

## EL DERECHO DE DEFENSA Y LA DEONTOLOGÍA EN ESPAÑA

THE RIGHT OF DEFENCE AND THE DEONTOLOGY IN SPAIN

Francisco Pérez Fernández

Profesor en la Facultad Padre Ossó de Oviedo, Abogado y  
Doctorando en la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo.

**Sumario:** *I. La función social del abogado. II. Importancia de la deontología en relación con el derecho de defensa. II.A. La independencia. II.B. La libertad. II.C. El secreto profesional. III. La deontología como conditio sine qua non de la defensa. IV. Referencias. IV.A. Bibliografía. IV.B. Legislación. IV.C. Jurisprudencia.*

**Resumen:** La deontología profesional aplicable a la abogacía desempeña un papel trascendental a la hora de garantizar la efectividad del derecho de defensa. Este derecho, que es uno de los pilares de los modernos sistemas legales, carecería de relevancia en la práctica si no existiesen profesionales que pudiesen desarrollar su labor amparados por unas normas que les aseguran ciertas garantías, a la vez que les exigen actuar conforme a unos criterios mínimos de profesionalidad. Analizaremos las normas deontológicas vigentes en España, así como la jurisprudencia y la opinión de diversos autores, para comprender la influencia que sobre el derecho de defensa tienen ciertas materias propias de la deontología profesional aplicable a la abogacía, concretamente, la independencia, la libertad y el secreto profesional.

**Palabras clave:** Derecho de defensa; deontología; abogacía; independencia; libertad; secreto profesional.

**Abstract:** The professional deontology applicable to the advocacy plays a transcendental role in guaranteeing the effectiveness of the right of defense. This right, which is one of the pillars of modern legal

systems, would lack relevance in practice if there were no professionals who could carry out their work protected by norms that ensure them certain guarantees, as well as requiring them to act in accordance with minimum criteria of professionalism. We will analyze the current deontological norms in Spain, just as the jurisprudence and the opinion of various authors, in order to understand the influence that certain matters of professional deontology applicable to the advocacy have on the right of defense, specifically, independence, freedom and legal professional privilege.

**Keywords:** Right of defence; deontology; advocacy; independence; freedom; legal professional privilege.

## I. LA FUNCIÓN SOCIAL DEL ABOGADO

Como profesión, la abogacía posee una especial importancia debido al indispensable papel que desempeña dentro de nuestra sociedad. El abogado es un elemento esencial en la articulación de la Administración de Justicia, y el desempeño de sus funciones dentro del sistema legal es condición necesaria para la realización de los más altos principios que rigen el moderno Estado democrático de Derecho. En este sentido, Miquel Roca Junyent, uno de los siete ponentes a los que se encomendó la redacción de la Constitución Española, subraya la importancia de la profesión: «Ser abogado es más, bastante más, que ejercer una profesión: significa estar convencido de que con su función se colabora con valores fundamentales que delimitan el marco de la convivencia en libertad»<sup>1</sup>. Una prueba de la elevada trascendencia que caracteriza el oficio de la abogacía la encontramos precisamente en el propio texto de la Constitución, en el que la profesión es mencionada hasta en cuatro ocasiones:

- Al establecer la asistencia de abogado como una garantía de la que ha de gozar el detenido mientras se desarrollan las diligencias policiales y judiciales (art. 17.3).
- Cuando se reconoce el derecho de todos a la defensa y a otros derechos entre los que se encuentra la asistencia de letrado (art. 24.2).
- Al mencionar a los abogados de reconocida competencia como posibles miembros del Consejo General del Poder Judicial (art. 122.3).

<sup>1</sup> ROCA JUNYENT, M., *¡Sí, abogado! Lo que no aprendí en la Facultad*, Crítica, Barcelona, 2007, pág. 39.

- Igualmente, al declarar la elegibilidad de los abogados a la hora de determinar la composición del Tribunal Constitucional (art. 159.2).

Sin lugar a dudas, una de las materias en las que más destaca la relevancia de la labor desempeñada por los abogados es el ejercicio del derecho de defensa. Difícilmente podríamos imaginar la forma en la que el derecho de defensa disfrutaría de auténtica efectividad sin mediar la intervención del abogado. Que este profesional del Derecho sea un ducho conocedor de la ley, la técnica jurídica y las estrategias procesales es una de las condiciones necesarias para garantizar el asesoramiento de los intervinientes en los pleitos, así como la consecución de los principios de igualdad y contradicción entre las partes, elementos todos ellos que resultan imprescindibles tanto para la realización del derecho de defensa como para la salvaguarda de la tutela judicial efectiva. Esta es la quintaesencia que conforma la función social del abogado, y lo que convierte a este profesional en uno de los componentes básicos de todo ordenamiento jurídico garantista.

## II. IMPORTANCIA DE LA DEONTOLOGÍA EN RELACIÓN CON EL DERECHO DE DEFENSA

Ya hemos identificado al abogado como una pieza indispensable para la efectividad del derecho de defensa, ahora bien, para la consecución de este derecho resulta también imprescindible que la actuación profesional de este operador jurídico se avenga a una serie de normas, las cuales han de garantizar la adecuada y responsable defensa de los derechos y pretensiones de sus clientes. Es en este punto en el que el régimen deontológico adquiere una trascendencia máxima, dado que es el encargado de que el ejercicio profesional de la abogacía pueda desarrollarse conforme a unas condiciones sin las cuales la seguridad de los ciudadanos dentro del sistema legal se vería enteramente comprometida. En este sentido, las normas deontológicas, por un lado, reconocen a los abogados ciertos derechos necesarios para ejercer la defensa de sus clientes, y por otro lado, imponen una serie de obligaciones que vienen a asegurar que el comportamiento de los letrados se ajuste a un canon deseable<sup>2</sup>. Una sociedad carente

<sup>2</sup> Minor Salas se muestra francamente pesimista a la hora de considerar que la abogacía pueda ser ejercida conforme a los criterios propios de lo que él llama *la moral pública dominante*, no obstante, destaca así la necesidad de contar con una regulación deontológica y un sistema de coerción que hagan frente a las conductas profesionales reprochables: «Muchos profesionales incurrir en acciones que son reprochables. Ese reproche [...] tiene su fundamento en la ley, en el caso de tratarse de

de este tipo de cautelas podría llegar a ser semejante a la distopía jurídica que describe Kafka en su novela *El proceso*: «Es propio de esta clase de justicia sufrir condena no sólo siendo inocente, sino permaneciendo además ignorante»<sup>3</sup>. De esta forma, la deontología se nos manifiesta como una suerte de guardián cuyo cometido es asegurar el cumplimiento de unas exigencias mínimas que impidan incurrir en esa *pesadilla kafkiana*, caracterizada por la indefensión del ciudadano frente a un sistema carente de garantías. Al denunciar el desacertado olvido que dentro del ámbito educativo y teórico sufre muchas veces la deontología, Luigi Ferrajoli hace referencia a la conexión que une esta materia con el derecho de defensa:

Los problemas vinculados a la deontología forense y, más en general, al derecho a la defensa y a la figura del defensor, por raro que parezca, siempre han sido descuidados por la doctrina jurídica y la reflexión filosófica [...] En los manuales de procedimiento se habla, por supuesto, del derecho a la defensa; pero casi nunca —salvo raras excepciones— se reflexiona sobre la función del abogado, su deontología, sus prerrogativas y sus obligaciones profesionales<sup>4</sup>.

Pasemos a continuación a analizar algunas materias que son abarcadas por la normativa deontológica con la finalidad de orientar el recto ejercicio de una profesión tan significativa socialmente.

