



## **Trabajo de Final de Grado**

# **El arte de guardar un secreto: el secreto profesional como límite probatorio en el proceso civil**

*Presentado por:*

**Roberto Garzón Arias**

*Tutora:*

**Christa María Madrid Boquín**

**Grado en Derecho**

Curso académico 2021/2022

# ÍNDICE

<b>ABREVIATURAS UTILIZADAS .....</b>	<b>1</b>
<b>INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>2</b>
<b>I.- EL SECRETO PROFESIONAL DEL ABOGADO.....</b>	<b>6</b>
A.- Concepto, naturaleza jurídica y contenido .....	6
B.- Evolución histórica.....	9
C.- Fundamentos .....	10
1.- Relación entre abogado y cliente.....	10
2.- Derecho a la intimidad .....	12
3.- Derecho de defensa .....	13
D.- Límites.....	14
<b>II.- LOS MEDIOS DE PRUEBA Y SU RELACIÓN CON EL SECRETO PROFESIONAL DEL ABOGADO .....</b>	<b>16</b>
A.- Documentos públicos y privados .....	16
B.- Dictamen de peritos.....	17
C.- Interrogatorio de las partes.....	18
D.- Interrogatorio de testigos .....	20
E.- Medios de reproducción de la palabra, el sonido o la imagen .....	22
F.- Especial mención al reconocimiento judicial .....	23
<b>III.- CONSECUENCIAS PROCESALES DE LA VULNERACIÓN DEL SECRETO PROFESIONAL DEL ABOGADO .....</b>	<b>25</b>
A.- Prueba ilícita.....	25
1.- Definición, origen y justificación.....	25
2.- Momentos en que puede ponerse de manifiesto .....	30
3.- Efectos de su apreciación.....	33
B.- Ilegalidad de la prueba.....	35
<b>IV.- BREVE REFERENCIA A LAS CONSECUENCIAS EXTRAPROCESALES DE LA VULNERACIÓN DEL SECRETO PROFESIONAL DEL ABOGADO .....</b>	<b>36</b>
A.- Responsabilidad penal.....	36
B.- Responsabilidad civil .....	37
C.- Responsabilidad disciplinaria.....	37
<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>38</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>42</b>
<b>RECURSOS ELECTRÓNICOS .....</b>	<b>44</b>
<b>JURISPRUDENCIA.....</b>	<b>45</b>
Tribunal Constitucional.....	45

Tribunal Supremo.....	45
Tribunales Superiores de Justicia.....	45
Audiencias Provinciales .....	45
<b>NORMAS JURÍDICAS CONSULTADAS.....</b>	<b>46</b>
<b>ANEXO.....</b>	<b>47</b>
<b>SUMMARY IN ENGLISH.....</b>	<b>48</b>
I.- Professional confidentiality of the lawyer .....	48
II.- Means of evidence and their relation with professional confidentiality .....	51
III.- Procedural consequences of the infringement of professional confidentiality ....	54
IV.- Brief reference to the extraprocedural consequences of the infringement of professional confidentiality .....	57

## ABREVIATURAS UTILIZADAS

art. / arts.	artículo / artículos
ATC	Auto del Tribunal Constitucional
CC	Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil
CDAE	Código Deontológico de la Abogacía Española, aprobado por el Pleno del Consejo General de la Abogacía Española el 6 de marzo de 2019
CDAUE	Código de Deontología de los Abogados europeos, adoptado en la Sesión Plenaria del CCBE de 28 de octubre de 1988
CE	Constitución Española
CP	Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal
EGAE	Real Decreto 135/2021, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
LOPJ	Ley Orgánica 6/1985, de 6 de julio, del Poder Judicial
núm. / núms.	número / números
p. / pp.	página / páginas
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS / SSTs	Sentencia del Tribunal Supremo / Sentencias del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
<i>vid.</i>	<i>vide</i>
<i>v. g.</i>	<i>verbi gratia</i>

## **INTRODUCCIÓN**

El secreto profesional se define, generalmente, como la obligación que tienen determinados profesionales de guardar secreto acerca de aquellas informaciones que conozcan con motivo de su actuación profesional.

Su justificación reside en el hecho de que los profesionales a quienes se les impone este deber precisan saber dichas informaciones para ejecutar eficazmente su trabajo, si bien algunos, sencillamente por el devenir de su ejercicio profesional, las acaban conociendo inevitablemente, a lo que se suma que los datos a los que va referido no están al alcance de todas las personas por concernir a la privacidad de su titular, motivo por el cual requieren una protección adicional que asegure su estricta utilización en el marco de la relación profesional.

Piénsense, por ejemplo, en un médico, que para detectar las dolencias y patologías de sus pacientes necesita en ocasiones proceder a un examen riguroso de ciertas partes de su cuerpo, en un psicólogo, que para suministrar consejos y técnicas acertados a las personas que atienden necesita tomar conocimiento de su modo de vida y el trato que mantiene con los demás, e incluso en un ministro de culto religioso, que para llevar a cabo el acto de confesión necesita escuchar los pecados del confesante.

Así pues, no cabe duda de que entre ellos ha de incorporarse también el abogado, figura a la que se atribuye, por un lado, la facultad de asesorar jurídicamente, y, por otro, la defensa y representación en juicio, pues para desplegar eficazmente cualquiera de ellas es imprescindible que el cliente le exponga de la forma más rigurosa posible los hechos que han dado o pueden dar lugar a su intervención, bien en un proceso, bien fuera de él, siendo necesario que la información de carácter privado que transmita el cliente goce de protección para que no exista el temor a que posteriormente se haga un uso inapropiado de la misma

De hecho, al abogado no solo se le comunica información íntima para que pueda efectuar la prestación de sus servicios sino que, para colmo, y a diferencia de lo que ocurre con los miembros de algunas otras profesiones, la externalización por parte del letrado de esa información puede suponer que la posición procesal del cliente quede mermada, no solo en un proceso en el que el abogado esté representándole sino también en cualquier otro que con motivo de la revelación se pueda poner en marcha.

Consiguientemente, el secreto profesional, al ser un deber inescrutable del abogado, ínsito en el desempeño de la profesión y que ha colaborado a lo largo de la historia en la persistencia de su buen nombre y de su prestigio, se constituye como base en el ejercicio de la abogacía.

Por ser crucial en la vida del abogado y para garantizar su respeto desde el punto de vista normativo, el secreto profesional ha sido integrado y regulado en numerosos textos legales, especialmente en la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), en el Estatuto General de la Abogacía Española (EGAE), en el Código Deontológico de la Abogacía Española (CDAE) y en el Código de Deontología de los Abogados europeos (CDAUE), los cuales han venido a dotarlo de contenido y a delimitar sus aspectos esenciales.

Empero, lo cierto es que la regulación que se ha brindado al secreto profesional del abogado en España no es del todo correcta ni del todo amplia, ya que presenta una serie de lagunas que han generado dudas en cuanto a su naturaleza, a su contenido y a su alcance, lo que ha repercutido en el régimen que se debe adoptar cuando resulta quebrantado.

Ha de reconocerse que el nuevo EGAE ha traído consigo grandes cambios por lo que respecta al secreto profesional, sobre todo en comparación con el que ha venido a derogar, el Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española, puesto que, con el objetivo de adaptarlo a la realidad social actual, le ha dedicado expresamente el Capítulo IV de su Título II. No obstante, a pesar de su importancia, el legislador ha sido escueto y no lo ha acometido con suficiente profundidad, por lo que el abogado continúa sin saber con exactitud qué puede hacer y hasta dónde puede llegar.

Además, tampoco la jurisprudencia ha colmado estos vacíos ni ha unificado los criterios a seguir por los órganos jurisdiccionales en torno al secreto profesional, razón por la que es frecuente encontrar resoluciones dispares. En consecuencia, ha tenido que ser la doctrina, que no es vinculante, la encargada de fijar y desarrollar el concepto, lo que, además de aumentar la problemática práctica, complica en parte el estudio de la institución.

En concreto, el análisis del secreto profesional del abogado que se pretende en el presente trabajo es el que se aborda desde la óptica procesal, esto es, desde la perspectiva del proceso, terreno que el abogado suele frecuentar y que, por lo tanto, es el que cuenta con más posibilidades de ser el escenario en que se produzca una transgresión del mismo, con independencia de que se pueda vulnerar en cualquier otro lugar y en cualquier otro momento.

Igualmente, el secreto profesional puede verse fracturado por un tercero, pero conviene focalizarse en el abogado defensor, dado que a él se le impone *a priori* la obligación de preservarlo y es él quien tiene más facilidades de contravenirlo por ser el primer conocedor de la información.

No ha de olvidarse que el proceso es, al fin y al cabo, el medio tradicional a través del cual se resuelven los conflictos que surgen en la ciudadanía y cuyo efecto de cosa juzgada impide que el caos, la autotutela y la arbitrariedad gobiernen el Estado. Sin embargo, los procedimientos judiciales son, a ojos de todos los expertos, situaciones indeseadas, en vista de las obligaciones y los gastos que acarrearán y el desasosiego que conlleva el no saber si la sentencia va a ser favorable o no. Todavía conservo en mi memoria al profesor Gómez Colomer mencionando la maldición gitana “Pleitos tengas y los ganes” en mi primera clase de Derecho procesal.

En definitiva, el proceso es, ya de por sí, un mal necesario, pero un mal que puede agrandarse si el abogado decide jugar una mala pasada a su cliente empleando la información puesta en su conocimiento de modo contrario a los intereses de aquel, por lo que se estima relevante detectar cuándo se está ante una violación del secreto profesional y dominar los mecanismos de que se dispone para combatirla.

Por otra parte, el proceso sobre el que se reflexiona es, en particular, el proceso civil, que no por ir referido a cuestiones económicas o patrimoniales y no a los atentados más graves contra los bienes jurídicos más valiosos deja de tener importancia, especialmente si se toma en consideración que, de acuerdo con el informe “Serie Sentencias 2001-2021” confeccionado por la Sección de Estadística Judicial del Consejo General del Poder Judicial, alrededor del 44,72 % de los asuntos tramitados en el año 2021 fueron despachados por el orden jurisdiccional civil, lo que aumenta la probabilidad de que sea en un proceso de este tipo donde el secreto profesional cobre protagonismo.

Acotando aún más el tema planteado, se ahonda en el procedimiento probatorio, en el límite que supone el secreto profesional del abogado a la hora de admitir, practicar y valorar las pruebas propuestas por las partes, es decir, en cómo afecta el secreto profesional al derecho fundamental a la prueba recogido en la Constitución Española (CE).

Lo que se alega se debe probar y sin pruebas las afirmaciones de hechos controvertidas que realicen las partes no llegan a buen puerto, de manera que es esencial en prácticamente todos los procesos un mínimo de actividad probatoria para lograr el convencimiento del juez. Ello comporta la necesidad de prever herramientas para mitigar el riesgo a que se produzca un quebrantamiento del secreto profesional del abogado durante el procedimiento probatorio y para que, de producirse, no se traduzca en una prueba válida en el proceso.

Se trata, por ende, de especificar el concepto para saber a qué se hace referencia cuando se habla del secreto profesional del abogado, de señalar su ligamen con las reglas que rigen en el proceso, sobre todo con el principio de licitud probatoria y con la buena fe, primordiales para que la tutela judicial sea efectiva, y de indicar la sanción que merece su incumplimiento en el seno del procedimiento probatorio.

Para ello, la estructura que se ha seguido en la elaboración del trabajo es la siguiente: en primer lugar, se analiza el secreto profesional del abogado, su tratamiento en la legislación, su naturaleza jurídica, su contenido, su evolución histórica, sus fundamentos y sus límites; a continuación, se aporta una visión panorámica de la conexión que guarda el secreto profesional con el proceso y con los distintos medios de prueba que se pueden utilizar, haciendo especial énfasis en el interrogatorio de las partes y en el interrogatorio de testigos, debido a la referencia que se contiene en la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) al respecto; seguidamente, se plantean las consecuencias procesales que puede originar la vulneración del secreto profesional en el curso del procedimiento probatorio, distinguiendo entre prueba ilícita y prueba ilegal, en función de si existe o no violación de derechos fundamentales y libertades públicas, para examinar después el momento adecuado para ponerlas de manifiesto y los efectos de su apreciación; por último, se apuntan sucintamente las consecuencias extraprocesales que podría engendrar una transgresión del secreto profesional y que se desprenden del Código Penal (CP), del Código Civil (CC) y del Título XI del EGAE, los cuales permiten extraer la responsabilidad penal, civil y disciplinaria a exigir al abogado.



## I. EL SECRETO PROFESIONAL DEL ABOGADO

### A. Concepto, naturaleza jurídica y contenido

Para el correcto desempeño de su oficio el abogado se ve en la obligación de mantener silencio acerca de determinados hechos de los que, por su profesión, es conocedor. Sin embargo, y a pesar de la evidente relevancia que tiene en el ejercicio de la abogacía el secreto profesional, no existe unanimidad en la doctrina cuando se trata de definirlo. Es por ello que OSSORIO Y GALLARDO concibe esta materia como “una de las más sutiles, quebradizas y difíciles de apreciar en la vida del abogado”<sup>1</sup>.

El *Diccionario de la Lengua Española* lo define como el deber que tienen los miembros de ciertas profesiones, *ad exemplum* los médicos, los abogados o los notarios, de no revelar los hechos que han conocido en el ejercicio de su profesión<sup>2</sup>.

