemos resuelto a favor del primero. Respecto de la antinomia entre el 22.6 EGAE y el 10.5 CDAE, la balanza debe inclinarse a favor del primero de los mismos, si bien ello no resuelve plenamente la cuestión.

En el estudio de Derecho comparado, hemos destacado las diferencias en la concepción de secreto profesional existente en los países regidos por el sistema de *Common Law* y los de Derecho común o continental. En los primeros, el enfoque del denominado *legal profesional privilege* está más vinculado a la voluntad del cliente, que puede disponer del mismo en todo momento (se considera que es un derecho del cliente administrado por el abogado), mientras que en los segundos se tiene un enfoque menos contractual del secreto y está más

presente la concepción de que se trata de un deber del abogado, sin excluir que, por supuesto, sea también un derecho tanto del abogado como del cliente.

Respecto de las cuestiones más controvertidas del secreto profesional, que hemos abordado en los epígrafes de la tercera parte del trabajo, son varias las cosas que pueden decirse. Podemos afirmar que, en los últimos años, el secreto profesional, pese al inmenso respeto que ha merecido por parte de órganos legislativos y jurisdiccionales, se ha visto amenazado tanto por determinada normativa tributaria europea y nacional como por ciertas interpretaciones realizadas por el TJUE. Respecto de la jurisprudencia de este último en los asuntos *AM&S* y *Akzo Chemicals*, que niega la equiparación entre lo que denomina "abogados externos" y los abogados de empresa en lo que a secreto de las comunicaciones se refiere, amparándose en la aparente falta de independencia de los segundos, hemos mostrado que ambas sentencias incurren en una contradicción con parte del Derecho de la UE, más concretamente con la directiva 77/249/CEE.

El TJUE también ha mantenido una línea favorable a la conformidad con el Derecho de la UE de determinadas directivas vinculadas a la lucha contra el blanqueo de capitales y fraude fiscal, pero debe destacarse el cambio de criterio operado por la sentencia *Orde van Vlaamse Balies y otros*, de 8 de diciembre de 2022, que anula un apartado de la llamada DAC 6 por poner en peligro el secreto profesional y la confidencialidad de las relaciones entre el abogado y el cliente. Está aún por ver, dado lo reciente de la resolución, si se trata de un mero episodio aislado o si estamos ante un punto de inflexión respecto a la línea hasta entonces mantenida. Únicamente el tiempo puede dar respuesta a este planteamiento.

Además, hemos estudiado también la protección que ha otorgado el TEDH a los despachos profesionales de los abogados frente a posibles registros, amparada en el art. 8.1 CEDH y que contrasta con la actitud un tanto menos garantista del TJUE. Hemos puesto de manifiesto las dificultades que plantea el secreto profesional en aquellos casos en que, de mantenerlo, pueda darse un perjuicio irreparable o de suma gravedad, como puede ser el que recaiga una resolución condenatoria sobre un inocente o un culpable eluda su responsabilidad criminal. Únicamente en el primero de los supuestos mencionados, sopesando los bienes

jurídicos en peligro, llegamos a la conclusión de que el levantamiento unilateral por parte del abogado se vería amparada por el estado de necesidad.

En último lugar, con la intención de dotar al trabajo de un contexto lo más actual posible, se ha abordado brevemente cómo las nuevas tecnologías afectan al secreto profesional. Las nuevas formas de comunicación y la gestión de la información mediante IA han generado beneficios para los profesionales de la abogacía, pero también nuevos peligros para la privacidad que, por el momento, carecen de una solución definida. También la aparición de plataformas de intermediación entre abogados y clientes que son poseídas y gestionadas por personas que no están sujetas a los deberes deontológicos de la abogacía puede implicar serios riesgos para la protección del secreto profesional si no se establecen medidas adecuadas para garantizar la confidencialidad de las comunicaciones entre abogado y cliente.

De todo el trabajo podemos inferir que el secreto profesional es una institución de enorme antigüedad y uno de los más firmes pilares de la profesión de abogado, al punto que, sin ella, la abogacía se vería completamente desnaturalizada e incluso dejaría de ser merecedora de su nombre. Pese a esta posición casi hegemónica e indiscutida, hemos visto que aún quedan muchos aspectos oscuros respecto del secreto, siendo el objetivo de este trabajo intentar arrojar algo de luz sobre ellos.

BIBLIOGRAFÍA

ANDINO LÓPEZ, JUAN ANTONIO, *La nueva configuración del secreto profesional del abogado,* Librería Bosch, Barcelona, 2021

ARRIBAS LÓPEZ, EUGENIO, "Sobre los límites del secreto profesional del abogado", *Revista Jurídica de la Región de Murcia*, nº 43, 2010, pp. 15-55

FENECH NAVARRO, MIGUEL, ''El secreto profesional del abogado'', *Revista Jurídica de Catalunya*, 1949, pp. 379-397

FERNÁNDEZ DE TROCONIZ, FERNANDO CARLOS, "El secreto profesional del abogado de empresa. Abogados de empresa con y sin secreto profesional. Situación en España después de la jurisprudencia europea "Akzo", en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, ADOLFO y TORRES FERNÁNDEZ, JUAN JOSÉ (coordinadores), *Deontología profesional y ejercicio de la abogacía: Un desafío global,* Aranzadi, Pamplona, 2019, pp. 89-104

GONZÁLEZ PASCUAL, MARÍA ISABEL, *Secreto profesional de los abogados y blanqueo de capitales: La normativa de la Unión ante el TEDH*, Revista Española de Derecho Constitucional, num. 101, mayo-agosto 2014, pp. 381-404

HOMOKI, PETER, *Guide on the use of Artificial Intelligence-based tools by lawyers and law firms in the EU 2022*, Council of Bars and Law Societies of Europe y European Lawyers Foundation, Bruselas-La Haya, 2022

IGLESIAS PÉREZ, TOMÁS, ''El discutible valor jurídico de las normas deontológicas'', *Revista Jueces para la Democracia*, nº 12, 1991, pp. 53-61.

LÁZARO GUILLAMÓN, CARMEN, "Aproximación histórico-jurídica al deber de secreto de los abogados en el ejercicio de su profesión", *Revista Internacional de Derecho Romano,* nº 6, 2011, pp. 182-195

MARTÍNEZ DE PISÓN, JOSÉ MARÍA., "El derecho a la intimidad: de la configuración inicial a los últimos desarrollos en la jurisprudencia constitucional", *Anuario de Filosofía del Derecho,* nº XXXII, 2016, pp. 409-430

MORÓN PÉREZ, CARMEN, *El secreto profesional del abogado ante la administración tributaria,* Dykinson, Madrid, 2021

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Derecho Penal. Parte especial.* Tirant Lo Blanch, Valencia, 22ª Edición, 2019

OSSORIO Y GALLARDO, ÁNGEL, *El alma de la toga*, Ediciones Praxis, Buenos Aires, 1970

RIGO VALLBONA, JOSÉ, *El secreto profesional de abogados y procuradores en España*, Ed. Librería Bosch, Barcelona, 1988

SOLAR CAYÓN, JOSÉ IGNACIO, *La Inteligencia Artificial jurídica: el impacto de la innovación tecnológica en la práctica del Derecho y el mercado de servicios jurídicos*, Aranzadi, Pamplona, 2019

SOLDADO GUTIÉRREZ, JOSÉ, "El secreto profesional del abogado", *Revista Jurídica de Andalucía,* nº17, 1995, pp. 1183-1204

TRIGO ALONSO, ANA MARÍA, ''El secreto profesional del abogado'', *Revista Digital de Acta,* 2020