## II.A. La independencia

Comencemos la exposición de este primer aspecto del ejercicio profesional citando las palabras de Nielson Sánchez Stewart, quien resalta que la abogacía posee un marcado carácter independiente «porque no está subordinada a ningún poder del Estado o grupo social que condicione sus actuaciones»<sup>5</sup>. De esta forma, podemos afirmar que el abogado «es independiente porque no recibe órdenes de

un delito, o en los códigos deontológicos, si se trata de una cuestión ética. Ahora bien, una forma (no la única) para combatir las conductas reprochables de los agremiados es precisamente crear los mecanismos administrativos o legales para denunciar los hechos y, además, para hacer públicas las faltas cometidas. O sea, se requiere un sistema de control de las conductas censurables y su respectiva publicidad. El propósito de estas medidas es simple: corregir al que cometió la infracción y persuadir (mediante el ejemplo) a quien no la ha cometido». En SALAS SOLÍS, M., «¿Es el Derecho una profesión inmoral?», *Doxa*, n.º 30, 2007, pág. 591.

<sup>3</sup> KAFKA, F., *El proceso*, Debolsillo, Barcelona, 2012, pág. 59.

<sup>4</sup> FERRAJOLI, L., «Sobre la deontología profesional de los abogados», en GARCÍA PASCUAL, C. (Coord.), *El buen jurista deontología del Derecho*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2013, pág. 203.

<sup>5</sup> SÁNCHEZ STEWART, N., *Manual de deontología para abogados*, Wolters Kluwer, Madrid, 2021, pág. 104.

nadie, ni de los Colegios, ni de los Tribunales, ni de sus clientes: instrucciones, recomendaciones, solicitudes, requerimientos, sí pero órdenes no»<sup>6</sup>. Citemos también a La Torre, que se encarga de subrayar tanto la importancia de la independencia como los diferentes matices de la misma:

El abogado en definitiva se configura como independiente respecto al Estado, pero también como independiente respecto al cliente [...]

Es la defensa de los derechos de éste lo que le preocupa y le compete. Ello tiene importantes consecuencias deontológicas, en el sentido de que el abogado debe conservar una cierta distancia, y también una dosis de neutralidad e imparcialidad, respecto a los intereses ya los deseos del cliente. Tan es así que en los códigos deontológicos europeos se subraya que el abogado no debe someterse, en la conducción de la causa, a las instrucciones del cliente<sup>7</sup>.

El artículo 2.1 del Código Deontológico de la Abogacía Española (en adelante, CDAE), dedicado a la independencia, recoge este principio fundamental: «La independencia de quienes ejercen la Abogacía es una exigencia del Estado de Derecho y del efectivo derecho de defensa del justiciable y de la ciudadanía por lo que constituye un derecho y un deber». De esta forma, la independencia es entendida como un derecho del profesional, cuya actuación debe desarrollarse libre de imposiciones u órdenes, pero también como un deber que éste tiene en favor del ciudadano cuyos derechos ha de defender leal y diligentemente, constituyendo el apartamiento de este deber una infracción deontológica.

El mencionado artículo 2 continúa estableciendo en su apartado segundo lo siguiente: «Para poder asesorar y defender adecuadamente los legítimos intereses del cliente, debe mantenerse el derecho y el deber de preservar la independencia frente a toda clase de injerencias y frente a intereses propios o ajenos». Observemos cómo se distinguen aquí dos tipos de intereses que pueden perturbar la actuación profesional:

- Intereses ajenos al del cliente, que pertenecen a terceros involucrados en el asunto y pueden influir peligrosamente en el criterio del profesional.
- Intereses propios del letrado, personales o profesionales, los cuales interfieren en su independencia por no ser coincidentes con los de su cliente.

<sup>6</sup> *Idem*.

<sup>7</sup> LA TORRE, M., «Juristas, malos cristianos», en *Derechos y libertades: Revista de filosofía del Derecho y derechos humanos*, n.º 12, 2003, págs. 83 y 105.

En el tercer apartado del citado precepto se reivindica así la salvaguarda del carácter independiente del abogado: «La independencia debe ser preservada frente a presiones o exigencias que limiten o puedan limitarla, sea respecto de los poderes públicos, económicos o fácticos, de los tribunales, del cliente, sea respecto de los colaboradores o integrantes del despacho». Por consiguiente, debemos entender que la exigencia de independencia es total, y que ha de ser entendida no sólo respecto de las circunstancias limitativas ya existentes, sino también de las eventuales circunstancias que en un futuro podrían llegar a condicionar al profesional. Éste deberá prever y evitar, en la medida de lo posible, aquellas situaciones en las que su independencia pueda llegar a verse comprometida. Subrayemos que la norma se refiere a presiones de toda índole, provenientes del poder judicial, de colaboradores del despacho o del propio cliente<sup>8</sup>.

Por último, el cuarto y último apartado del artículo 2 del CDAE establece una importante garantía para los abogados:

La independencia permite no aceptar el encargo o rechazar las instrucciones que, en contra de los propios criterios profesionales, pretenden imponer el cliente, los miembros de despacho, los otros profesionales con los que se colabore o cualquier otra persona, entidad o corriente de opinión, debiendo cesar en el asesoramiento o defensa del asunto cuando se considere que no se puede actuar con total independencia, evitando, en todo caso, la indefensión del cliente.

Esta regla conecta con lo dispuesto en otra disposición del mismo texto normativo, en la que se precisa que «la libertad de defensa comprende la de aceptar o rechazar el asunto en que se solicita la intervención, sin necesidad de justificar su decisión» (art. 12.A.4). A continuación, el CDAE hace también referencia a varias obligaciones que compelen al profesional a «abstenerse de seguir las indicaciones del cliente si al hacerlo pudiera comprometer la observancia de los principios que rigen la profesión» (art. 12.A.4), así como a cesar su intervención «cuando concurren circunstancias que puedan afectar a su libertad e independencia en la defensa o asesoramiento» (art. 12.A.5). De acuerdo con lo expuesto, podemos concluir que el abogado es libre de renunciar a la dirección de un asunto que haya asumido, independientemente de la razón que motive esta decisión, deviniendo obligatoria esta opción cuando se vea afectada la independencia pro-

<sup>8</sup> Recordemos aquí las palabras de Ángel Ossorio y Gallardo, quien remarca la necesidad de que el letrado se mantenga su firmeza ante todo cliente que pretenda imponerle su criterio: «El abogado se deshonraría si aceptase el deber de obedecer a su cliente, pues en su especialísima relación ocurre todo lo contrario: que el cliente le obedece a él o que él abandona la defensa». En OSSORIO Y GALLARDO, Á., *El alma de la toga*, Porrúa, México, 2005, pág. 26.

fesional, y siempre que no se esté quebrantando el único límite contemplado: no provocar la indefensión del cliente. Tengamos presente que la posición del abogado y la de su cliente son distintas, y eso trae consigo importantes consecuencias, tal y como señala Luigi Ferrajoli:

Para determinar el primer límite, basta con reconocer que el defensor no se identifica con su cliente. En efecto, su deontología no equivale a la de su cliente, por el simple hecho de que no tendría sentido hablar de una deontología del imputado. Precisamente porque el abogado es un técnico del derecho —la voz jurídica de su asistido— se impondrá para él, pero no para su defendido, el deber de actuar en el juicio con lealtad y probidad<sup>9</sup>.