Según FENECH NAVARRO, habría que distinguir entre a) el secreto natural del abogado, que implica el deber de no revelar los hechos o cosas ocultos averiguados fuera del ejercicio profesional e incorpora, por un lado, el secreto conocido por el abogado en sus relaciones sociales, similar al de cualquier otro particular, y, por otro, el secreto conocido con ocasión de sus funciones profesionales, que no es confiado de modo consciente sino descubierto espontáneamente por el abogado, y b) el secreto profesional o conocido en el ejercicio de su profesión, que abarca los hechos o cosas ocultos revelados por el cliente, quien precisamente los comunica con motivo de la profesión que el abogado ejerce<sup>3</sup>.

RIGÓ VALLBONA<sup>4</sup>, en una línea similar, señala que el secreto profesional es aquel que tiene su origen en el ejercicio de una profesión y comprende el secreto profesional natural, que entra en juego cuando el hecho o noticia que se da a conocer al abogado exige objetivamente secreto, y el secreto profesional encargado, que es rogado expresa o tácitamente al abogado que recibe la confidencia por parte del cliente<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> OSSORIO Y GALLARDO, A., *El alma de la toga*, 7ª edición, Praxis Ediciones, Buenos Aires, 1971, p.46.

<sup>2</sup> Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, disponible en <https://dle.rae.es/secreto?m=form> (fecha de la última consulta: 13 de febrero de 2022). Se extiende a los sacerdotes en OSSORIO Y GALLARDO, A., *El alma...*, cit., pp. 48-49.

<sup>3</sup> FENECH NAVARRO, M., «El secreto profesional del abogado», *Revista Jurídica de Catalunya*, 1949, pp. 379-397, en pp. 384-397, visto en ANDINO LÓPEZ, J. A., *El secreto profesional del abogado en el proceso civil*, José María Bosch Editor, Barcelona, 2014, p. 124.

<sup>4</sup> RIGÓ VALLBONA, J., *El secreto profesional de abogados y procuradores en España*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1988, p. 46.

<sup>5</sup> La misma postura se adopta en AZERRAD, M. E., *Ética y secreto profesional del abogado. Ejercicio y función social de la abogacía*, Ediciones Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2007, p. 45.

Empero, SÁNCHEZ STEWART asevera que “la obligación de guardar el secreto profesional es de no revelar, es decir, no manifestar, declarar, informar, comunicar, cualquier hecho que haya llegado a conocimiento del abogado en razón de su ejercicio profesional. El hecho puede ser secreto o puede no serlo. Da igual: el abogado sólo debe considerar que un hecho de cualquier naturaleza del que haya tenido noticia por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional está cubierto por el secreto profesional”<sup>6</sup>.

Respecto a la regulación jurídica del secreto profesional del abogado, las normas y preceptos que han de tomarse en consideración son, especialmente, los siguientes:

-El art. 542.3 LOPJ, que obliga a los abogados a guardar secreto de todos los hechos y noticias que conozcan durante su actuación profesional e impide que se les fuerce a declarar sobre ellos.

-Los arts. 1.3, 21.1 y 22.1 EGAE, en los que se recoge el secreto profesional como principio rector y valor superior del ejercicio de la abogacía, se conecta el deber de guardar secreto con la confianza y la confidencialidad en la relación entre abogado y cliente y se aclara que comprende todos los datos que se reciban en el ejercicio de la profesión.

-El art. 5.1 CDAE, destacable por aludir al derecho a la intimidad y al derecho de defensa del cliente al tiempo que hace referencia a la confianza y a la confidencialidad en las relaciones con el mismo, exigiendo todos ellos limitar el uso de la información a sus necesidades.

-Los arts. 2.3.1 y 2.3.2 CDAUE, que consideran el secreto profesional un derecho y una obligación fundamental y primordial del abogado y lo ensanchan a todo lo que se ponga en su conocimiento en el marco de la actividad profesional.

Tras examinar detenidamente el Derecho positivo, lo cierto es que se cae en la cuenta de que la naturaleza jurídica del secreto profesional del abogado no queda del todo resuelta, pues al tiempo que se le impone a modo de deber se le reconoce, directa o indirectamente, el derecho al mismo.

De una parte, podría entenderse que presenta una doble naturaleza, lo que quedaría bien fundamentado tomando como base a la legislación, que explícitamente la acoge, a excepción de la LOPJ.

---

<sup>6</sup> SÁNCHEZ STEWART, N., *La profesión del abogado. Deontología, valores y Colegios de Abogados*, Volumen 1, Difusión Jurídica, Madrid, 2008, pp. 649-650.

No obstante, SOLDADO GUTIÉRREZ apunta sobre esta última que, si bien solamente alude al deber de guardar secreto que tiene todo abogado, contempla la prohibición genérica de obligar a declarar a un abogado sobre asuntos que estén cobijados bajo su secreto profesional, estando en ello implícito el derecho del abogado a guardar secreto, puesto que la prohibición se constituye, en sí misma, en el derecho a que no se le obligue a romper su secreto profesional<sup>7</sup>.

También AZERRAD acoge esta visión cuando marca que el secreto profesional del abogado es “Un deber respecto de la obligación que tiene el abogado de guardar celosamente las confidencias recibidas de su cliente. Y un derecho que debe observar escrupulosamente y hacerlo valer ante los jueces y toda otra autoridad, cualquiera fuere el ámbito de su actuación”<sup>8</sup>.

Incluso la STS 974/2012, de 5 de diciembre, declara en su fundamento de derecho tercero que, además de tratarse de un derecho del imputado a que su letrado no revele a terceros los datos, de la clase que sean, proporcionados por su cliente, o, con carácter más general, obtenidos en el ejercicio del derecho de defensa, el secreto profesional es un derecho del letrado a no revelarlos<sup>9</sup>.

Ahora bien, no sería insensato inferir que el secreto profesional del abogado es, para él, un deber, correspondiéndole única y exclusivamente al cliente la faceta de derecho que se le otorga.

Cuando se proscribe la posibilidad de obligar a declarar a un abogado sobre hechos que ha conocido en el curso de su ejercicio profesional, más que pretenderse defender un derecho suyo, probablemente consistente en ejecutar con decencia y reserva su trabajo, se busca salvaguardar el derecho del cliente a que dichos datos no sean conocidos por personas ajenas a la relación que lo une con aquel, ya que toda intromisión que recaiga sobre el abogado acaba repercutiendo en el cliente, verdadero propietario de la información.

De hecho, pueden traerse a colación los arts. 23 y 24 EGAE, relativos a la “Confidencialidad de las comunicaciones entre los profesionales de la Abogacía” y a la “Entrada y registro en despachos profesionales”, cuya finalidad no es otra que dejar a buen recaudo la información suministrada por el cliente.

---

<sup>7</sup> SOLDADO GUTIÉRREZ, J., «El secreto profesional del abogado», *Revista Jurídica de Andalucía*, núm. 17, 1995, pp. 1183-1204, en p. 1186.

<sup>8</sup> AZERRAD, M. E., *Ética y secreto profesional del abogado...*, cit., p. 41.

<sup>9</sup> STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 974/2012, de 5 de diciembre (RJ 2013\217)

Por último, cabe destacar que el contenido u objeto del secreto profesional sí lo delimitan las normas de manera que no se dé pie a confusión. Sencillamente lo componen todos los hechos, noticias, informaciones y documentos que hayan caído en manos del abogado durante el ejercicio de su profesión.

Ello no significa que la doctrina no haya debatido sobre este punto, dado que un sector aboga por el carácter absoluto del secreto profesional<sup>10</sup>, en consonancia con las leyes, arguyendo que alcanza a toda información que llegue al conocimiento o al poder del abogado a raíz del ejercicio de su profesión por existir la presunción de que la voluntad del cliente consiste en que toda la información que proporcione sea confidencial, y otro lo limita<sup>11</sup>, replicando que debe versar sobre cosas ocultas que revela el cliente, bien porque el propio cliente manifiesta su carácter confidencial o bien porque el abogado lo aprecia por él mismo<sup>12</sup>.

Parece más razonable la segunda de las opciones, en vista de que si la información que recibe el abogado en el ejercicio profesional es pública no merece ser protegida por el secreto profesional, no excediendo la actuación del abogado, por ende, de los confines normativos. En cualquier caso, el texto legal resulta adecuado porque no siempre es fácil determinar si un dato es secreto o no lo es, luego la cautela es la virtud que ha de primar en tales situaciones.

## **B. Evolución histórica**

Desde antaño, la institución jurídica del secreto profesional del abogado ha sido recogida en los cuerpos normativos, adaptándose a las circunstancias políticas, sociales y culturales de cada una de las épocas en que su vigencia surtía efectos. Empero, aun vinculando RIGÓ VALLBONA su más remoto origen con el popular juramento hipocrático<sup>13</sup>, ha llegado prácticamente intacto a nuestros días.

Algunos de los antecedentes más claros que constan son<sup>14</sup>, siguiendo a ANDINO LÓPEZ<sup>15</sup>:

---

<sup>10</sup> SÁNCHEZ STEWART, N., *La profesión del abogado...*, cit., pp. 705-711. Lo hace apoyándose, por ejemplo, en el fundamento jurídico sexto de la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) de 16 de diciembre de 2003 (RJ 2005\3604).

<sup>11</sup> FENECH NAVARRO, M., «El secreto profesional...», cit., pp. 387, 389 y 390, visto en ANDINO LÓPEZ, J. A., *El secreto profesional del abogado...*, cit., p. 124.

<sup>12</sup> ANDINO LÓPEZ, J. A., *El secreto profesional del abogado...*, cit., pp. 124-126. Expone la dicotomía para acabar incluyéndose en el segundo de los grupos.

<sup>13</sup> RIGÓ VALLBONA, J., *El secreto profesional de abogados...*, cit., p. 81.

<sup>14</sup> *Vid.* Anexo para consultar las citas completas de los textos legales que históricamente han regulado el secreto profesional del abogado.

<sup>15</sup> ANDINO LÓPEZ, J. A., *El secreto profesional del abogado...*, cit., pp. 100-103.

-*Corpus Iuris Civilis* de Justiniano, Digesto, *De Testibus*, Decreto Ley 25 (527-565): Los abogados que revelen los secretos o muestren las cartas e informaciones de sus señores serán castigados con la pena correspondiente a la falsedad.

-Siete Partidas de Alfonso X, Partida III, Título VI, Ley IX (1256-1265): Por ser los abogados a quienes los hombres cuentan sus secretos con el objetivo de ser defendidos, tienen el deber de no descubrirlos, y, si lo hicieran, serán tachados de hombres de mala fama.

-Novísima Recopilación de las Leyes de España, Libro V, Título XXII, Ley XXII (1805): Cuando un abogado desvele los secretos de la parte a la que defiende será privado de su cargo, sin perjuicio de las demás penas que por ello se le puedan imponer

-Decreto de 28 de junio de 1946 por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía, art. 29: La defensa del cliente debe llevarse a cabo salvaguardando siempre el secreto profesional, lo que exige al abogado actuar con suma diligencia en el tratamiento de las informaciones confiadas.

## **C. Fundamentos**

### **1. Relación entre abogado y cliente**

A tenor del art. 542 LOPJ, la denominación y función de abogado corresponde a quien ejerce profesionalmente la dirección y defensa de las partes en todo tipo de procesos o el asesoramiento y consejo jurídico, luego la actividad del abogado puede ser tanto procesal, extremo en el que se ahondará, como extraprocesal.

De dicha actividad brotan una serie de relaciones: la relación del abogado con el juez, la relación del abogado con el letrado de la parte contraria y con ella misma y la relación del abogado con el cliente.

El secreto profesional, de un modo u otro, alcanza a todas ellas, visto que el abogado debe guardar secreto sobre todos los hechos que conozca en el ejercicio de su profesión, no previendo las leyes los sujetos concretos a quienes se extiende el beneficio del secreto profesional y entendiéndose, consiguientemente, que ampara a unos y a otros en la medida en que sus confidencias caigan en manos del abogado.

Sin embargo, por sus caracteres, es en la relación entre el abogado y el cliente en la que el secreto profesional adquiere un mayor sentido y en la que deviene, desde luego, una mayor necesidad de tutela del mismo. De ahí que ANDINO LÓPEZ<sup>16</sup> explique que “el respeto y el cumplimiento del deber de secreto profesional del abogado resulta

---

<sup>16</sup> ANDINO LÓPEZ, J. A., *El secreto profesional del abogado...*, cit., p. 91.

fundamental en el ejercicio de la Abogacía, puesto que el cliente le confía diversa información, a veces tan íntima, que no la transmitiría si no supiera que su letrado tiene el deber de mantenerla en la más estricta confidencialidad” y que el Consejo General de la Abogacía Española considere que “constituye piedra angular de la Abogacía”<sup>17</sup>.

Dejando a un lado la calificación civil o mercantil del contrato que da paso a la relación abogado-cliente, acerca de la cual tan solo resaltamos que CRESPO MORA<sup>18</sup> lo redirige al contrato de mandato mientras que la jurisprudencia le aplica el régimen del contrato de arrendamiento de servicios<sup>19</sup>, conviene centrar el foco en el sentimiento de confianza que debe presidir a lo largo del tracto sucesivo entre ambos.

Para LÓPEZ-BARAJAS PEREA, quien sostiene su argumentación en la STS de 17 de febrero de 1998<sup>20</sup>, la colaboración y la confianza son los factores fundamentales del ejercicio de la defensa técnica, hasta el punto de que, como señala la doctrina, en ningún caso se puede hablar de defensa si entre el imputado y el defensor no existen la una y la otra. En consecuencia, el deber de secreto profesional se funda en la necesidad de salvaguardar la confianza del cliente en el abogado, única vía por la que se hace posible que este disponga de la información necesaria para llevar a cabo su defensa con la eficacia que la CE, en el ámbito del proceso, considera nota característica del derecho a la tutela judicial<sup>21</sup>.

Igualmente, son ilustrativos en cuanto a este aspecto algunos preceptos del CDAE y del CDAUE, v. g. los arts. 4.1 y 5.1 del primero y el art. 2.3.1 del segundo, que disponen, respectivamente, que “La relación con el cliente se fundamenta en la recíproca confianza y exige una conducta profesional íntegra, honrada, leal, veraz y diligente”, que “La confianza y confidencialidad en las relaciones con el cliente, ínsita en el derecho de éste a su defensa e intimidad y a no declarar en su contra, impone a quien ejerce la Abogacía la obligación de guardar secreto [...]” y que “Forma parte de la esencia misma

---

<sup>17</sup> Lo alega en condición de parte recurrida y es reproducido por el Tribunal Supremo en el fundamento de derecho sexto de la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) de 3 de marzo de 2003 (RJ 2003\2643).

<sup>18</sup> CRESPO MORA, M. C., *La responsabilidad del abogado en el Derecho civil*, Aranzadi, Cizur Menor, 2005, pp. 93-100

<sup>19</sup> Entre otras, las SSTS (Sala de lo Civil) de 6 de octubre de 1989 (RJ 1989\6891) y de 23 de octubre de 1992 (RJ 1992\8277).

<sup>20</sup> STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) de 17 de febrero de 1998 (RJ 1998\1633).

<sup>21</sup> LÓPEZ-BARAJAS PEREA, I., «La postulación y los derechos a la tutela y de defensa: la confidencialidad de las relaciones con el abogado defensor y sus límites», *Revista de Derecho Político*, núm. 79, 2010, pp. 115-141, en p. 125, disponible en <http://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/view/9131/8724> (fecha de la última consulta: 17 de febrero de 2022).

de la función del Abogado el que sea depositario de los secretos de su cliente y destinatario de informaciones basadas en la confianza. Sin la garantía de confidencialidad, no puede existir confianza [...]”.

No obstante, buena parte de la doctrina estima que el secreto profesional del abogado tiene su razón de ser más bien en lo que se ha denominado la función social de la abogacía, que trasciende de la relación entre y abogado y cliente y se sustenta básicamente en el derecho fundamental a la asistencia letrada del art 24 CE<sup>22</sup>.

Cabe subrayar la opinión de MARTÍNEZ VAL, para quien “parece criterio más seguro que el secreto profesional del abogado y en general de los juristas obligados a guardarlo, se funda en el interés social y no en el privado de las partes (cliente y profesional) entre los que inicialmente se establece”<sup>23</sup>.

## **2. Derecho a la intimidad**

Por mor del art. 18.1 CE, que se encuadra en la Sección 1.ª del Capítulo Segundo del Título I de la Carta Magna, referida a los derechos fundamentales y a las libertades públicas, “se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”.

El Tribunal Constitucional aclaró en el fundamento jurídico segundo de la STC 70/2009, de 23 de marzo, que “constituye doctrina consolidada de este Tribunal que el derecho a la intimidad personal garantizado por el art. 18.1 CE, estrechamente vinculado con el respeto a la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana [...]. De lo que se deriva que se vulnerará el derecho a la intimidad personal cuando la penetración en el ámbito propio y reservado del sujeto no sea acorde con la Ley, no sea eficazmente consentida o, aun autorizada, subvierta los términos y el alcance para el que se otorgó el consentimiento [...]”<sup>24</sup>.

Teniendo esto en cuenta, el art. 5.1 del CDAE sienta que en el derecho a la intimidad del cliente están ínsitas la confianza y la confidencialidad en la relación con el abogado y que estas imponen a quien ejerce la abogacía la obligación de guardar secreto respecto de los hechos que conozca por razón de su actuación profesional.

---

<sup>22</sup> ANDINO LÓPEZ, J. A., *El secreto profesional del abogado...*, cit., p. 110.

<sup>23</sup> MARTÍNEZ VAL, J. M., *Abogacía y abogados*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1993, pp. 236-237.

<sup>24</sup> STC (Sala Primera) núm. 70/2009, de 23 de marzo (RTC 2009\70).

Esta idea la culmina el ATC de 11 de diciembre de 1989, según el cual “El secreto profesional, en cuanto justificar por razón de una actividad, la sustracción al conocimiento ajeno de datos o informaciones obtenidas que conciernen a la vida privada de las personas, está estrechamente relacionado con el derecho a la intimidad que el art. 18.1 de la Constitución garantiza [...]”<sup>25</sup>.

Asimismo, SOLDADO GUTIÉRREZ extiende el secreto profesional del abogado a la intimidad de terceros, remitiéndose a la redacción del art. 534 LOPJ, del art. 7 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 y del art. 1245 CC<sup>26</sup>. En cambio, CALVET GIMENO, con quien coincidimos, lo ciñe a la intimidad del cliente, debido a que este abre su propia intimidad al abogado con el objeto de que le pueda prestar el mejor asesoramiento posible<sup>27</sup>.

### **3. Derecho de defensa**

El art. 24.2 CE indica que todos tienen, además de otros muchos derechos que podrían calificarse de derechos fundamentales procesales, por residir su eficacia en el proceso, derecho a la defensa.

Así pues, el derecho de defensa, que por ser un derecho fundamental goza de las garantías que recogen los apartados 1 y 2 del art. 53 CE, supone, conforme a la STC 143/2001, de 18 de junio, dar a las partes contendientes “la oportunidad de alegar y probar procesalmente sus derechos e intereses, por sí mismos (autodefensa), o con la asistencia de Letrado, si optaren por esta posibilidad, o la misma fuere legalmente impuesta”, siendo específica manifestación del mismo “las facultades de alegar, probar e intervenir en la prueba ajena para controlar su correcta práctica y contradecirla”<sup>28</sup>.

De nuevo se abre paso el art. 5.1 del CDAE, que además de mencionar el derecho a la intimidad, hace alusión al derecho del cliente a su defensa y a no declarar en su contra cuando instaura el deber de secreto profesional del abogado.

Por todo ello, el fundamento de derecho cuarto de la SAP de Las Palmas 147/2001, de 12 de noviembre, establece que “En general, el secreto profesional está íntimamente relacionado [...] con el derecho de defensa y el de tutela judicial efectiva consagrados

---

<sup>25</sup> ATC (Sala Segunda) núm. 600/1989, de 11 de diciembre (RTC 1989\600 AUTO).

<sup>26</sup> SOLDADO GUTIÉRREZ, J., «El secreto profesional...», cit. pp. 1187-1189.

<sup>27</sup> CALVET GIMENO, F., «Aproximación a las dispersas previsiones normativas de una garantía constitucional: el secreto profesional», *Revista General de Derecho*, núms. 598-599, 1994, pp. 7855-7869, en p. 7862.

<sup>28</sup> STC (Sala Segunda) núm. 143/2001, de 18 de junio (RTC 2001\143).



en el art. 24 de la Constitución [...]. Si el cliente no pudiera facilitar a su abogado toda la información de que dispone, ni poner en su conocimiento todos los hechos por temor a que alguno de ellos pudiera ser utilizado en su contra, creemos que no se ejercería el derecho de defensa con la extensión, profundidad y plenitud que desea el legislador constitucional cuando dice en el art. 24 que «todos tienen derecho... a la defensa»<sup>29</sup>.

Son autores que refuerzan esta tesis, entre otros, THOMAS DE CARRANZA MÉNDEZ DE VIGO<sup>30</sup>, quien, al igual que el CDAE, conecta el secreto profesional del abogado con el derecho del cliente a no declarar contra sí mismo, RIGÓ VALLBONA<sup>31</sup> y OTERO GONZÁLEZ<sup>32</sup>.

#### **D. Límites**

Existen supuestos concretos en los que la revelación por parte del abogado de los datos que conoce en el ejercicio de su profesión, los cuales, *a priori*, quedarían cubiertos por la obligación de secreto profesional, es considerada lícita o acorde a Derecho. ANDINO LÓPEZ describe estos cuatro<sup>33</sup>:

-Consentimiento del cliente: Del art. 22.6 EGAE se desprende que “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”, si bien una corriente doctrinal advierte que el consentimiento del cliente no libera al abogado de su deber cuando existen razones de interés general<sup>34</sup> y otra matiza que la dispensa del cliente le faculta a revelar los hechos objeto de secreto pero no le obliga<sup>35</sup>. Empero, el art. 5.10 del CDAE prescribe que “El consentimiento del cliente no excusa de la preservación del secreto profesional”.

-Intención de cometer un delito: Esta excepción, que no ha de confundirse con la confesión de un delito, habida cuenta de que el art. 263 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dispensa al abogado de la obligación de denunciar los delitos públicos de los que tenga noticia por medio de las instrucciones o explicaciones que reciba de sus clientes, se circunscribe al ámbito penal, pero puede ser útil remarcar que se admite por

---

<sup>29</sup> SAP de Las Palmas (Sección 1ª) núm. 147/2001, de 12 de noviembre (ARP 2001\881).

<sup>30</sup> THOMAS DE CARRANZA MÉNDEZ DE VIGO, S., «Principios fundamentales en el ejercicio de la profesión de abogado», en B. Vila Ramos (coord.), *Deontología profesional*, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 35-49, en pp. 47-48.

<sup>31</sup> RIGÓ VALLBONA, J., *El secreto profesional de abogados...*, cit. pp. 156-18.

<sup>32</sup> OTERO GONZÁLEZ, M. P., *Justicia y secreto profesional*, Centro de Estudios Ramón Aceres, Madrid, 2001, p. 38.

<sup>33</sup> ANDINO LÓPEZ, J. A., *El secreto profesional del abogado...*, cit. pp. 145-154 y 158-165.

<sup>34</sup> CERVILLA GARZÓN, M. D., *La prestación de servicios profesionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 309-310.

<sup>35</sup> CRESPO MORA, M. C., *La responsabilidad del abogado...*, cit. pp. 203-205.

no desplegarse aún el derecho de defensa, al tratarse de un hecho futuro, y por no verse envuelta la intimidad del cliente, al estarse ante un plan delictivo. Piénsese, por ejemplo, en el profesional que recibe en su despacho la visita de una empresa que pretende, con su ayuda, preparar mejor un alzamiento de bienes o un fraude fiscal.

Al fin y al cabo, lo que se persigue es evitar, a través de la colaboración del abogado, que se produzcan situaciones antijurídicas, pudiendo llegar a convertirse aquel en uno de los responsables del delito si interviene, siquiera indirectamente, en su comisión, por lo que esta exención abarca, igualmente, al abogado de una entidad bancaria que descubre las maniobras que en el seno de aquella se están efectuando para estafar a sus acreedores

-Grave perjuicio para el abogado, para el propio cliente o para un tercero: La gran mayoría de autores resaltan, aunque con no demasiada precisión, que en los tres casos se permite la revelación del secreto profesional del abogado<sup>36</sup>, pues su acatamiento pierde sentido cuando puede redundar en un perjuicio mayor al que trae consigo su quebrantamiento.

Sin embargo, OSSORIO Y GALLARDO, aludiendo a la encrucijada en que se ve involucrado el abogado al que uno de sus clientes le reconoce su culpabilidad en un asesinato y la inocencia de la persona que va a ser condenada, proclama que la vulneración del secreto profesional del abogado es válida únicamente cuando entra en conflicto con un grave interés social<sup>37</sup>.

-Blanqueo de capitales: Criticada por muchos expertos en lo que atañe al secreto profesional del abogado ha sido la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, también de corte penal, que prevé una serie de obligaciones de información de los abogados con el Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias.

Baste recordar las palabras de MARTÍNEZ VAL, para quien “la existencia del secreto profesional del abogado es una de las condiciones esenciales —*sine qua non*— de la existencia y posibilidad de la Abogacía, que no puede ser quebrantada ni aun por exigencias de una ley que estimamos en esto sería intrínsecamente injusta”<sup>38</sup>.

---

<sup>36</sup> FENECH NAVARRO, M., «El secreto profesional...», cit., pp. 395-396.

<sup>37</sup> OSSORIO Y GALLARDO, A., *El alma...*, cit., pp. 50-56.

<sup>38</sup> MARTÍNEZ VAL, J. M., *Abogacía y...*, cit., pp. 235.

## II. LOS MEDIOS DE PRUEBA Y SU RELACIÓN CON EL SECRETO PROFESIONAL DEL ABOGADO

De acuerdo con el art. 299 LEC, los medios de prueba de que se podrá hacer uso en el proceso civil son 1) el interrogatorio de las partes, 2) los documentos públicos, 3) los documentos privados, 4) el dictamen de peritos, 5) el reconocimiento judicial, 6) el interrogatorio de testigos, 7) los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, 8) los instrumentos que permitan archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase y 9) cualquier otro medio con el que pudiera obtenerse certeza sobre hechos relevantes que sea admitido por el tribunal.

El derecho a la prueba, que se enmarca en el derecho a la tutela judicial efectiva, apuntado en el art. 24.1 CE, exige que dichos medios de prueba se puedan proponer, admitir, practicar y valorar de manera que los derechos e intereses legítimos de las partes se vean, en su caso, satisfechos, mas es necesario que en el procedimiento probatorio se respeten el principio de legalidad de los medios y el principio de licitud de las fuentes<sup>39</sup>.