Al margen de todo lo ya dicho, deberíamos igualmente hacer alusión a otras normas que también incluyen importantes referencias a la independencia. Así, dentro del Estatuto General de la Abogacía Española (en adelante, EGAE), encontramos diferentes preceptos que ponen de manifiesto la gran trascendencia que dentro de la deontología tiene la independencia. Citemos a continuación dichos preceptos:

- Art. 1.1: La Abogacía es una profesión libre e independiente, que asegura la efectividad del derecho fundamental de defensa y asistencia letrada y se constituye en garantía de los derechos y libertades de las personas.
- Art. 10.1: Los profesionales de la Abogacía prestarán juramento o promesa de acatar la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico y de cumplir las normas deontológicas de la profesión, con libertad e independencia.
- Art. 20.1: La publicidad que realicen los profesionales de la Abogacía respetará en todo caso la independencia, libertad, dignidad e integridad como principios esenciales y valores superiores de la profesión.
- Art. 47.1: La independencia y libertad son principios rectores de la profesión que deben orientar en todo momento la actuación del profesional de la Abogacía, cualquiera que sea la forma en que ejerza la profesión. El profesional de la Abogacía deberá rechazar la realización de actuaciones que puedan comprometer su independencia y libertad.
- Art. 58.2: Si el profesional de la Abogacía considerase que la autoridad, juez o tribunal coarta la independencia y libertad necesarias para cumplir sus deberes profesionales, o que no guarda la consideración debida a su función, podrá hacerlo

<sup>9</sup> FERRAJOLI, L., «Sobre la deontología profesional...», *Op. Cit.*, pág. 209.



constar así ante el propio juzgado o tribunal y dar cuenta a la Junta de Gobierno. La Junta, si estimare fundada la queja, adoptará medidas activas para amparar la libertad, independencia y dignidad profesionales<sup>10</sup>.

- Art. 86.b: Son derechos de los colegiados [...] recabar del Colegio el amparo de su dignidad, independencia y lícita libertad de actuación profesional.

Recordemos que la independencia es una cualidad que debe presidir el ejercicio de la abogacía en todos sus ámbitos, incluyendo también, como no puede ser de otra forma, las actuaciones profesionales desarrolladas ante los órganos judiciales. En este sentido, la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante, LOPJ) dictamina que «en su actuación ante los juzgados y tribunales, los abogados son libres e independientes» (art. 542.2).

La independencia también es una cuestión presente en normas de carácter internacional, como es el Código de Deontología de los Abogados Europeos, en el cual se declara que «esta independencia es necesaria tanto en la actividad judicial como en la extrajudicial» (art. 2.1.2), y el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, cuyo texto establece que los «abogados que comparezcan ante el Tribunal de Justicia gozarán de los derechos y garantías necesarios para el ejercicio independiente de sus funciones» (art. 19).

Por último, hagamos mención a la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, en la que podemos hallar una limitación a esa libertad, antes comentada, que tiene reconocida el abogado a la hora de aceptar o renunciar a la dirección letrada de los asuntos que le son planteados por sus clientes, sin perjuicio de la garantía que protege a éstos del riesgo de sufrir indefensión. Dicha limitación obedece a la voluntad del legislador de amparar en mayor medida a los beneficiarios de la justicia gratuita, y se configura a través del establecimiento de la siguiente restricción:

Los abogados y procuradores designados desempeñaran sus funciones de asistencia y representación de forma real y efectiva hasta la terminación del proceso [...] sin perjuicio del efecto de las causas de renuncia o excusa que estén previstas en la Ley. Sólo en el orden penal podrán los abogados designados excusarse de la defensa. Para ello deberá concurrir un motivo personal y justo, que será apreciado por los Decanos de los Colegios (art. 31).

<sup>10</sup> Tenemos aquí la figura del amparo decanal, un medio de defensa puesto en favor de los abogados para garantizar su independencia.

## II.B. La libertad

La libertad es otro atributo esencial que debe estar presente en la actuación de todo profesional de la abogacía. Aunque solamos encontrarla mencionada junto a la anteriormente comentada independencia, con la que comparte múltiples similitudes, podemos trazar entre ambas una diferencia conceptual. Así, Nielson Sánchez Stewart hace la siguiente distinción:

A diferencia de la independencia que es abstracta y absoluta, la libertad es concreta y relativa. Cuando se es independiente, se es independiente de todo y con relación a todos [...] La libertad por el contrario se refiere necesariamente a una determinada facultad donde se despliega y así, hay libertad de comercio, de conciencia, de cultos, de imprenta, del espíritu, de pensamiento...<sup>11</sup>.

Albino Escribano Molina expone también esa diferencia: «Mientras la independencia supone proscribir la existencia de injerencia, propia o ajena, en el ánimo de actuación, la libertad supone la preeminencia de la voluntad e inteligencia del abogado en la llevanza del asunto desde un punto de vista profesional»<sup>12</sup>.

La libertad también posee capital importancia en relación con el derecho de defensa, dado que nunca podría concebirse asegurada la protección que tal garantía ofrece a los ciudadanos si el ejercicio profesional de la abogacía no pudiese ser desempeñado conforme a los conocimientos, estrategias e ideas propios del abogado. La libertad es un principio fundamental básico de nuestro Estado de Derecho, y ha de verse reflejado también en el ejercicio profesional, tal y como nos recuerda Miquel Roca Junyent:

No sabría comprender la función del abogado sin ponerla al servicio de la libertad. Ciertamente, la justicia es el objetivo que el derecho pretende alcanzar, pero la libertad es el camino para conseguirla. No podría ser de otra manera: si el derecho es el instrumento del que se dota la humanidad para garantizar una convivencia ordenada y pacífica, la libertad es el valor que hará posible que esta garantía sea eficaz<sup>13</sup>.

A la hora de hablar de la libertad en la abogacía, es inevitable referirse al artículo 3 del CDAE, cuyos apartados recogemos aquí para comentarlos a continuación:

<sup>11</sup> SÁNCHEZ STEWART, N., *Manual de deontología...*, *Op. Cit.*, pág. 104.

<sup>12</sup> ESCRIBANO MOLINA, A., *Deontología de la abogacía. Visión práctica del Código de 2019*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pág. 60.

<sup>13</sup> ROCA JUNYENT, M., *¡Sí, abogado! Lo que...*, *Op. Cit.*, pág. 59.

1. Quienes ejercen la Abogacía tienen el derecho a la plena libertad de defensa y el deber de defender y asesorar libremente a sus clientes.
2. La libertad de expresión está especialmente amparada por la Constitución Española, la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial y demás legislación que pueda resultar aplicable.
3. La libertad de expresión no legitima el insulto ni la descalificación gratuita.
4. No se podrán utilizar medios ilícitos ni el fraude como forma de eludir las leyes.
5. Se debe ejercer las libertades de defensa y expresión conforme al principio de buena fe y a las normas de la correcta práctica profesional, procurando siempre la concordia, haciendo uso de cuantos remedios o recursos establece la normativa vigente, exigiendo tanto de las Autoridades, como de los Colegios, todas las medidas de ayuda en su función que les sean legalmente debidas.

En el primer apartado se hace referencia a la libertad como derecho, pero también como obligación. En efecto, la plena libertad a la hora de defender y asesorar a su cliente ha de ser un derecho del que goce todo profesional. Es decisión autónoma del abogado elegir la forma en la que desarrollará su trabajo en cada caso concreto, trazando la estrategia jurídica a seguir y eligiendo los medios procesales que entienda más idóneos, y todo ello sin perjuicio de la garantía que exige que su actuación sea siempre conforme a sus conocimientos y a la *lex artis*. La anteriormente explicada posibilidad de aceptar o rechazar libremente la llevanza de un asunto (recogida como ya vimos en el art. 12.A.4 del CDAE) puede considerarse también una manifestación de esta libertad<sup>14</sup>. Por supuesto, nada impide al abogado hacer caso de las sugerencias de su cliente, no obstante, ha de preservar siempre su autonomía y no plegarse a propuestas que considere insensatas o

<sup>14</sup> El libre rechazo de un caso en ciertas condiciones llega a ser, en opinión de Eduardo Couture, una prueba indicativa del grado de profesionalidad de un abogado: «Más grave aún es la situación que nos depara nuestro mejor cliente, aquel rico y ambicioso cuya amistad es para nosotros fuente segura de provechos, cuando nos propone un caso en que no tiene razón. El abogado necesita, frente a esa situación, su absoluta independencia moral. Bien puede asegurarse que su verdadera jerarquía de abogado no la adquiere en la facultad o el día del juramento profesional; su calidad auténtica de abogado la adquiere el día en que le puede decir a ese cliente, con la dignidad de su investidura y con la sencillez afectuosa de su amistad, que su causa es indefendible. Hasta ese día, es sólo un aprendiz». En COUTURE, E., «Los mandamientos del abogado», en *Manuales jurídicos* (Colección de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México), n.º 4, 2002, pág. 12.

desaconsejables, independientemente de las molestias que esto pueda producirle al cliente. La importancia de este hecho nos la recuerda Roca Junyent:

La confianza que caracteriza la relación entre abogado y cliente descansa precisamente en el reconocimiento por parte de éste de que su abogado le conduce por el camino correcto, mal que le pese en determinadas ocasiones. Cuando esto no es así, la relación no es de confianza, sino de dependencia. La dependencia del abogado en relación con el cliente: éste manda y ordena al abogado, mero ejecutor de decisiones cuya valoración realiza el cliente. Así, se inicia —entre otras cosas— un fracaso profesional<sup>15</sup>.