Justo ahí es cuando interviene el secreto profesional del abogado, que debe respetarse dentro y fuera del proceso y permite al cliente impugnar aquellas pruebas (y, según RIGÓ VALLBONA, alegaciones<sup>40</sup>) que lo vulneren, disponiendo para ello de distintas vías, las cuales se analizarán más adelante.

### A. Documentos públicos y privados

La prueba documental, prueba por excelencia en el proceso civil, está conformada, precisamente, por documentos, bien públicos, regulados en el art. 317 LEC, bien privados, mentados en el art. 324 LEC.

Por lo que respecta a este medio de prueba, se observan dos hipótesis contrapuestas: la aportación al proceso por parte del abogado de documentos entregados por el cliente con la aquiescencia de este último, quien pretende por medio de ellos basar sus pretensiones y obtener un resultado procesal satisfactorio, y la aportación de documentos en contra de la voluntad del cliente, quien prefiere mantener reservada la información que en ellos se contiene y se opone a que el abogado la revele al juez y a la parte contraria<sup>41</sup>.

---

<sup>39</sup> MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J. L., BARONA VILAR, S. y CALDERÓN CUADRADO, M. P., *Derecho jurisdiccional II. Proceso civil*, 27ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 234-235.

<sup>40</sup> RIGÓ VALLBONA, J., *El secreto profesional de abogados...*, cit., pp. 165-167.

<sup>41</sup> ANDINO LÓPEZ, J. A., *El secreto profesional del abogado...*, cit., p. 166.

Así las cosas, parece claro que en la primera el secreto profesional del abogado no se vería transgredido, ya que este se limita a desarrollar, con el conocimiento del cliente, la estrategia procesal que considera más fructuosa, empleando para ello los documentos que previamente le ha suministrado aquel, pero sí en la segunda, dado que al contradecir el abogado las órdenes e instrucciones que el cliente le hace saber está poniendo en solfa su derecho de defensa, su derecho a la intimidad y, por supuesto, la confianza en la relación abogado-cliente.

Ejemplos de ambas son la SAP de Alicante 314/2002, de 19 de junio, en la que se señala que no ha habido vulneración del secreto profesional del abogado por haberle entregado el cliente los documentos con el objeto de que este los utilizara para articular su defensa<sup>42</sup>, y la SAP de Las Palmas 147/2001, de 12 de noviembre, con todo fruto de un proceso penal, que en su fundamento de derecho séptimo determina que el abogado vulneró su deber de secreto profesional al proporcionar al Ministerio Fiscal, en contra de la voluntad de su cliente, documentos que este le había facilitado y que lo incriminaban<sup>43</sup>.

A mayor abundancia, no han de perderse de vista el art. 23 EGAE, el art. 5.3 CDAE y el art. 5.3.1 CDAUE, que abordan las comunicaciones entre abogados y prohíben su revelación para salvaguardar el derecho al secreto profesional que corresponde aquí no al cliente del abogado que divulga la información sino al cliente del abogado contrario. Ello se juzga en la STS de 22 de abril de 1997, que se dicta después de que en un proceso de separación matrimonial el abogado de la parte demandada incorporara a la contestación el convenio regulador redactado por la abogada de la parte actora, con quien se negociaba la separación<sup>44</sup>.

## **B. Dictamen de peritos**

La prueba pericial se contempla en el art. 335 LEC, a cuyo tenor “Cuando sean necesarios conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto o adquirir certeza sobre ellos, las partes podrán aportar al proceso el dictamen de peritos que posean los conocimientos correspondientes o solicitar, en los casos previstos en esta ley, que se emita dictamen por perito designado por el tribunal”.

A decir verdad, la intervención de un abogado en un proceso civil en calidad de perito es extraña, pues como bien explica GÓMEZ COLOMER, el dictamen de peritos es

---

<sup>42</sup> SAP de Alicante (Sección 7ª) núm. 314/2002, de 19 de junio (JUR 2002\202738).

<sup>43</sup> SAP de Las Palmas (Sección 1ª), núm. 147/2001, de 12 de noviembre (ARP 2001\881).

<sup>44</sup> STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) de 22 de abril de 1997 (RJ 1997\3094).

conveniente cuando se requieran, para fijar unos hechos o averiguar su naturaleza, conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos que el juez no posee, pudiendo ser el objeto de la pericia cualquiera de las ciencias o de las artes, salvo el conocimiento del propio Derecho, por presumirse al juez conocedor del mismo. De ahí que excluya de la prueba pericial los informes elaborados por juristas que se presentan ante los tribunales acompañando a escritos de parte<sup>45</sup>.

Sin embargo, esta regla no se extiende, de conformidad con el art. 281.2 LEC, ni a la costumbre, ni al Derecho extranjero (sin perjuicio de lo que el precepto asienta *in fine*), a los que añade MONTERO AROCA el Derecho histórico o no vigente y el Derecho estatutario, porque, a pesar de que el conocimiento de la norma jurídica es una de las obligaciones del juzgador, el principio *iura novit curia* es acotado y la no necesidad de prueba del Derecho se refiere a las normas jurídicas que forman el Derecho escrito, interno y general<sup>46</sup>.

ANDINO LÓPEZ, siguiendo parcialmente este razonamiento, establece que es posible que en un proceso se haya de ilustrar al juez sobre una materia muy concreta en la que un abogado sea especialista o se tenga que recurrir a un abogado que conozca el Derecho extranjero para que emita un informe pericial, no debiendo el perito-abogado realizar la pericia que se le encarga si con ello conculca el secreto profesional<sup>47</sup>.

### **C. Interrogatorio de las partes**

El art. 301.1 LEC estipula que “Cada parte podrá solicitar del tribunal el interrogatorio de las demás sobre hechos y circunstancias de los que tengan noticia y que guarden relación con el objeto del juicio”.

Puesto que nada impide que un abogado adopte el rol de demandante o de demandado en un proceso civil, el precepto transcrito le debería ser enteramente aplicable y, consecuentemente, no habría inconveniente en que fuera llamado a declarar en calidad de parte, con los derechos y obligaciones que ello comporta. No obstante, no ha de olvidarse que el abogado es poseedor de información valiosa de sus clientes que queda protegida por el deber de secreto profesional.

---

<sup>45</sup> GÓMEZ COLOMER, J. L., «Los medios de prueba en concreto (II)», en J. L. Gómez Colomer y S. Barona Vilar (coords.), *Proceso civil. Derecho procesal II*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 269-285, en p. 270.

<sup>46</sup> MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J. L., BARONA VILAR, S. y CALDERÓN CUADRADO, M. P., *Derecho jurisdiccional II...*, cit., p. 223-225.

<sup>47</sup> ANDINO LÓPEZ, J. A., *El secreto profesional del abogado...*, cit., p. 182.

La norma, consciente de esta problemática, adecua la práctica del interrogatorio de la parte a la necesidad de resguardar el secreto profesional y matiza en su art. 307.1 que “Si la parte llamada a declarar se negare a hacerlo, el tribunal la apercibirá en el acto de que, salvo que concurra una obligación legal de guardar secreto, puede considerar reconocidos como ciertos los hechos a que se refieran las preguntas, siempre que el interrogado hubiese intervenido en ellos personalmente y su fijación como ciertos le resultare perjudicial en todo o en parte”.

En vista de la vaguedad del texto legal, la doctrina se decanta por una aplicación analógica del art. 371.1 LEC, que regula el interrogatorio de testigos con deber de guardar secreto, el cual será estudiado a continuación<sup>48</sup>.

Por ahora es suficiente con decir que si el abogado manifiesta razonadamente al órgano judicial su obligación legal de guardar secreto este será quien resolverá lo que proceda en Derecho, pudiendo considerar justificada su alegación y autorizándolo a no declarar o desestimando su pretensión y obligándolo a prestar declaración, en cuyo supuesto si el cliente demandara al abogado este podría ampararse en que la revelación fue lícita por ser el juez quien le ordenó a efectuarla so pena de irrogarle un daño<sup>49</sup>, a lo que se opone FERNÁNDEZ SERRANO, para quien el abogado solo debe ceder ante deberes más fuertes y distintos de la agresión a su patrimonio, que no constituye un mal mayor<sup>50</sup>.

En cualquier caso, que el juez exima al abogado de declarar sobre aquellos hechos que recaigan dentro del secreto profesional no le libra de la obligación de comparecer y de declarar sobre aquellos otros que no se encuentren ligados al mismo, de modo que la exención no se extiende a todo el interrogatorio. Por ello, cuando el abogado manifieste su obligación de guardar secreto, a la parte que propone la prueba se le debería otorgar la oportunidad procesal de exponer cuáles eran las preguntas que tenía intención de formularle, a fin de que el tribunal pueda determinar las preguntas que son apropiadas por ajustarse al secreto profesional<sup>51</sup>.

De lo contrario, si el abogado no realizara manifestación alguna y decidiera declarar sobre hechos que forman parte del espectro del secreto profesional, este se vería

---

<sup>48</sup> TORRES PINTADO, D., «Aspectos subjetivos en el interrogatorio de parte», en X. Abel Lluch y J. Picó y Junoy (dirs.), *Aspectos prácticos de la prueba civil*, José María Bosch Editor, Barcelona, 2006, pp. 279-320, en p. 311.

<sup>49</sup> ANDINO LÓPEZ, J. A., *El secreto profesional del abogado...*, cit., pp. 172-173.

<sup>50</sup> FERNÁNDEZ SERRANO, A., «El secreto profesional», *Revista Internacional del Notariado*, 1952, pp. 117-144, en pp. 128-131.

<sup>51</sup> ANDINO LÓPEZ, J. A., *El secreto profesional del abogado...*, cit., pp. 170-172.

vulnerado por tratarse de una revelación ilícita<sup>52</sup>, a nuestro juicio de la revelación más directa y reprochable junto con la que puede nacer de una declaración testifical.

#### **D. Interrogatorio de testigos**

Con arreglo al art. 360 LEC, “Las partes podrán solicitar que declaren como testigos las personas que tengan noticia de hechos controvertidos relativos a lo que sea objeto del juicio”, luego la prueba testifical es un medio concreto de prueba, en virtud del cual se aporta al proceso, por parte de un tercero, es decir, de una persona ajena al proceso, una declaración sobre hechos presenciados por ella o que ha sabido de referencia, sobre los que viene interrogada<sup>53</sup>.

Al igual que es posible que un abogado sea demandante o demandado en un proceso y, a raíz de ello, obligado a declarar por proponer la contraparte su interrogatorio, puede un abogado ser citado para prestar declaración en un proceso del que no es parte pero el objeto del cual lo constituyen unos hechos que, por haberlos presenciado o conocido con anterioridad el abogado, motivan su intervención.

Los quebraderos de cabeza surgen, de la misma manera que en el interrogatorio de la parte, cuando la declaración del abogado guarda relación con informaciones que el deber de secreto profesional pretende preservar, o sea, cuando el conocimiento de los hechos controvertidos se adquiere no espontáneamente sino con motivo del ejercicio profesional<sup>54</sup>.

De nuevo precavida, aunque más contundente que en el art. 307.1, la LEC marca en su art. 371.1 que “Cuando, por su estado o profesión, el testigo tenga el deber de guardar secreto respecto de hechos por los que se le interroga, lo manifestará razonadamente y el tribunal, considerando el fundamento de la negativa a declarar, resolverá, mediante providencia, lo que proceda en Derecho. Si el testigo quedare liberado de responder, se hará constar así en el acta”, si bien en cuanto al tipo de resolución de la que ha de servirse el tribunal PICÓ I JUNOY indica que a pesar de que el precepto establece que la inadmisión tendrá lugar por providencia tendría que dictarse una resolución debidamente motivada, un auto, al tratarse de la limitación del derecho fundamental a

---

<sup>52</sup> ANDINO LÓPEZ, J. A., *El secreto profesional del abogado...*, cit., p. 173.

<sup>53</sup> GÓMEZ COLOMER, J. L., «Los medios de prueba en concreto (III)», en J. L. Gómez Colomer y S. Barona Vilar (coords.), *Proceso civil. Derecho procesal II*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 287-305, en p. 287.

<sup>54</sup> En RIGÓ VALLBONA, J., *El secreto profesional de abogados...*, cit., p. 180, se distingue entre el testigo profesional, quien debe prestar declaración guardando el secreto profesional por confiarle el cliente los hechos, del profesional testigo, que casualmente observa a su cliente cometer unos hechos y no podrá alegar el secreto profesional.

la prueba y disponer el art. 206 LEC que el auto es el tipo de resolución judicial que debe dictarse para la admisión o inadmisión de una prueba<sup>55</sup>.

Dada la cierta similitud que existe entre la práctica de este medio de prueba y el interrogatorio de las partes, ANDINO LÓPEZ reitera que a la parte proponente de la prueba testifical se le deberá permitir enunciar las preguntas que pretendía formular al testigo con el objetivo de que el juez admita aquellas que en nada afecten al secreto profesional, debiendo en todo caso el abogado comparecer y contestar a las preguntas que no pongan en peligro su obligación de sigilo<sup>56</sup>.

Igualmente, las consecuencias posibles serían similares: a) el abogado pone de manifiesto su deber de secreto y el juez le dispensa de prestar declaración, b) el juez entiende que el secreto profesional no se verá vulnerado con el interrogatorio e insta al abogado a declarar, sin que quepa exigirle responsabilidad al testigo por no constar el requisito de la voluntariedad<sup>57</sup>, o c) el abogado no informa al juez sobre su deber de guardar secreto, declara sobre hechos protegidos por el secreto profesional y lo quebranta<sup>58</sup>.