Como decíamos, la libertad no es sólo un derecho del profesional, sino también una obligación, debido a que todo abogado deberá ser siempre responsable en la ejecución de su cometido y garantizar la adecuada defensa de su cliente<sup>16</sup>. Este carácter obligatorio se encuentra explícitamente recogido en el artículo 47.3 del EGAE, en el que se obliga al abogado a «cumplir con la máxima diligencia la misión de asesoramiento o defensa que le haya sido encomendada». En caso de mediar una actuación negligente o contraria a la *lex artis*, se generaría una responsabilidad profesional por la que el letrado deberá responder, pudiendo ser sancionado conforme a las normas deontológicas. Recordemos que el abogado sólo respondería por falta de diligencia, y en ningún caso por no lograr el triunfo de las pretensiones de su cliente, tal y como explica Escribano Molina:

La obligación del profesional lo es de medios, es decir, debe aplicar su ciencia de un modo conforme a la Ley para defender el derecho del cliente, pero eso no significa que si no logra que prospere su tesis deba responder, necesariamente, por su actuación, toda vez que no está obligado a obtener un resultado. Sólo será responsable del perjuicio que haya podido sufrir el cliente en caso de actuación negligente o que pueda considerarse como tal<sup>17</sup>.

Sin negar la anterior afirmación, maticemos que la relación que une al abogado con su cliente puede ser de muy diferente condición, dependiendo de las funciones que haya de llevar a cabo el primero. Aunque normalmente estemos ante un contrato de servicios, el tra-

<sup>15</sup> ROCA JUNYENT, M., *¡Sí, abogado! Lo que...*, *Op. Cit.*, pág. 122.

<sup>16</sup> Eduardo Couture señala claramente la necesidad de que el abogado sea firme a la hora de defender los intereses de sus clientes: «Antes de la aceptación de la causa, el abogado tiene libertad para decidir. Dice que sí y entonces su ley ya no es más la de la libertad, sino la de la lealtad. Si el defensor fuera vacilante y escéptico después de haber aceptado la defensa, ya no sería defensor. La duda es para antes y no para después de haber aceptado la causa». En COUTURE, E., «Los mandamientos...», *Op. Cit.*, págs. 13 y 14.

<sup>17</sup> ESCRIBANO MOLINA, A., *Deontología de la abogacía...*, *Op. Cit.*, pág. 64.

bajo prestado por un abogado también puede encontrar encaje en el contrato de mandato o en el de obra. Reglero Campos explica así esta circunstancia:

En cuanto a la jurisprudencia, por regla general concibe la relación del abogado con su cliente como un contrato de servicios, si bien lo cierto es que las más de las veces aborda la cuestión desde la perspectiva de la prestación del abogado como director letrado en un determinado pleito. Es desde esta perspectiva que se llega a la tradicional concepción de su obligación como de medios y no como de resultado, de donde resulta el canon de diligencia exigible.

Pero esto debe ser matizado. Existirá obligación de medios (y no de resultados) en los casos en los que el resultado final pretendido por el cliente no dependa de forma exclusiva de la voluntad del Abogado, sino de un tercero [...] En estos casos, una vez aceptado el encargo, la obligación del abogado consistirá en desplegar la actividad necesaria con la diligencia exigible dirigida a obtener el resultado pretendido por el cliente. Por el contrario, habrá obligación de resultados, cuando habiendo recibido y aceptado el encargo del cliente, la obtención de aquellos dependa de forma exclusiva de la voluntad del Abogado. Así sucede cuando lo que debe hacer el Abogado es redactar informes, dictámenes, otros documentos (contratos, estatutos...), realizar otros actos jurídicos (constitución de sociedades...), etc.<sup>18</sup>.

Respecto a la libertad de expresión<sup>19</sup>, hemos de tener en cuenta que el libre ejercicio de la abogacía exige una especial toma en consideración de este derecho, ya que la defensa de un cliente resultaría gravemente lastrada si el letrado que lo representa fuese coartado a la hora de exponer su discurso en favor de las pretensiones postuladas. Como no puede ser de otro modo, los abogados gozan, igual que sucede con cualquier otro ciudadano, del derecho de libertad de expresión reconocido en el artículo 20 de la Constitución, no obstante, los letrados poseerán un especial amparo en el ámbito correspondiente al ejercicio de su profesión. Esto es debido a que la libre expresión del profesional constituye un requisito fundamental para que se haga efectivo el derecho de defensa.

La importancia de remarcar esta libertad hace que incluso la LOPJ obligue a los juzgados y tribunales a velar por su protección: «En su actuación ante los juzgados y tribunales, los abogados [...] serán amparados por aquéllos en su libertad de expresión y defensa» (art.

<sup>18</sup> REGLERO CAMPOS, L.F., «La responsabilidad civil de abogados en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n.º 11, 2007, pág. 791.

<sup>19</sup> A la que se refiere expresamente el CDAE en su artículo 3.2: «La libertad de expresión está especialmente amparada por la Constitución Española, la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial y demás legislación que pueda resultar aplicable».

542.2). A esta mención de la LOPJ se refiere el Tribunal Constitucional en su Sentencia 157/1996, de 15 de octubre, en la que se establece el especial amparo reconocido en favor de la libertad de expresión de los abogados:

El legislador orgánico de 1985 ha descrito los rasgos más esenciales del estatuto de la abogacía, concluyendo con una proclamación de la “libertad de expresión y defensa”, como parte esencial e imprescindible de la función de defensa. La relevancia constitucional de esta libertad es consecuencia necesaria de su conexión instrumental con el derecho fundamental a la defensa y asistencia de letrado reconocido en el art. 24.1 C.E., sin la cual dicho derecho fundamental resultaría ilusorio. En este sentido bien puede decirse que el derecho de los ciudadanos a la defensa y asistencia de letrado implica un derecho a una defensa libremente expresada. La libertad de expresión, por tanto, del Abogado en el ejercicio de su función de defensa debe ser concebida como un supuesto particularmente cualificado de esta libertad fundamental [...]

La libertad de expresión del Abogado en el ejercicio de su función de defensa resulta, así, una libertad de expresión reforzada por su inmediata conexión a la efectividad de otro derecho fundamental, el derecho a la defensa ex art. 24.2 C.E. Todo ello es sólo consecuencia del doble carácter o naturaleza de los derechos fundamentales<sup>20</sup>.

También podemos observar cómo el Tribunal Constitucional, en la Sentencia 205/1994, de 11 de julio, expresa el mismo razonamiento:

La libertad de expresión del Abogado en el ejercicio de la actividad de defensa es una manifestación cualificada del derecho reconocido en el art. 20 C.E., porque se encuentra vinculada con carácter inescindible a los derechos de defensa de la parte (art. 24 C.E.) y al adecuado funcionamiento de los órganos jurisdiccionales en el cumplimiento del propio y fundamental papel que la Constitución les atribuye (art. 117 C.E.). Por esta razón, se trata de una manifestación de la libertad de expresión especialmente resistente, inmune a restricciones que es claro que en otro contexto habrían de operar<sup>21</sup>.