Por otro lado, conviene resaltar que las situaciones más comunes en las que un abogado pudiera ser llamado a declarar en calidad de testigo son aquellas en las que, al menos en el momento en que se le toma declaración<sup>59</sup>, no es abogado de ninguna de las partes que se ven envueltas en el proceso.

Empero, PICÓ Y JUNOY plantea la posibilidad de que en el curso de un proceso se abran camino el interrogatorio testifical del propio abogado, esto es, la declaración que de sí propone un abogado, y el interrogatorio testifical del abogado de la parte contraria, en el que se propone la declaración del otro letrado<sup>60</sup>, los cuales son, en nuestra opinión, chocantes, difíciles de imaginar y complejos de practicar.

---

<sup>55</sup> PICÓ Y JUNOY, J., «El abogado como sujeto del interrogatorio en el proceso civil», en X. Abel Lluch *et al.*, *Realismo jurídico y experiencia procesal*, Atelier, Barcelona, 2009, pp. 941-948, en p. 943.

<sup>56</sup> ANDINO LÓPEZ, J. A., *El secreto profesional del abogado...*, cit., pp. 176 y 179.

<sup>57</sup> DÍAZ FUENTES, A., *La prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, José María Bosch Editor, Barcelona, 2002, p. 327.

<sup>58</sup> En MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, 7ª edición, Civitas, Madrid, 2012, p. 402, se señala que también cabe que sea el propio tribunal el que rechace la pregunta por considerar que la misma significa desconocer el deber de secreto.

<sup>59</sup> Según el art. 25 EGAE, «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». Asimismo, *vid.* art. 5.8 CDAE y art. 2.3.3 CDAUE.

<sup>60</sup> PICÓ Y JUNOY, J., «El abogado como sujeto...», cit., pp. 944-945.



Cierto es que el abogado, al ser el representante y defensor del demandante o del demandado, no es parte *stricto sensu* en el proceso y, por ende, cumple con el requisito de la ajenidad, mas si se tiene en cuenta que no siempre se trata de una persona ajena por completo al proceso, que su declaración es la de un testigo *suspectus*<sup>61</sup> y que la LEC no prevé quién debe interrogar al abogado llamado a declarar, dada la absurdidad e imposibilidad de que se formule las preguntas él mismo, esta prueba acaba perdiendo su sentido.

Abunda la jurisprudencia en lo relativo a prueba testifical y secreto profesional. Son destacables, v. g., la STS de 5 de marzo de 1981<sup>62</sup>, en la que se determina que la declaración acerca de un documento transaccional de quien fue previamente abogado de la parte recurrente no vulnera el secreto profesional por ser dicho documento público, la STS de 12 de noviembre de 1985<sup>63</sup>, conforme a la cual no está justificada la alegación de la tacha<sup>64</sup> consistente en ser el testigo socio, dependiente o criado de una de las partes ni la de amistad o enemistad íntima cuando presta declaración el abogado de la parte contraria y la STS 337/2011, de 9 de mayo<sup>65</sup>, que estima que la proposición del interrogatorio testifical del letrado contrario por ser este quien conoce las conversaciones, negociaciones y acuerdos de la parte a quien defiende no se superpone a la obligación de guardar secreto que le corresponde.

Finalmente, no está de más traer a colación el segundo párrafo del art. 24.2 CE, por mor del cual “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”. Es un precepto que concierne al orden jurisdiccional penal pero sustancial por ser la referencia expresa que la Carta Magna hace al secreto profesional, hasta el punto de que SOLDADO GUTIÉRREZ, entre otros autores, lo considera por ello un derecho fundamental *per se*<sup>66</sup>.

## **E. Medios de reproducción de la palabra, el sonido o la imagen**

Los arts. 382 y 384 LEC, muestra de una deficiente técnica legislativa, apuntan que “Las partes podrán proponer como medio de prueba la reproducción ante el tribunal de

---

<sup>61</sup> MUÑOZ SABATÉ, LL., *Fundamentos de prueba judicial civil. LEC 1/2000*, José María Bosch Editor, Barcelona, 2001, p. 359.

<sup>62</sup> STS (Sala de lo Civil) de 5 de marzo de 1981 (RJ 1981\899).

<sup>63</sup> STS (Sala de lo Civil) de 12 de noviembre de 1985 (RJ 1985\5578).

<sup>64</sup> En RIGÓ VALLBONA, J., *El secreto profesional de abogados...*, cit., pp. 181-182, se recoge una pretensión de *lege ferenda* para la inclusión de una causa de tacha específica que incluya al profesional obligado al secreto.

<sup>65</sup> STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 337/2011, de 9 de mayo (RJ 2011\3846).

<sup>66</sup> SOLDADO GUTIÉRREZ, J., «El secreto profesional...», cit. p. 1200.

palabras, imágenes y sonidos captados mediante instrumentos de filmación, grabación y otros semejantes [...]” y que “Los instrumentos que permitan archivar, conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, que, por ser relevantes para el proceso, hayan sido admitidos como prueba, serán examinados por el tribunal [...]”.

GÓMEZ COLOMER aclara que “Con la primera prueba, el legislador quiere que tengan cabida en el proceso civil directamente las películas, cintas de vídeo, casetes de grabación; con la segunda, los disquetes flexibles y discos duros de ordenador, los *cd-roms* y *dvd*, el correo electrónico, ficheros informatizados, así como cualquier otro medio técnico de estas características que en el futuro se pueda inventar”<sup>67</sup>.

El régimen aplicable a estos medios de prueba desde la perspectiva del secreto profesional es prácticamente idéntico al de los documentos: si el abogado recibe de su cliente, por ejemplo, un vídeo, un audio, un disco de almacenamiento o un lápiz de memoria, lo cual no debe resultar extraño dada la progresiva digitalización de la sociedad, pero no cuenta con su consentimiento para aportarlos al proceso porque prefiere no sacar a la luz los datos que contienen, habrá de procurar que estén apartados de la vista y el oído de los demás, pues de lo contrario quebrantaría el deber de secreto que su cliente le ha venido a imponer.

Cosa distinta (y más grave) sería que el abogado presentara en juicio una grabación que él mismo ha captado mientras charlaba con su cliente o mensajes de correo electrónico extraídos de conservaciones mantenidas con aquel, los cuales, pese a no conculcar, de acuerdo con el fundamento de derecho quinto de la STS 208/2006, de 20 de febrero<sup>68</sup>, el derecho al secreto de las comunicaciones del art. 18.3 CE, sí infringen el secreto profesional.

## **F. Especial mención al reconocimiento judicial**

Conforme al art. 353.1 LEC, “El reconocimiento judicial se acordará cuando para el esclarecimiento y apreciación de los hechos sea necesario o conveniente que el tribunal examine por sí mismo algún lugar, objeto o persona”, por lo que nada obsta que un despacho de abogados pueda acabar siendo objeto de este medio de prueba, incluso forzosamente, ya que el art. 354.1 LEC prescribe que “El tribunal podrá acordar cualesquiera medidas que sean necesarias para lograr la efectividad del reconocimiento, incluida la de ordenar la entrada en el lugar que deba reconocerse [...]”.

---

<sup>67</sup> GÓMEZ COLOMER, J. L., «Los medios de prueba en concreto (III)», cit., p. 297.

<sup>68</sup> STS (Sala de lo Penal) núm. 208/2006, de 20 de febrero (RJ 2006\2151).

Ello no significa, en cambio, que sobre los documentos e instrumentos que se encuentren en el despacho del abogado pueda recaer el reconocimiento judicial, puesto que este se limita a los bienes muebles e inmuebles en general, quedando excluidos aquellos objetos que por su naturaleza o por la finalidad de su examen constituyan fuentes de prueba documental<sup>69</sup>, medios de reproducción del sonido o la imagen o instrumentos de archivo, lo que ayuda a preservar en gran medida el secreto profesional del abogado, visto que el despacho es el lugar en el que se guardan las informaciones que el cliente proporciona, el santuario de la abogacía<sup>70</sup>.

La particularidad de la ligazón entre este medio de prueba y el secreto profesional reside en el hecho de que trasciende a la relación abogado-cliente. Ya no es el abogado quien vulnera el secreto profesional por revelar datos que su cliente le había confiado, sino que, en todo caso, es el juez quien de excederse en la práctica del reconocimiento judicial quebrantaría, en primer lugar, el derecho del abogado al secreto profesional, y, en segunda instancia, el derecho del cliente, y ello por neutralizar la reserva que caracteriza a esos datos, por un lado necesaria para el correcto ejercicio de la profesión del abogado y, por otro, clave para el derecho a la intimidad y el derecho de defensa del cliente.

Más allá va el art. 261 LEC, que alude a las diligencias preliminares y ha sido duramente criticado por la falta de proporcionalidad que lo define<sup>71</sup>, según el cual “Si la persona citada y requerida no atendiese el requerimiento ni formulare oposición, el tribunal acordará, cuando resulte proporcionado, las siguientes medidas, por medio de un auto, en el que expresará las razones que las exigen: [...] 2.ª Si se hubiese solicitado la exhibición de títulos y documentos y el tribunal apreciare que existen indicios suficientes de que pueden hallarse en un lugar determinado, ordenará la entrada y registro de dicho lugar, procediéndose, si se encontraren, a ocupar los documentos y a ponerlos a disposición del solicitante, en la sede del tribunal”.

Sin embargo, que una diligencia preliminar no sea un acto procesal probatorio, sin perjuicio del posible uso que se haga *a posteriori* del documento requisado por ser una

---

<sup>69</sup> *A sensu contrario* en MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J. L., BARONA VILAR, S. y CALDERÓN CUADRADO, M. P., *Derecho jurisdiccional II...*, cit., p. 282-283.

<sup>70</sup> Para que la protección sea efectiva ha de extenderse a los medios técnicos de constancia del reconocimiento judicial descritos en el art. 359 LEC, que manda que “Se utilizarán medios de grabación de imagen y sonido u otros instrumentos semejantes para dejar constancia de lo que sea objeto de reconocimiento judicial [...]”.

<sup>71</sup> ANDINO LÓPEZ, J. A., *El secreto profesional del abogado...*, cit., p. 168.

potencial fuente de prueba, no supone que pueda desconocerse el secreto profesional en las medidas adoptadas frente a la negativa del requerido a llevarla a cabo.

Consiguientemente, el art. 24 EGAE, aunque enfocado en el terreno penal<sup>72</sup>, se ocupa de prever una serie de cautelas para la entrada y registro de despachos profesionales al fijar, sin demasiado acierto, que los Decanos de los Colegios, quienes estatutariamente les sustituyan o quienes fueren designados para tal fin por el Decano asistirán, a petición del interesado, a la práctica de los registros en el despacho profesional de un profesional de la abogacía y a cuantas diligencias de revisión de los documentos, soportes informáticos o archivos intervenidos en aquel se practiquen, velando por la salvaguarda del secreto profesional y, especialmente, por que el registro así como el resto de las actuaciones, a las que también deberán asistir, se limiten a la investigación del ilícito por razón del cual fueron acordados.

### **III. CONSECUENCIAS PROCESALES DE LA VULNERACIÓN DEL SECRETO PROFESIONAL DEL ABOGADO**

#### **A. Prueba ilícita**

##### **1. Definición, origen y justificación**

La noción de prueba ilícita se vino a introducir en el Derecho español a través del art. 11.1 LOPJ, que reza que “En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”. Del precepto se extrae, por tanto, que cuando se vulnere algún derecho fundamental en la obtención de una fuente de prueba y esta se pretenda aportar o introducir en el proceso se estará ante una prueba ilícita y deberá ser excluida del mismo.

Al fin y al cabo, la norma trata de impedir que se dé cabida en el proceso a aquellas pruebas que impliquen una violación de las reglas más básicas y elementales de una sociedad democrática, lo cual adquiere un mayor sentido si se tiene en cuenta, como afirma MONTERO AROCA, que “La prueba tiene que suponer un intento decidido de verificar, de la manera más próxima posible a la realidad, las afirmaciones de hecho que realizan las partes. Esto es algo obvio y no se discute. Ahora bien, ese intento tiene que efectuarse dentro del proceso y con sujeción a los principios del mismo [...], bien entendido que este método es el más adecuado para verificar la realidad de las afirmaciones de hecho cuando se trata de derechos subjetivos disponibles [...]. Lo

---

<sup>72</sup> De su texto se desprende que la entrada y registro en el despacho de un abogado se acuerda para la investigación de un ilícito.

anterior debe entenderse en el sentido de que la búsqueda de la verdad a cualquier precio no es la finalidad última de la prueba civil<sup>73</sup>.

De modo similar lo explica MADRID BOQUÍN, para quien la exclusión de la prueba ilícita responde al principio de licitud, acarrea un límite al derecho a la prueba y tiene como principal propósito la protección de los derechos humanos fundamentales, dado que un Estado de Derecho no puede permitir que sus funcionarios y ciudadanos lesionen los derechos de otras personas para procurar un beneficio procesal mediante la utilización de medios de prueba de procedencia ilícita, ya que en ningún caso, el fin justifica los medios<sup>74</sup>.

El nacimiento de esta expresión y la inquietud por su impacto se remonta al caso *Weeks v. United States*, despachado por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el año 1914, que dio lugar a la famosa *exclusionary rule* y, con ella, al *deterrent effect* o efecto disuasorio, que pretendía evitar los excesos en que incurrían algunos agentes de policía durante sus intervenciones con el fin de recolectar pruebas que sirvieran para incriminar con posterioridad al sujeto que estaba siendo investigado. La propia Corte depuso en otra de sus resoluciones que la finalidad de la regla de exclusión “es disuadir —imponer respeto hacia la garantía constitucional de la única manera efectiva posible— al eliminar el incentivo para despreciarla”<sup>75</sup>.

Sin perjuicio de ello, ya con anterioridad, a principios del siglo XX, brotaron en Alemania las teorías sobre las prohibiciones probatorias<sup>76</sup> de la mano del jurista Ernst Ludwig von Beling, las cuales han sido desarrolladas especialmente respecto del proceso penal, aunque lo cierto es que no debería distinguirse entre las diversas clases de procesos a la hora de establecer las normas generales<sup>77</sup>.

Acudiendo a unas y a otras, así como al resto de países que conforman el Derecho comparado, la STC 114/1984, de 29 de noviembre<sup>78</sup>, introdujo la prueba ilícita en el

---

<sup>73</sup> MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J. L., BARONA VILAR, S. y CALDERÓN CUADRADO, M. P., *Derecho jurisdiccional II...*, cit., pp. 216-217.

<sup>74</sup> MADRID BOQUÍN, C. M., *La prueba ilícita en el proceso civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 40.

<sup>75</sup> El fragmento forma parte de la decisión del caso *Elkins v. United States* y se encuentra traducido en MADRID BOQUÍN, C. M., *La prueba ilícita...*, cit. p. 191.

<sup>76</sup> La prueba ilícita y la prueba prohibida, que deriva de las prohibiciones probatorias, son términos sinónimos en la doctrina y en la jurisprudencia, mas la SAP de Las Palmas (Sección 1ª) núm. 147/2001, de 12 de noviembre (ARP 2001\881) indica en su fundamento de derecho octavo, haciendo alusión a Gimeno Sendra, que “Prueba ilícita es la que infringe cualquier Ley, mientras que prueba prohibida es la que se obtiene con violación de algún derecho fundamental”.

<sup>77</sup> MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J. L., BARONA VILAR, S. y CALDERÓN CUADRADO, M. P., *Derecho jurisdiccional II...*, cit., p. 234.

<sup>78</sup> STC 114/1984, de 29 de noviembre (RTC 1984\114).

Derecho interno, sentando, a falta de norma en la que apoyarse, las bases para saber cuándo debía apartarse de un proceso la prueba que vulnera derechos fundamentales, si bien el garantismo se vino a consolidar con la LOPJ, que tuvo en mente el efecto reflejo de la prueba prohibida, la teoría de los frutos del árbol envenenado, en virtud de la cual se extiende la ilicitud a aquellas pruebas que se derivan de la prueba ilícita originaria<sup>79</sup>, pese a que nuevas teorías procedentes de la jurisprudencia norteamericana (*ad exemplum*, la teoría de la buena fe o la teoría de los descubrimientos inevitables), de las que disidimos, han venido a limitarla<sup>80</sup>.

En cuanto al secreto profesional, es necesario decir que la amplia mayoría de los estudiosos estima que toda prueba que transgreda el secreto profesional del abogado debe ser considerada ilícita por llevar implícita una vulneración de derechos fundamentales.

ANDINO LÓPEZ<sup>81</sup> expresa en su obra que “la jurisprudencia y la doctrina científica vinculan estrechamente el secreto profesional con los artículos 18 y 24 CE. Por ello la prueba que vulnere el secreto profesional del abogado implica su ilicitud”. Asimismo, SOLDADO GUTIÉRREZ<sup>82</sup> señala que las pruebas obtenidas con violación del secreto profesional del abogado han de considerarse ilícitas porque ello implica violación de derechos fundamentales del cliente, es decir, el derecho al secreto profesional y, anejos a este, el derecho a la intimidad y el derecho de defensa. Por su parte, MEDINA CEPERO<sup>83</sup> puntualiza que “serían ilícitas unas pruebas obtenidas violando derechos amparados por el secreto profesional (grabaciones de unas conversaciones entre un abogado y su cliente)”.

A la postre, cabe reseñar la divergencia que germina entre CORTÉS BECHIARELLI y DE URBANO CASTILLO cuando se trata de valorar la declaración testifical que presta un abogado fracturando el secreto profesional: para el primero, cuando el abogado declara “respecto a hechos o noticias que le ha transmitido su cliente en el curso de la relación profesional, debe reputarse prueba obtenida con violación de derechos fundamentales o libertades públicas, y, en consecuencia, no surtirá efecto de especie alguna, ni las que

---

<sup>79</sup> PLANCHADELL GARGALLO, A., «El largo y tortuoso camino de la prueba prohibida en nuestra jurisprudencia», en J. M. Asencio Mellado (dir.), *Derecho probatorio y otros estudios procesales*, Castillo de Luna Ediciones Jurídicas, Madrid, 2020, pp. 1645-1664, en p. 1649.

<sup>80</sup> BARONA VILAR, S., «La prueba», en J. L. Gómez Colomer y S. Barona Vilar (coords.), *Proceso penal. Derecho procesal III*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 427-447, en pp. 446-447.

<sup>81</sup> ANDINO LÓPEZ, J. A., *El secreto profesional del abogado...*, cit., p. 244.

<sup>82</sup> SOLDADO GUTIÉRREZ, J., «El secreto profesional...», cit., p. 1200.

<sup>83</sup> MEDINA CEPERO, J. R., «La ilicitud de la prueba en el proceso civil», *Repertorio de Jurisprudencia*, núm. 7, 2002, pp. 187-205, en p. 191.

sean consecuencia derivada de la misma”<sup>84</sup>, mientras que, para el segundo, la declaración del abogado que vulnera el secreto profesional podría ser considerada prueba ilícita pero debe valorarse en cada caso concreto la estricta necesidad de limitar el derecho fundamental, ponderando el sacrificio de su limitación en aras de otro derecho o interés relevante<sup>85</sup>.

El secreto profesional, a decir verdad, no es un derecho fundamental, pues no se recoge en la Carta Magna, que si bien lo menciona en el segundo párrafo de su art. 24.2, no parece elevarlo a tal categoría, lo que, *a priori*, podría hacer decaer la tesis consistente en que aquellas pruebas que vulneren el secreto profesional son ilícitas, visto que prueba ilícita es solamente aquella que porte consigo la vulneración de un derecho fundamental

Sin embargo, atendiendo a todo lo expuesto y, a mayor abundamiento, a la opinión de CERVILLA GARZÓN, que apunta que “el secreto profesional no es un derecho fundamental en sí mismo. Ahora bien, su existencia sirve para garantizar derechos fundamentales”<sup>86</sup>, al criterio de ANDINO LÓPEZ, que subraya que la jurisprudencia no establece el secreto profesional como un derecho fundamental autónomo mas su vulneración comporta la quiebra de los arts. 18 y 24 CE<sup>87</sup>, y a que dos de los fundamentos del secreto profesional delineados son derechos fundamentales, el derecho a la intimidad y el derecho de defensa, resulta casi imposible despegarse de la opinión prácticamente unánime de la doctrina y concluir que las pruebas que provoquen la ruptura del secreto profesional han de considerarse en todo caso pruebas ilícitas.

Han de remarcarse, empero, dos singularidades que residen en la ilicitud de una prueba por vulneración del secreto profesional y que la distinguen de los supuestos más habituales en que aparece una prueba prohibida.

La primera de ellas viene dada por la redacción del art. 11.1 LOPJ y del apartado 1 del art. 287 LEC, precepto este último que regula lo que se conoce doctrinalmente como incidente de ilicitud probatoria, trámite que ha de seguirse cuando alguna de las partes del proceso alega la vulneración de un derecho fundamental a causa una prueba admitida.

---

<sup>84</sup> CORTÉS BECHIARELLI, E., *El secreto profesional del abogado y del procurador y su proyección penal*, Marcial Pons, Barcelona, 1998, p. 130.

<sup>85</sup> DE URBANO CASTILLO, E., «La testifical del abogado como prueba ilícita», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 521, 2002, pp. 2-5, visto en ANDINO LÓPEZ, J. A., *El secreto profesional del abogado...*, cit., p. 374.

<sup>86</sup> CERVILLA GARZÓN, M. D., *La prestación...*, cit., p. 331.

<sup>87</sup> ANDINO LÓPEZ, J. A., *El secreto profesional del abogado...*, cit., p. 121.

Disponen, respectivamente, que “No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales” y que “Cuando alguna de las partes entendiera que en la obtención u origen de alguna prueba admitida se han vulnerado derechos fundamentales [...]”, por lo que, según se infiere, la vulneración de los derechos fundamentales ha de producirse durante la obtención de la prueba y no en la incorporación de las fuentes de prueba al proceso, lo que ratificó, después de una interpretación hondamente rígida, la STC 64/1986, de 21 de mayo, en su fundamento jurídico segundo<sup>88</sup>.

Ello provocaría que el secreto profesional quedara excluido de la aplicación de la regla de exclusión de las pruebas ilícitas, puesto que el abogado recibe legítimamente de su cliente la información, los documentos o los instrumentos que aporta posteriormente al proceso en contra de los intereses de aquel, o sea, sin que en su obtención se vulnere derecho fundamental alguno, por entregarlos el cliente de manera consciente y voluntaria. Por consiguiente, cuando realmente se produce una vulneración de derechos fundamentales es cuando dicha información, dichos documentos o dichos instrumentos se adhieren al proceso.

De ahí la consecuencia de que GÁLVEZ MUÑOZ<sup>89</sup> entienda que “la limitación defendida por el Tribunal Constitucional puede llevar a consecuencias absurdas, pues puede suceder perfectamente que la violación de un mismo derecho fundamental tenga un régimen jurídico u otro según el momento en que se produzca la violación” y MIRANDA ESTRAMPES<sup>90</sup> defienda que “el artículo 11.1 LOPJ tendrá aplicación no sólo cuando la infracción de derechos fundamentales se produzca durante la actividad de búsqueda y recogida de fuentes de prueba sino, también, durante la incorporación al proceso de la fuentes de prueba y durante la práctica en él de los medios de prueba debidamente propuestos y admitidos [...]”.

La segunda de las particularidades la constituye el hecho de que, a diferencia de lo que ocurre en la mayoría de los procesos en que se deja entrever una prueba ilícita, que se caracterizan porque una de las partes intenta probar un determinado extremo del debate con una prueba que vulnera derechos fundamentales de la otra, pretendiendo conseguir así un beneficio procesal, la prueba ilícita ligada al secreto profesional se ciñe a una única parte del proceso, debido a que es el abogado y no un tercero quien vulnera

---

<sup>88</sup> STC (Sala Primera) núm. 64/1986, de 21 de mayo (RTC 1986\54).

<sup>89</sup> GÁLVEZ MUÑOZ, L., *La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales*, Aranzadi, Cizur Menor, 2003, pp. 100-101.

<sup>90</sup> MIRANDA ESTRAMPES, M., *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, 2ª edición, José María Bosch Editor, Barcelona, 2004, p. 71.



derechos fundamentales de su cliente. Se pierde, por lo tanto, el clásico esquema “parte contra parte” para entrar en una nueva órbita “profesional contra cliente”.

Esa sería la situación normal, la situación que se daría si se pone en el punto de mira la relación abogado-cliente, pero nada impide, de acuerdo con lo que se ha ido desarrollando a lo largo del presente trabajo, que sea un tercero quien ignore el secreto profesional del abogado, lo quebrante y aporte al proceso una prueba ilícita. Podría ser que un letrado incorporara al proceso la correspondencia mantenida con otro, en contra de lo que contempla el art. 23 EGAE, o que el juez, durante la práctica de la prueba de reconocimiento judicial o durante la ejecución de una entrada y registro en un despacho profesional con motivo de la negativa del abogado titular del mismo a llevar a cabo una diligencia previa, no adopte las cautelas necesarias para salvaguardar el secreto.

Tampoco hay que perder de vista que el secreto profesional del abogado, por cobijar toda información o noticia que aquel conozca en el ejercicio de la profesión, puede afectar a terceros, hasta el punto de que si la vulneración del secreto profesional comporta la violación de sus derechos fundamentales la prueba que emane será igualmente ilícita. Piénsese, por ejemplo, en el abogado que vierte en un proceso las confidencias de un tercero después de que un cliente suyo se las contara.

## **2. Momentos en que puede ponerse de manifiesto**

A grandes rasgos, son tres las ocasiones en que la parte perjudicada por la aportación al proceso de la prueba ilícita, es decir, el cliente, tiene la oportunidad de alegar que ha habido una vulneración de derechos fundamentales desencadenada por la ruptura del secreto profesional por parte de su abogado<sup>91</sup>. Se trata de la fase de admisión de los medios de prueba, del ínterin entre la admisión y la práctica de la prueba y del tiempo que va desde la práctica de la prueba hasta que queda resuelto el pleito.

En el mismo sentido se inclina ANDINO LÓPEZ, quien clarifica que “Atendiendo a los artículos 283.3 y 287 LEC, así como a los preceptos que regulan la valoración judicial de la prueba, en línea de principio, entendemos que existen hasta tres momentos procesales en los que el juez puede apreciar la ilicitud de una prueba, a saber: en la fase de admisión de la prueba propuesta por las partes en el acto de la audiencia previa (para el procedimiento ordinario), o bien en el acto de la vista (para el juicio verbal); con posterioridad a la admisión de la prueba, mediante el incidente previsto en el artículo

---

<sup>91</sup> No hay inconveniente en que las reglas que se van a enunciar sean válidas en aquellos supuestos en que los sujetos que intervienen son distintos, v. g. cuando el afectado es cliente del profesional pero la vulneración del secreto proviene de un tercero o si el abogado lesiona derechos fundamentales de una persona distinta a su representado.