El tercer apartado del artículo 3 del CDAE precisa que la libertad de expresión, aunque disponga de esa especial protección, no ampara el uso de insultos o descalificaciones, previsión que concuerda con lo expuesto en otros dos preceptos de la normativa deontológica:

- Art. 11.3 del CDAE: En los escritos judiciales, en los informes orales y en cualquier comunicación escrita u oral, debe mantenerse siempre el más absoluto respeto a quien defiende a las demás partes, evitando toda alusión personal.

<sup>20</sup> STC núm. 157/1996 de 15 de octubre (RTC 1996\157), FJ 5.

<sup>21</sup> STC núm. 205/1994 de 11 de julio (RTC 1994\205), FJ 6.



- Art. 59.2.b del EGAE: Los profesionales de la Abogacía están obligados en las relaciones con otros compañeros a lo siguiente: Mantener el más absoluto respeto por el profesional de la Abogacía de la parte contraria, evitando toda alusión personal en los escritos.

Este límite a la libertad de expresión es perfectamente entendible, pero puede venir fácilmente acompañado de una extraordinaria dificultad a la hora de determinar qué ha de ser considerado como un insulto o una descalificación y qué no. Ciertamente, resolver esta cuestión no es tarea sencilla, por la razón que explica Sánchez Stewart:

El problema radica en que tanto el respeto como la falta de respeto son eminentemente subjetivos, temporales y mudables. Lo que para uno puede ser una ofensa, para otro puede no pasar más allá de un simple desagrado. Lo que hoy puede constituir un agravio, mañana puede ser una expresión usual e intrascendente<sup>22</sup>.

Sea como fuere, hemos de tener en cuenta que, a la hora de juzgar la idoneidad de aquellas medidas coercitivas que los juzgados y tribunales adopten en contra de los abogados por haber usado éstas expresiones desconsideradas o descorteses, el criterio seguido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) es especialmente garantista en la interpretación del artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en el que se regula la libertad de expresión<sup>23</sup>. El TEDH es especialmente cauto respecto a las sanciones que un abogado pueda sufrir a raíz del ejercicio de la defensa de sus clientes, para evitar así que los letrados puedan sentirse cohibidos en tan importante tarea. El Tribunal Supremo (en adelante, TS), en la Sentencia 283/2017, de 19 de abril, hace suya esta misma idea:

Teniendo en cuenta que en el ordenamiento jurídico español los abogados pueden ser sancionados disciplinariamente, el TEDH estimó que el “hecho de haber sido condenado penalmente, junto con el carácter grave de la pena impuesta al demandante es de naturaleza a producir un “efecto disuasorio” sobre los abogados en situaciones en las que para ellos se trata de defender a sus clientes”. Por ello concluye que las sanciones penales entre las cuales, principalmente, las que conllevan eventualmente una privación de libertad que limitan la libertad de expresión del abogado de la defensa, difícilmente pueden encontrar una justificación [...] En estas condiciones, el TEDH consi-

<sup>22</sup> SÁNCHEZ STEWART, N., *Manual de deontología...*, Op. Cit., pág. 147.

<sup>23</sup> El citado Convenio establece lo siguiente respecto al amparo de la libertad de expresión: «Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras» (art. 10.1).

dera que la condena del demandante, que incluso implicaba riesgo de encarcelamiento, no era proporcionada al fin perseguido y no era por ello “necesaria en una sociedad democrática”. Ha habido por tanto violación del art. 10 del Convenio<sup>24</sup>.

El apartado 4 del artículo 3 del CDAE hace mención de otro límite que también afecta al ejercicio de la abogacía: la prohibición de eludir las leyes a través de medios fraudulentos o ilícitos. Dado el especial cometido que desarrollan los abogados, resulta indispensable que estos operadores jurídicos se atengan minuciosamente a la legalidad vigente, y no se dejen llevar por prácticas que les puedan resultar ventajosas pero que trasgredan las leyes y los fines perseguidos por éstas. El límite aquí tratado puede ser puesto en conexión con otros preceptos del ordenamiento jurídico español:

- En el artículo 10.2.a del CDAE se establece la obligación de «actuar con buena fe, lealtad y respeto» ante los órganos jurisdiccionales.
- La Ley de Enjuiciamiento Civil exige en su artículo 247.1 que todos aquellos que intervengan en cualquier tipo de proceso se ajusten «en sus actuaciones a las reglas de la buena fe».
- El artículo 250.1.7 del Código Penal castiga la estafa procesal, figura en la que incurren «los que, en un procedimiento judicial de cualquier clase, manipulen las pruebas en que pretendieran fundar sus alegaciones o emplearen otro fraude procesal análogo». Tal y como se establece en el mismo precepto, para que se aprecie este delito, será necesario que dichas actuaciones fraudulentas provoquen en el juez o tribunal un error en base al cual se dicte «una resolución que perjudique los intereses económicos de la otra parte o de un tercero».

Finalmente, en el último apartado del artículo 3 del CDAE, encontramos una máxima que condiciona el ejercicio de la libertad de expresión al respeto de la buena fe y de las reglas que dirigen la práctica profesional. El reconocimiento en favor de los abogados de una libertad especialmente cualificada, algo que como ya hemos visto atiende a las necesidades propias del derecho de defensa, tiene como consecuencia que la actuación del abogado se avenga a unos requerimientos mínimos de corrección. Podemos relacionar estas exigencias con lo dispuesto en diferentes normas:

<sup>24</sup> STS núm. 283/2017 de 19 de abril (RJ 2017\1813), FJ 2.



- El Código Civil requiere que «los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe», a la vez que proscribiera el abuso de derecho y el ejercicio antisocial del mismo (art. 7.1).
- Al reconocer el papel que desempeñan los abogados en relación con la Administración de Justicia, el CDAE atribuye a éstos el deber de «participar en ella asesorando, conciliando y defendiendo en derecho los intereses que le sean confiados» (art. 10.1). También describe como obligación de los órganos jurisdiccionales el «evitar en las actuaciones toda alusión personal, al Tribunal y a cualquier persona que intervenga» (art. 10.2.g).
- El CDAE también declara la necesidad de que en los escritos y comunicaciones se mantenga siempre «el más absoluto respeto a quien defiende a las demás partes, evitando toda alusión personal» (art. 11.3).

## II.C. El secreto profesional

Pasemos ahora a analizar una cuestión que resulta muy característica de la abogacía, y que se encuentra cargada de matices, tanto en su regulación como en la práctica. Esta especial complejidad es puesta de manifiesto por Ángel Ossorio:

Todos sabemos que el abogado está obligado a guardar secreto y sabemos muy bien que el no guardarlo es un delito. [...] Con saber esto parece que lo sabemos todo. Pero no sabemos nada. Esta materia de la revelación de los secretos es una de las más sutiles, quebradizas y difíciles de apreciar en la vida del abogado<sup>25</sup>.

Por secreto profesional ha de entenderse tanto el derecho como la obligación que todo abogado tiene de no desvelar aquellos hechos y comunicaciones cuyo conocimiento tenga origen en el ejercicio de su actividad profesional. Este concepto podemos encontrarlo en diferentes pronunciamientos hechos por el TS, como es el de la Sentencia, de 24 de junio de 1991, en la que se remarca el carácter esencial que tiene la figura del secreto profesional dentro del ámbito de la abogacía:

Los Abogados deben 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, como dice el artículo 437 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en concordancia con el Estatuto de la Abogacía que contempla

<sup>25</sup> OSSORIO Y GALLARDO, Á, *El alma de..., Op. Cit.*, págs. 25 y 26.

esta situación desde la doble perspectiva del derecho-deber del secreto, uno de los pilares básicos para el perfecto desarrollo del ejercicio profesional que ha de estar rodeado de plenitud de garantías al constituirse en pieza básica en un Estado de Derecho, dentro de las cuales debe incluirse, como es bien sabido, el mismo secreto profesional<sup>26</sup>.

En igual sentido se pronuncia el TS respecto a la idea y la trascendencia propias del secreto profesional, en Sentencia de 10 de mayo de 1999:

El secreto profesional, enmarcado dentro del principio de reserva, se tutela y protege en el artículo 439.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al establecer “que los Abogados deberán guardar secreto de todos los hechos o noticias que conozcan por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, no pudiendo ser obligados a declarar sobre los mismos”, y las particulares Normas Deontológicas de cada uno de los Colegios de Abogados, al igual que las superiores y generales de su Consejo General, velan y protegen este sacral derecho, piedra angular de la independencia de esta noble profesión, sobre la que se deposita la confianza de sus clientes, justiciables ante el Poder Judicial<sup>27</sup>.

Qué duda cabe acerca de la decisiva trascendencia que el secreto profesional ostenta respecto a la cuestión que más nos importa en este caso, el derecho de defensa. Para la efectiva articulación de la defensa legal de cualquier ciudadano es requisito indispensable que su abogado tenga acceso a la mayor cantidad de información posible en relación a la cuestión que le es encomendada. La disposición de dicha información por parte del profesional de la abogacía nunca estará garantizada mientras su cliente no sienta protegida su intimidad, imposibilitándose así la salvaguarda de la tutela judicial efectiva. En otras palabras, sin la protección y garantía que el secreto profesional brinda tanto al abogado como a su cliente, la libertad de defensa y la tutela efectiva no pasarán de ser principios baldíos en la práctica jurídica. Esta finalidad tuitiva que el secreto profesional garantiza, en relación tanto con el derecho de defensa como con el derecho a la intimidad, es subrayada también por el TS, en su Sentencia 451/2018, de 10 de octubre:

Desvelar lo que debe ser secreto se traduce pues en una lesión del derecho a la intimidad del cliente, pero también al derecho a la tutela judicial sin sufrir indefensión. La amplitud de las posibilidades de defensa está vinculada al momento pre procesal ya que en el mismo la futura parte del eventual proceso ha de ser libre de suministrar al le-

<sup>26</sup> STS de 24 de junio de 1991 (RJ 1991\4795), FJ 3.

<sup>27</sup> STS de 10 de mayo de 1999 (RJ 1999\4799), FJ 4.

trado que le asiste toda la información —incluida la perjudicial— que garantice la efectiva defensa<sup>28</sup>.

A la hora de destacar la importancia del secreto profesional en la abogacía, Escribano Molina nos recuerda que «sería inconcebible el ejercicio de nuestra profesión si el cliente no tuviese el derecho a que su abogado guardase absoluta reserva sobre los hechos y manifestaciones que en la intimidad de la relación profesional le pone de relieve»<sup>29</sup>. Muchas veces resultará necesario que el cliente exponga hechos íntimos que puedan ser relevantes de cara a defender sus pretensiones e intereses, y esto sólo acontecerá si la relación con su abogado es de absoluta confianza y confidencialidad. De ahí que podamos calificar el secreto profesional como un fundamento indispensable del derecho de defensa, tal y como viene a constatar el TS en Sentencia de 17 de febrero de 1998:

No obsta a que a dichas gestiones se extienda también el deber de secreto profesional, puesto que, fundado el mismo en la necesidad de salvaguardar la confianza del cliente en el abogado como única forma de hacer posible que éste disponga de la información necesaria para llevar a cabo su defensa con la eficacia que la Constitución —en el ámbito del proceso considera nota característica del derecho a la tutela judicial, se pondría en grave riesgo esta finalidad si el deber de secreto pudiera entenderse restringido [...]

La confidencia y la confianza recíproca son esenciales características y el fundamento de las relaciones del abogado con sus clientes, como dice en distintos lugares el Código Deontológico de la Abogacía Española<sup>30</sup>.

El secreto profesional encuentra la raíz de su fundamento en la proclamación que el artículo 18 de la Constitución hace del derecho a la intimidad, y se encuentra enunciado como una obligación propia de los letrados en la LOPJ: «Los abogados deberán guardar secreto de todos los hechos o noticias de que conozcan por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, no pudiendo ser obligados a declarar sobre los mismos» (art. 542.3). Dicho precepto de la LOPJ encuentra su reflejo dentro de la normativa deontológica en el EGAE, donde se expone lo siguiente:

La confianza y confidencialidad en las relaciones con el cliente imponen al profesional de la Abogacía, de conformidad con lo establecido por la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, el deber y el derecho de guardar secreto de todos los hechos o noticias que

<sup>28</sup> STS núm. 451/2018 de 10 de octubre (RJ 2018\4575), FJ 1.

<sup>29</sup> ESCRIBANO MOLINA, A., *Deontología de la abogacía...*, Op. Cit., pág. 89.

<sup>30</sup> STS de 17 de febrero de 1998 (RJ 1998\1633), FJ 2.

conozca por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, no pudiendo ser obligado a declarar sobre ellos (art. 21.1).

Asimismo, el artículo 23 del EGAE también extiende los efectos de esta obligación a las comunicaciones habidas con otros compañeros de profesión, estableciendo que ningún profesional de la abogacía «podrá aportar a los Tribunales, ni facilitar a su cliente, las cartas, documentos y notas que, como comunicación entre profesionales de la Abogacía, mantenga con el profesional de la Abogacía de la otra parte, salvo que este lo autorice expresamente».

Una regulación más detallada del secreto profesional la encontramos en el artículo 5 del CDAE, cuyos apartados debemos analizar para comprender mejor la relevancia y el alcance de la figura que estamos examinando. Así, el primer apartado de esta disposición remarca el carácter mixto que posee el secreto profesional, afirmando que la relación de confianza y confidencialidad con el cliente tiene para el abogado las siguientes implicaciones:

Impone a quien ejerce la Abogacía la obligación de guardar secreto, y, a la vez, le confiere este derecho, respecto de los hechos o noticias que conozca por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, limitándose el uso de la información recibida del cliente a las necesidades de su defensa y asesoramiento o consejo jurídico, sin que pueda ser obligado a declarar sobre ellos.

Tal como explica la norma, el secreto profesional constituye un derecho para el abogado, siendo la manifestación más clara de dicho derecho la imposibilidad de verse obligados a declarar sobre los hechos cuyo conocimiento provenga de su actuación profesional<sup>31</sup>. Por otro lado, guardar secreto también constituye un deber del abogado, y su vulneración da lugar a una infracción deontológica merecedora de sanción. Por añadidura, hemos de recordar que en este punto también podría llegar a aplicarse una sanción penal, dado que el Código Penal castiga la revelación de secretos cometida por aquel que «revelare secretos ajenos, de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o sus relaciones laborales» (art. 199.1). Maticemos el hecho de que el ámbito de la sanción deontológica es mayor que el de la sanción penal, porque la segunda se ciñe a la revelación de secretos conocidos en el ejercicio de la profesión, mientras que la primera incluye la revelación de todo tipo de hechos conocidos por razón de la actuación profesional, con independencia de que éstos tengan un carácter secreto o no.

<sup>31</sup> En los ya mencionados artículos 542.3 de la LOPJ y 21.1 del EGAE.