287 LEC; o finalmente, en el momento de dictar sentencia, cuando el juez valora la prueba”<sup>92</sup>.

La admisión de la prueba, que viene precedida, de acuerdo con el segundo párrafo del art. 429.1 LEC, por la proposición de los medios concretos de prueba, es un acto del tribunal que se realiza en la audiencia previa al juicio y en la vista de los juicios verbales por el que el juez, previo examen de los requisitos necesarios, determina los medios de prueba que, de entre los propuestos por las partes, deben practicarse en el proceso<sup>93</sup>.

Dichos requisitos se materializan en las proscripciones del art. 283 LEC, a tenor del cual “No deberá admitirse ninguna prueba que, por no guardar relación con lo que sea objeto del proceso, haya de considerarse impertinente”, “Tampoco deben admitirse, por inútiles, aquellas pruebas que, según reglas y criterios razonables y seguros, en ningún caso puedan contribuir a esclarecer los hechos controvertidos” y, lo más importante, “Nunca se admitirá como prueba cualquier actividad prohibida por la ley”, lo que engloba, desde luego, a la prueba ilícita.

Así pues, en el trámite de admisión, el juez, de oficio, deberá repeler aquellas pruebas que evidencien una vulneración de derechos fundamentales, aunque la complejidad de hacerlo sin datos en los que sostener la inadmisión lleva, comúnmente, a la necesidad de acudir a la siguiente de las soluciones, dado que, de conformidad con el artículo 285.2, “Contra la resolución que admita o inadmita cada una de las pruebas sólo cabrá recurso de reposición, que se sustanciará y resolverá en el acto, u, si se desestimare, la parte podrá formular protesta al efecto de hacer valer sus derechos en la segunda instancia”, opciones que no permiten demostrar la ilicitud.

En esta problemática se basa PICÓ Y JUNOY para sentar que el juez está obligado a admitir la prueba ilícita y tramitar el incidente del art. 287 LEC para decidir si la prueba es ilícita, porque el régimen de recursos contra la inadmisión de la prueba impide la práctica de pruebas para acreditar la ilicitud y porque carece de sentido prever un doble mecanismo de protección judicial frente a una prueba ilícita en función del momento en que esta sea apreciada por el juez<sup>94</sup>, si bien ASENCIO MELLADO acepta la posibilidad de inadmitir una prueba ilícita ex art. 283.3 LEC<sup>95</sup> y ANDINO LÓPEZ lo justifica aludiendo al

---

<sup>92</sup> ANDINO LÓPEZ, J. A., *El secreto profesional del abogado...*, cit., p. 231.

<sup>93</sup> MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J. L., BARONA VILAR, S. y CALDERÓN CUADRADO, M. P., *Derecho jurisdiccional II...*, cit., p. 242.

<sup>94</sup> PICÓ Y JUNOY, J., «La prueba ilícita y su control judicial en el proceso civil», en V. Gimeno Sendra, *El Tribunal supremo, su doctrina legal y el recurso de casación*, Iustel, Madrid, 2007, pp. 867-899, en p. 877.

<sup>95</sup> ASENCIO MELLADO, J. M., *Derecho procesal civil*, 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 117-118.

derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y en que la existencia de dos oportunidades procesales para alegar la ilicitud de una prueba optimiza el derecho de defensa de las partes y garantiza el derecho a la tutela judicial efectiva<sup>96</sup>.

Son ejemplos de expulsión de una prueba ilícita durante la fase de admisión de la prueba 1) la negativa del cliente en la audiencia previa a que determinados documentos que su abogado acompañó a la demanda o a la contestación sin contar con su consentimiento tengan en el proceso carácter de prueba y consten por ello en el escrito de proposición de los medios de prueba y 2) en relación con la prueba testifical en que el sujeto del interrogatorio es el abogado, que muy probablemente se practicará en un proceso distinto a aquel en el que el cliente es parte, bien por ser simultáneo a este, bien por haber dejado el profesional de prestarle sus servicios, la parte que no propone el interrogatorio, que es a quien desfavorece la prueba, podrá intentar impugnar su ilicitud cuando la contraparte la proponga por la vía del art. 283.3 LEC<sup>97</sup>, argumentando que la declaración del abogado será ilícita por versar sobre hechos relacionados con el ejercicio de su profesión, aunque lo cierto es que poco recorrido debe esperarse de dicha impugnación, ya que a la parte que propone la prueba se le debería permitir señalar las preguntas que deseaba formularle al testigo a efectos de determinar aquellas cuya contestación vulneraría el secreto profesional.

Admitida la prueba, es preciso traer a colación el art. 287 LEC, que marca que “Cuando alguna de las partes entendiera que en la obtención u origen de alguna prueba admitida se han vulnerado derechos fundamentales habrá de alegarlo de inmediato, con traslado, en su caso, a las demás partes” y que “Sobre esta cuestión, que también podrá ser suscitada de oficio por el tribunal, se resolverá en el acto del juicio o, si se tratase de juicios verbales, al comienzo de la vista, antes de que dé comienzo la práctica de la prueba. A tal efecto, se oirá a las partes y, en su caso, se practicarán las pruebas pertinentes y útiles que se propongan en el acto sobre el concreto extremo de la referida ilicitud”.

Este es el momento idóneo para poner de manifiesto que una prueba que se pretende aportar al proceso vulnera derechos fundamentales, sencillamente porque el incidente de ilicitud probatoria permite a las partes debatir acerca de la cuestión, a diferencia de lo que ocurre en la primera fase.

---

<sup>96</sup> ANDINO LÓPEZ, J. A., *El secreto profesional del abogado...*, cit., pp. 235-237.

<sup>97</sup> Se avala en GÁLVEZ MUÑOZ, L., *La ineficacia de la prueba...*, cit., pp. 216-217, porque la mera existencia de una prueba ilícita afecta a su derecho a un proceso con todas las garantías y al de igualdad de armas.

Imaginemos 1) que un abogado propone como medio de prueba, sin ser esta la voluntad de su cliente, unas grabaciones que le entregó, las cuales acaban siendo admitidas por no estar el cliente presente para rebatir su proposición, debiendo este comunicar al juez tan pronto como sea conocedor de ello la ilicitud de la prueba por vulneración de su derecho a la intimidad y de su derecho de defensa, y 2) siguiendo con el interrogatorio de testigos en el que es llamado a declarar el abogado, ha de resaltarse que el incidente del art. 287 LEC (sin perjuicio de que ya se haya intentado apartar la prueba del proceso solicitando la aplicación del art. 283.3 LEC) pueden determinarse las preguntas que cabe formular y apartarse aquellas que no, esto es, puede modularse la práctica de la prueba testifical para que sea acorde con el secreto profesional.

Con la práctica de la prueba efectuada, las únicas posibilidades que restan en caso de haberse introducido al proceso una prueba ilícita son dos, se hayan empleado o no los anteriores filtros: que el juez no valore la prueba practicada que vulnere derechos fundamentales cuando dicta la sentencia<sup>98</sup> o que no tenga en cuenta la ruptura del secreto profesional, pudiendo la parte perjudicada, con arreglo al art. 287 LEC *in fine*, recurrir en apelación la sentencia y reproducir en la segunda instancia la impugnación.

En el interrogatorio de las partes la ilicitud de la prueba sobreviene cuando se practica, dado que es en la contestación a las preguntas cuando el abogado puede llegar a revelar hechos confiados por sus clientes, de forma que si el abogado vulnera el secreto profesional en su declaración será el juez quien lo deberá tener presente al valorar la prueba y dictar la sentencia, sin llevar a cabo más trámites. En cambio, PICÓ Y JUNOY<sup>99</sup> y ANDINO LÓPEZ<sup>100</sup> acogen una interrupción de la vista conforme al art. 193 LEC y la apertura del incidente del art. 287 LEC y MONTERO AROCA da el visto bueno a que el juez, para evitar la indefensión de la parte que propone la prueba, inste la nulidad de actuaciones del art. 227.2 LEC y autorice a las partes a discutir sobre la ilicitud<sup>101</sup>.

### **3. Efectos de su apreciación**

Según el art. 11.1 LOPJ, “No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”, lo que significa que las pruebas ilícitas serán ineficaces.

---

<sup>98</sup> No hay norma que expresamente lo indique, pero en SEOANE SPIELBERG, J. L., *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000. Disposiciones generales y presunciones*, 2ª edición, Aranzadi, Cizur Menor, 2007, p. 299, se aplica analógicamente el segundo párrafo del art. 287.1 LEC.

<sup>99</sup> PICÓ Y JUNOY, J., «La prueba ilícita...», cit., p. 894.

<sup>100</sup> ANDINO LÓPEZ, J. A., *El secreto profesional del abogado...*, cit., pp. 237-238.

<sup>101</sup> MONTERO AROCA, J., *La prueba en...*, cit., p. 200.

Consiguientemente, cuando las fuentes de prueba impliquen una vulneración de derechos fundamentales, ya sea durante su obtención, durante su aportación o durante su práctica, bien entendido que es en las últimas dos cuando el secreto profesional del abogado puede quebrantarse, la consecuencia obligada es su inadmisión, ya que existe una prohibición positiva que las hace inadmisibles, bien de modo absoluto, bien de modo relativo, si se han incumplido las garantías constitucionales para su obtención, refiriéndose dicha inadmisibilidad, en virtud del efecto reflejo de las pruebas prohibidas, tanto a las fuentes de prueba que directamente vulneren un derecho fundamental (*ad exemplum*, un documento que el cliente prefiere mantener reservado) como a las que lo hagan indirectamente (una prueba testifical que emana de lo anterior), pues la ilicitud se extiende a todo lo que se deriva del acto que ha vulnerado el derecho<sup>102</sup>.

MADRID BOQUÍN profundiza acerca de este aspecto de una manera muy esclarecedora e incorporando ciertas referencias a lo expuesto en el subapartado precedente. En palabras suyas, “la ineficacia procesal, considerada de forma general, consiste en la no producción de efectos jurídicos. Así, si la finalidad de un medio de prueba es demostrar un hecho controvertido para lograr la convicción del juez, la prueba ilícita sobre la que recaiga la sanción de ineficacia no deberá admitirse ni practicarse en juicio, no integrará el acervo probatorio y, sobre todo, no podrá ser valorada por el tribunal”<sup>103</sup>.

Por último, puede ser provechoso abordar sucintamente la STSJ de Madrid 1130/2000, de 29 de diciembre, que, si bien no trata de forma directa la ilicitud probatoria en un proceso civil con motivo de la vulneración del secreto profesional, por ser la jurisprudencia escasa en lo que a esto respecta, encuentra en ello cierto parangón.

Al parecer, el cliente amenazó a la letrada que le asistió en un proceso de separación exigiéndole la devolución de las aportaciones realizadas así como una rebaja de los honorarios. La abogada denunció al cliente y, en el proceso penal que se incoó, aportó como prueba documental una carta de aquel en la que, además de oponerse a la minuta, constaban datos personales, lo que demuestra su ilicitud y, por tanto, su ineficacia. Para más inri, la letrada pretendió hacer valer en el juicio la declaración testifical de tres amigos que, por encargo de la profesional, acudieron a la cafetería en que aquella se reunió con su cliente con el objeto de escuchar disimuladamente la conversación, prueba que también sería ilícita y además, en un proceso civil, entrañaría mala fe

---

<sup>102</sup> MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J. L., BARONA VILAR, S. y CALDERÓN CUADRADO, M. P., *Derecho jurisdiccional II...*, cit., p. 236.

<sup>103</sup> MADRID BOQUÍN, C. M., *La prueba ilícita...*, cit., pp. 172-173.

procesal por mor de los dictados del art. 247 LEC, visto el desinterés que exhibe la abogada en cuanto a la ética y la dignidad que caracterizan la profesión<sup>104</sup>.

## **B. Ilegalidad de la prueba**

Se ha explicado hasta ahora que aquellas pruebas que impliquen una vulneración del secreto profesional del abogado deben reputarse pruebas ilícitas o prohibidas por lesionar, al menos, dos derechos fundamentales del cliente, su derecho a la intimidad y su derecho de defensa, mas habría que preguntarse si cabe la posibilidad de que una prueba que implique el quebrantamiento del secreto profesional sea considerada, en algún supuesto, no prueba ilícita sino una mera prueba ilegal.

El primer problema que surge para admitir dicha idea es que, si se entiende que el secreto profesional se refiere a hechos e informaciones del cliente que son secretos, lo que respalda gran parte de la doctrina, que acoge una concepción restrictiva del secreto profesional, expuesta a lo largo de estas páginas, ello acarrea necesariamente una vulneración de derechos fundamentales.

No obstante, aun aceptándose la concepción absolutista, que estima que el secreto profesional acapara todo hecho, noticia, dato, información y documento que llegue al conocimiento del abogado en el ejercicio profesional, sean secretos o no, y es defendida en el fundamento jurídico sexto de la STS de 16 de diciembre de 2003, que sienta que “No comparte la Sala en su integridad el criterio de la de instancia que parece dar a entender que por el simple hecho de la revelación previa de declaraciones y confidencias en medios de comunicación, los abogados se encuentran ya relevados del secreto profesional [...]”<sup>105</sup>, ha de lidiarse con otra traba.