El segundo apartado del artículo 5 del CDAE delimita lo que podemos llamar el ámbito subjetivo del secreto profesional. Esto significa que la norma determina las personas que pueden comunicarle al abogado hechos que deban ser mantenidos en secreto por éste. El CDAE no sólo incluye aquí lo desvelado por el cliente, sino que también tiene en cuenta las comunicaciones y propuestas «de la parte adversa, las de los compañeros, así como todos los hechos y documentos de que haya tenido noticia o haya remitido o recibido por razón de cualesquiera modalidades de su actuación profesional» (art. 5.2). El TS asume además una interpretación amplia respecto a las comunicaciones que se dan entre letrados y resultan amparadas por el secreto profesional. Esta circunstancia podemos observarla, por ejemplo, en la Sentencia, de 22 de abril de 1997, en la que se califica como materia reservada:

La documentación habida entre Abogados que no ha sido firmada y por lo tanto también el borrador del convenio regulador, que constituye la manifestación o concreción de un intercambio de opiniones, pareceres y propuestas, razón determinante de que no pueda limitarse aquella reserva a las meras conversaciones orales y a la correspondencia personal, máxime cuando podía trascender sea cuales fueren las razones que se expongan contra tal criterio en el resultado del procedimiento judicial iniciado<sup>32</sup>.

En virtud de lo dicho en el artículo 5.3 del CDAE, el ámbito del secreto profesional se amplía de tal forma que el contenido de las comunicaciones efectuadas entre compañeros no puede ser facilitado ni al propio cliente ni a los tribunales<sup>33</sup>. No obstante, al formular esta máxima, el CDAE tiene en cuenta dos posibles excepciones, en las cuales ha de mediar la «autorización expresa del remitente y del destinatario, o, en su defecto, de la Junta de Gobierno, que podrá autorizarlo discrecionalmente, por causa grave y previa resolución motivada con audiencia de los interesados» (art. 5.3)<sup>34</sup>. Cabe reseñar que la obligación de guardar secreto profesional resulta vulnerada con la mera aportación en juicio de las mencionadas comunicaciones entre abogados, siendo irrelevante que se produzca un perjuicio efectivo para la parte contraria. Este importante matiz es confirmado por el Tribunal Superior de Justicia de Asturias en la Sentencia

<sup>32</sup> STS de 22 de abril de 1997 (RJ 1997\3094), FJ 2.

<sup>33</sup> El EGAE también hace referencia a esta cuestión, impidiendo al abogado «aportar a los Tribunales, ni facilitar a su cliente, las cartas, documentos y notas que, como comunicación entre profesionales de la Abogacía, mantenga con el profesional de la Abogacía de la otra parte, salvo que este lo autorice expresamente» (art. 23).

<sup>34</sup> Esta misma excepción se encuentra igualmente recogida en el art. 34.e del EGAE.

192/2019, de 18 de marzo, que identifica como quebrantamiento del secreto profesional:

Una infracción de mera actividad, que no se cualifica por el resultado dañoso para un tercero ni beneficioso para el infractor, ni se vincula a una consecuencia procesal precisa. Se agota la tipicidad con la constatación de tales aportaciones procesales de documentos confidenciales sin autorización<sup>35</sup>.

La referida Sentencia, en la que se reseña la importancia de que la vulneración del deber de secreto se vea acompañada por la imposición de una sanción grave, hace también una importante precisión al señalar tres factores que entiende objetivamente relevantes a la hora de fijar la gravedad de la infracción:

En primer lugar, el alto bien jurídico en juego, la confidencialidad entre abogado y cliente y entre abogados; en segundo lugar, el servicio de tales negociaciones desarrolladas con franqueza, confianza y naturalidad, para alcanzar acuerdos que pongan fin al litigio, que ciertamente quedarían amordazadas si se saldasen como regla general con una simple falta leve [...] y en tercer lugar, la necesaria ejemplaridad que debe reinar en los casos aislados que merezcan reproche por este concepto, dado que nos movemos en el ámbito corporativo donde resulta valiosa y útil la función pedagógica al servicio deontológico profesional, que resulta inherente a toda sanción<sup>36</sup>.

Siguiendo con el análisis del artículo 5 del CDAE, encontramos en su cuarto apartado la prohibición expresa de grabar conversaciones en las que participe un colega de profesión, «de presencia o por cualquier medio telefónico o telemático [...] sin previa advertencia y conformidad de todos los intervinientes». En este punto se puede plantear un problema cuando la grabación es realizada por alguien que no sea abogado, ya que a esa persona, como es evidente, no se le aplicaría el CDAE. A pesar de que en esta situación no tenga sentido la prohibición de realizar grabaciones, sí que persistiría la prohibición de aportar dichas grabaciones a un procedimiento judicial, puesto que la aportación es llevada a cabo por un abogado obligado por el secreto profesional y al que sí se le aplica el CDAE. Podemos citar aquí la Sentencia, de 10 de mayo de 1999, en la que el TS entiende exigible que el abogado concedor de una grabación, hecha por su cliente al abogado de la parte contraria, renuncie a la defensa por razones de dignidad y decoro profesional, en lugar de hacerse participe de la operación efectuada aportando la mencionada grabación al procedimiento en curso:

<sup>35</sup> STSJA núm. 192/2019 de 18 de marzo (JUR 2019\121707), FJ 2.

<sup>36</sup> STSJA núm. 192/2019 de 18 de marzo (JUR 2019\121707), FJ 2.



Lejos de actuar como un mero instrumento de su cliente, al aportar por orden o encargo de éste las cintas subrepticamente grabadas, debió renunciar a su derecho de defensa, encomendándolo a otro Letrado, o comunicar a la Junta de Gobierno la perturbación que sufría por el mantenimiento de su secreto profesional, incompatible, a su entender, con el derecho de defensa que le encomendaron<sup>37</sup>.

De acuerdo con lo expuesto en el CDAE, la protección del secreto profesional ampara «comunicaciones y negociaciones orales y escritas de todo tipo, con independencia del medio o soporte utilizado» (art. 5.5). Se entiende incluido aquí el uso de las nuevas tecnologías, cuya utilización ha de ser también juiciosa y prudente, tal y como se precisa en los dos primeros apartados del artículo 21 del mismo texto normativo: «El uso de las tecnologías de la información y la comunicación no exime de cumplir las normas deontológicas que regulan la profesión [...] Se debe hacer uso responsable y diligente de la tecnología de la información y la comunicación».

El respeto por el secreto profesional es explícitamente extendido por el CDAE tanto a los compañeros del abogado que formen parte de su despacho colectivo (art. 5.6) como a cualquier persona que mantenga una colaboración laboral con él (art. 5.7). En otras palabras, el deber de secreto respecto a un caso concreto será vinculante no sólo para el abogado encargado de gestionarlo, sino también para otros letrados que sean miembros de su despacho, con independencia de que éstos colaboren o no en la llevanza del asunto en cuestión, y será igualmente una exigencia que deba figurar en las cláusulas del contrato laboral de aquellos trabajadores que, a pesar de no ser abogados, puedan por razón de su trabajo tener acceso a la información personal de los clientes.

De acuerdo con el tenor literal del artículo 5.11 del CDAE, todo abogado también se verá obligado, en virtud del secreto profesional, a no aceptar ningún encargo «cuando se haya mantenido con la parte adversa una entrevista para evacuar una consulta referida al mismo asunto». Esta imposición tiene como finalidad evitar que información relativa a una persona que ha efectuado una consulta profesional pueda ser utilizada en su contra con posterioridad, en caso de que el abogado consultado acabe defendiendo ulteriormente unos intereses contrapuestos a los de aquella persona. Lo anterior conecta directamente con lo dispuesto también por el CDAE respecto a la extensión de la misma obligación a todos aquellos casos en los que la consulta sea realizada por otro abogado:

<sup>37</sup> STS de 10 de mayo de 1999 (RJ 1999\4799), FJ 5.

No deberá aceptarse el encargo de un asunto cuando la parte contraria o un colega de profesión le haya realizado una consulta referida al mismo asunto en virtud de la cual haya adquirido una información que pueda poner en peligro su independencia, la obligación de preservar el secreto profesional o su deber de lealtad (art. 12.C.7).

El artículo 5 del CDAE configura el alcance del deber vinculado al secreto profesional, estableciendo dos matices: la inexistencia de límite temporal que restrinja este deber y la confirmación de un carácter público que lo hace independiente de la voluntad del cliente. Veamos estas particularidades en la literalidad del texto:

- Art. 5.8: La obligación de guardar el secreto profesional permanece incluso después de haber cesado en la prestación de los servicios al cliente o abandonado el despacho donde se estaba incorporado, sin que esté limitada en el tiempo.
- Art. 5.10: El consentimiento del cliente no excusa de la preservación del secreto profesional.

Por último, refirámonos una excepción que es reconocida en el CDAE, y en virtud de la cual los abogados podrán utilizar la información salvaguardada por el secreto profesional cuando éstos deban defenderse a sí mismos en procedimientos judiciales o disciplinarios seguidos en su contra:

Solamente podrá hacerse uso de hechos o noticias sobre los cuales se deba guardar el secreto profesional cuando se utilice en el marco de una información previa, de un expediente disciplinario o para la propia defensa en un procedimiento de reclamación por responsabilidad penal, civil o deontológica (art. 5.9).

### III. LA DEONTOLOGÍA COMO *CONDITIO SINE QUA NON* DE LA DEFENSA

Al margen de las cuestiones a las que hemos hecho referencia hasta ahora, podríamos igualmente hacer alusión a otras muchas materias de las que se ocupa la deontología y cuya relevancia es también destacada a la hora de garantizar el efectivo cumplimiento del derecho de defensa, como pueden ser las relaciones con los compañeros de profesión y con la Administración de Justicia, la confianza e integridad profesionales, las relaciones con los clientes, etc. A pesar de no hacer un análisis de todos estos temas, el estudio de las normas deontológicas que rigen la independencia del abogado, su libertad y el secreto profesional, es un indicador suficiente del grado de influencia que este ámbito normativo tiene respecto del ejercicio del derecho de defensa.

La función letrada resulta indispensable a la hora de asegurar la concurrencia de las ineludibles garantías que en un Estado democrático de Derecho acompañan al referido derecho de defensa. Ahora bien, hemos de ser conscientes de que la mera existencia de profesionales dedicados a defender legalmente a los ciudadanos no basta para asegurar la efectividad de dichas garantías. Si queremos que los letrados sean auténticos garantes del derecho de defensa, será necesario que, a la hora de desarrollar su actuación profesional, éstos cumplan con unos criterios mínimos e imprescindibles de diligencia e integridad. Igualmente, deberán poder realizar su labor de forma libre e independiente, y bajo el amparo de unos derechos que protejan aspectos especialmente destacables de la práctica profesional. El cumplimiento de estas condiciones esenciales revela la importancia que atesoran las normas deontológicas, en tanto que éstas resultan ser un condicionante del que depende la materialización de las garantías propias del derecho de defensa. Esta idea, con la que partíamos al inicio de este ensayo, podemos ahora verla constatada tras haber analizado la gran influencia que la deontología ejerce en la práctica de la abogacía.

Finalicemos citando unas palabras de Miquel Roca de las que se desprende la singular importancia que posee la profesión de la abogacía en relación con la consecución de los principios abanderados por nuestro sistema legal:

Ser abogado es dotar de contenido práctico los grandes principios, es hacer aterrizar en la realidad la letra de la norma. Garantizar la convivencia es una obligación de todos, pero los abogados son una pieza fundamental de la misma. El legislador, como intérprete del interés general y depositario de la soberanía popular, define el cuadro normativo de la convivencia. Corresponde a jueces y magistrados corregir las situaciones en que la norma e incluso su espíritu no son respetados. Pero sin los abogados la justicia no sería posible: sólo ellos acercan al ciudadano a la justicia y sólo ellos contrastan con la realidad los límites y la eficacia de la norma<sup>38</sup>.

#### IV. REFERENCIAS

##### IV.A. Bibliografía

Couture, E., «Los mandamientos del abogado», en *Manuales jurídicos* (Colección de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México), n.º 4, 2002.

<sup>38</sup> ROCA JUNYENT, M., *¡Sí, abogado! Lo que...*, Op. Cit., pág. 20.

Escribano Molina, A., *Deontología de la abogacía. Visión práctica del Código de 2019*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

Ferrajoli, L., «Sobre la deontología profesional de los abogados», en García Pascual, C. (Coord.), *El buen jurista deontología del Derecho*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2013.

Kafka, F., *El proceso*, Debolsillo, Barcelona, 2012.

La Torre, M., «Juristas, malos cristianos», en *Derechos y libertades: Revista de filosofía del Derecho y derechos humanos*, n.º 12, 2003, págs. 71-108.

Ossorio y Gallardo, Á., *El alma de la toga*, Porrúa, México, 2005.

Reglero Campos, L.F., «La responsabilidad civil de abogados en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n.º. 11, 2007, págs. 785-814.

Roca Junyent, M., *¡Sí, abogado! Lo que no aprendí en la Facultad*, Crítica, Barcelona, 2007.

Salas Solís M., «¿Es el Derecho una profesión inmoral?», en *Doxa*, n.º 30, 2007, págs. 581-600.

Sánchez Stewart, N., *Manual de deontología para abogados*, Wolters Kluwer, Madrid, 2021.

##### IV.B. Legislación

Código de Deontología de los Abogados Europeos, adoptado en Sesión Plenaria del CCBE, de 28 de octubre de 1988, y modificado en Sesiones Plenarias, de 28 de noviembre de 1998, de 6 de diciembre de 2002 y de 19 de mayo de 2006.

Código Deontológico de la Abogacía Española, de 6 de marzo de 2019, aprobado por el Pleno del Consejo General de la Abogacía Española.

Constitución española, de 6 de diciembre de 1978 (BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1987).

Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y modificado por los Protocolos n.º 15, en vigor a partir del 1 de agosto de 2021, y n.º 14, en vigor a partir del 1 de junio de 2010.

Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, anejo al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (versión consolidada)

Ámsterdam), 2 de octubre de 1997, Protocolo (nº 3). Diario Oficial nº C 340 de 10/11/1997 p. 0173 – 0306.

Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita. (BOE núm. 11, de 12 de enero de 1996).

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. (BOE núm. 7, de 8 de enero de 2000).

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1995).

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio de 1985, del Poder Judicial (BOE núm. 157, de 2 de julio de 1985).

Real Decreto 135/2021, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española (BOE núm. 40, de 24 de marzo de 2021).

Real Decreto, de 24 de julio de 1889, por el que se publica en Código Civil (Gaceta de Madrid núm. 206, de 25 de julio de 1889).

#### IV.C. Jurisprudencia

Tribunal Superior de Justicia de Asturias (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª), Sentencia núm. 192/2019 de 18 de marzo, JUR 2019\121707, Recurso de Apelación núm. 43/2019.

Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª), Sentencia de 17 de febrero de 1998, RJ 1998\1633, Recurso de Apelación núm. 2060/1992.

Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª), Sentencia de 22 de abril de 1997, RJ 1997\3094, Recurso de Apelación núm. 4893/1992.

Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª), Sentencia de 10 de mayo de 1999, RJ 1999\4799, Recurso de Casación núm. 1268/1995.

Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), Sentencia de 24 de junio de 1991, RJ 1991\4795, Recurso núm. 847/1990.

Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), Sentencia núm. 283/2017 de 19 de abril, RJ 2017\1813, Recurso de Casación núm. 20748/2016.

Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), Sentencia núm. 451/2018 de 10 de octubre, RJ 2018\4575, Recurso de Casación núm. 2148/2017.

Tribunal Constitucional (Sala Primera), Sentencia núm. 205/1994 de 11 de julio, RTC 1994\205, Recurso de Amparo núm. 2379/1991.

Tribunal Constitucional (Sala Primera), Sentencia núm. 157/1996 de 15 de octubre, RTC 1996\157, Recurso de Amparo núm. 2563/1993.