El art. 283.3 LEC fija que “Nunca se admitirá como prueba cualquier actividad prohibida por la ley”, pudiéndose extraer de su lectura, en la línea de GARCIMARTÍN MONTERO, que son inadmisibles las pruebas que sean contrarias a cualquier norma con rango de ley, es decir, aquellas que infrinjan una norma legal imperativa de carácter negativo y contravengan, por ende, el principio de legalidad ordinaria<sup>106</sup>.

Sin embargo, el grueso de los expertos aduce que el precepto se limita a propugnar el principio de legalidad procesal, o sea, a la infracción de las normas legales atinentes a

---

<sup>104</sup> STSJ de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8ª) núm. 1130/2000, de 29 de diciembre (JUR 2001\113287).

<sup>105</sup> STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) de 16 de diciembre de 2003 (RJ 2005\3604).

<sup>106</sup> GARCIMARTÍN MONTERO, R., «Comentario al artículo 282», en F. Cerdón Moreno (coord.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo I, 2ª edición, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pp. 1318-1320, visto en ANDINO LÓPEZ, J. A., *El secreto profesional del abogado...*, cit., p. 198.

la práctica de los medios de prueba<sup>107</sup>. En particular, PÉREZ CEBADERA<sup>108</sup> apunta que “Si en la obtención de una fuente o medio de prueba se ha vulnerado un derecho no fundamental la ley no impide que se pueda incorporar al proceso<sup>109</sup> [...]. Otra cuestión distinta será cuando se vulnere alguna norma procesal relativa al procedimiento probatorio en la obtención o práctica del medio probatorio (prueba irregular), en este caso, su admisibilidad podrá cuestionarse invocando el art. 285 LEC [...]”.

En suma, parece acertado inferir que las pruebas que nacen de una vulneración del secreto profesional no son estrictamente pruebas ilegales, en primer lugar por ser siempre ilícitas, visto que llevan aparejada una violación de derechos fundamentales, y, para colmo, por afectar al fondo y no a la forma del procedimiento probatorio, por menoscabar el principio de legalidad ordinaria y no el principio de legalidad procesal, lo que impide sustraerlas del proceso.

#### **IV. BREVE REFERENCIA A LAS CONSECUENCIAS EXTRAPROCESALES DE LA VULNERACIÓN DEL SECRETO PROFESIONAL DEL ABOGADO**

##### **A. Responsabilidad penal**

Los efectos que en el ámbito penal puede conllevar para el abogado la ruptura del deber de secreto profesional vienen dados por el art. 199.2 CP, que se enmarca en el Título X, relativo a los delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, y por el art. 467.2 CP, que se ha incorporado en el Capítulo VII del Título XX y es, por ello, un delito contra la Administración de Justicia y, más concretamente, un delito de deslealtad profesional.

El primero de los preceptos castiga con la pena de prisión de uno o cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para la profesión por tiempo de dos a seis años al profesional que, con incumplimiento de su obligación de sigilo o reserva, divulgue los secretos de otra persona, mientras que el segundo impone una pena de multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo, cargo público, profesión u oficio al abogado o procurador que, por acción u omisión, perjudique

---

<sup>107</sup> MADRID BOQUÍN, C. M., *La prueba ilícita...*, cit., p. 39.

<sup>108</sup> PÉREZ CEBADERA, M. A., «La prueba ilícita en el proceso civil», disponible en <https://elderecho.com/la-prueba-ilicita-en-el-proceso-civil> (fecha de la última consulta: 21 de marzo de 2022).

<sup>109</sup> En MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J. L., BARONA VILAR, S. y CALDERÓN CUADRADO, M. P., *Derecho jurisdiccional II...*, cit., p. 236, se apunta que “Cuando las fuentes de prueba se han obtenido ilícitamente, infringiendo derechos no fundamentales, deben ser admitidas en el proceso, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda surgir de la ilicitud”.

de forma manifiesta los intereses que le fueron encomendados, existiendo, según MUÑOZ CONDE, una relación de concurso ideal entre ambos<sup>110</sup>.

Nótese el hincapié que ha hecho el legislador a la hora de redactar el CP en algunos delitos cometidos por los abogados en el ejercicio de sus funciones, puesto que se llega a prever la pena de prisión y, en las penas de multa y de inhabilitación especial, una horquilla penológica bastante elevada.

## **B. Responsabilidad civil**

Para determinar la responsabilidad civil que el cliente puede exigir al abogado por haber vulnerado el secreto profesional ha de acudir bien a la teoría general de las obligaciones y los contratos, por constituir el secreto profesional una prestación accesoria<sup>111</sup>, o bien a la normativa referente a la responsabilidad extracontractual.

En el supuesto de que el contrato entre el abogado y el cliente continúe en marcha en el momento de quebrantarse el secreto, serán de aplicación los arts. 1091, 1101 y 1258 CC, pero especialmente su art. 1124, que indica que “El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible”.

Para el caso de que el contrato se hubiera extinguido, rige el art. 1902 CC, conforme al cual “El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”.

## **C. Responsabilidad disciplinaria**

Respecto al régimen de responsabilidad disciplinaria de los profesionales de la abogacía (y de las sociedades profesionales), el cual, *a grosso modo*, está regulado en el Título XI del EGAE e incumbe a los Colegios de Abogados, baste decir que el art. 124.f) EGAE tipifica como infracción muy grave la vulneración del deber de secreto profesional, que puede llevar aparejadas a modo de sanción la suspensión del ejercicio de la abogacía e incluso la expulsión del Colegio, siempre que se respete el principio de proporcionalidad descrito en el art. 123, que señala que “La imposición de cualquier sanción guardará la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada”.

---

<sup>110</sup> MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, 22ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019 p. 863.

<sup>111</sup> ANDINO LÓPEZ, J. A., *El secreto profesional del abogado...*, cit., p. 57.



## **CONCLUSIONES**

PRIMERA.- La figura del secreto profesional, vital en el ejercicio de la abogacía, ha generado cierta discrepancia entre la doctrina, pues cada uno de los autores la concibe y describe en sus propios términos, coincidiendo solamente en que se trata de una obligación del abogado consistente en mantener determinados hechos que conoce durante el ejercicio de su profesión en secreto.

Ello se debe a que la LOPJ, el EGAE, el CDAE y el CDAUE, que son las principales normas de Derecho positivo que se ocupan de trazar y regular el secreto profesional, si bien brindan una definición legal de la expresión, no acaban de esclarecer, entre otros aspectos, cuál es su naturaleza, su contenido y sus límites, lo que conduce a una situación de inseguridad jurídica que impide al abogado saber las fronteras a las que se ve sujeta su actuación profesional.

SEGUNDA.- Aunque de la legislación y de las obras de algunos autores se infiere que el secreto profesional ha de considerarse un deber y un derecho del abogado, me resulta difícil de asimilar que un comportamiento que se exige al profesional pueda ser tenido, simultáneamente, como un derecho del mismo, al menos más allá del derecho a ejecutar su trabajo sin interferencias de terceros, que sí podría corresponderle.

Por este motivo, echo en falta tanto en las normas como en la doctrina alguna referencia más explícita al cliente, que es el verdadero propietario de la información y quien, por ver comprometidos su derecho fundamental a la intimidad y su derecho fundamental de defensa al suministrar información de carácter privado al abogado, merece que se reconozca su derecho al secreto profesional.

TERCERA.- No solo la doctrina sino también la jurisprudencia choca cuando se trata de determinar a qué se extiende el secreto profesional, es decir, cuál es su objeto, entendiendo un sector que tiene carácter absoluto y abarca todas las informaciones que lleguen al conocimiento del abogado sin excepción y otro que tiene carácter limitado y únicamente cobija aquellos hechos que por reservados, esto es, por atañer a la privacidad del cliente, merecen ser resguardados.

Personalmente, abogo por la segunda de las opciones, dado que extender el secreto profesional a toda noticia, dato o documento que conozca el abogado conllevaría, por un lado, poner el foco sobre informaciones que no precisan ser salvaguardadas en detrimento de aquellas que sí requieren ser protegidas, y, por otro, sancionar conductas que no entrañan ningún tipo de peligro para el cliente.

CUARTA.- Desde la época del emperador Justiniano y a lo largo de la historia se han elaborado textos legales en los que se ha impuesto a los abogados el deber de guardar silencio acerca de los secretos que el cliente le confesara, lo que denota no solo la importancia que los estudiosos han dado al secreto profesional desde el nacimiento del oficio de abogado, elevándolo a la categoría de deber esencial para el correcto ejercicio de la profesión, sino también la sencillez técnica que no suscita dudas en cuanto al alcance de la institución y que el legislador parece haber perdido de vista.

QUINTA.- Buena muestra de que el secreto profesional puede verse vulnerado por persona distinta del abogado defensor es el art. 23 EGAE, que prohíbe a los abogados aportar a los tribunales y facilitar a sus clientes las comunicaciones mantenidas con el abogado de la parte contraria, con lo que el precepto quiere aludir, especialmente, a la revelación de la información que se obtiene en tanto se intenta lograr un acuerdo extrajudicial.

Al mismo tiempo, esto refuerza la tesis de que el derecho al secreto profesional pertenece al cliente y no al abogado, ya que cuando el abogado contrario aporta al proceso o remite a su cliente dicha información se origina un riesgo para los intereses no del abogado defensor sino del cliente defendido, puesto que aquella afecta a un ámbito propio y reservado que no puede ser descubierto por apartarse de la acción y el conocimiento de terceros y quedaría perjudicada su posición procesal.

Igualmente, la norma ilustra que el secreto profesional del abogado puede quebrantarse en el marco de un procedimiento judicial, extremo que se ha estudiado en el presente trabajo, pero también fuera de él, con la diferencia de que una transgresión en el proceso comporta una sanción adicional.

SEXTA.- El art. 307.1 LEC, que viene a dispensar de la obligación de prestar declaración en el interrogatorio a la parte en que concurra el deber de secreto profesional, se limita a indicar que no se tendrán por ciertos los hechos a que vayan referidas las preguntas, sin indicar a continuación el modo de proceder. Convendría, por tanto, incorporar una regulación más exhaustiva o una remisión expresa a su art. 371.1, que regula la misma cuestión en el seno del interrogatorio de testigos y que los autores han utilizado para dotar de contenido al precepto a través de una interpretación sistemática.

Por otra parte, tampoco se menciona la situación en que se dejaría al cliente en caso de que, pese a manifestar el abogado su deber de guardar secreto, el órgano jurisdiccional no entienda justificada la negativa a declarar, viéndose obligado aquel a revelar hechos reservados de sus clientes y a conculcar el secreto profesional. La doctrina mayoritaria

arguye que no se le puede exigir responsabilidad al letrado por actuar en cumplimiento de un mandato judicial, pero tal vez debería preverse un reproche para el juez.

SÉPTIMA.- Sin perjuicio de opiniones singulares y arduamente sostenibles de acuerdo con las cuales el secreto profesional es un derecho fundamental *per se*, la doctrina y la jurisprudencia coinciden en que el secreto profesional del abogado sirve para garantizar los derechos fundamentales contemplados en los arts. 18 y 24 CE y, por ende, las pruebas que vulneren el secreto profesional deben considerarse ilícitas por vulneración de dichos derechos, lo que me parece más que razonable, dada la ligazón que los une con las informaciones amparadas por el secreto profesional.

OCTAVA.- Con independencia de que el art. 11.1 LOPJ retrate la prueba prohibida desde el punto de vista de su obtención, la unanimidad de los autores avala la utilización de la regla de exclusión en aquellas situaciones en las que la vulneración de derechos fundamentales sobreviene cuando se incorporan las pruebas al proceso o durante su práctica, como ocurre con la transgresión del secreto profesional, salvo en determinados supuestos en los que la ruptura procede de un tercero (en una entrada y registro desmesurada, por ejemplo).

Desde luego, comparto este criterio, pues no hay motivo para circunscribir la ilicitud de una prueba a que la vulneración de derechos fundamentales se produzca en una fase concreta del proceso, lo que supondría dar carta blanca a pruebas que son igualmente ilícitas.

NOVENA.- Cuando la prueba ha sido admitida por el juez, procede la apertura del incidente de ilicitud probatoria que se configura en el art. 287 LEC, el cual da pie a las partes a acreditar sus posturas y a ilustrar al juez sobre si la prueba es o no ilícita por haberse transgredido el secreto profesional del abogado, lo que lo convierte en el momento óptimo para resolverlo.

Empero, ello no debe ser sinónimo de negar la posibilidad de rechazar una prueba por la vía del art. 283.3 LEC, que impide al juez admitir como prueba cualquier actividad prohibida por la ley, dado que si dispone en la fase de admisión de la información necesaria para decretar la ilicitud lo más acorde con el principio de economía procesal y con el derecho a la tutela judicial efectiva de la parte afectada por la prueba ilícita sería que la pudiera apartar en este mismo instante

DÉCIMA.- Una vez practicada la prueba, será el juez quien, al dictar la sentencia que ponga fin al pleito, no deberá tener en cuenta la prueba cuya ilicitud haya acaecido durante la práctica, si bien, pese a lo claro que es el art. 287.2 LEC, hay quienes estiman

que debería abrirse el incidente de ilicitud probatoria del art. 287 LEC con el objeto de evitar la indefensión de la parte que propone y practica la prueba.

En cambio, a mi parecer, no ha de perderse de vista que el principio de preclusión también rige en el proceso y que, consiguientemente, los actos procesales deben efectuarse a su debido tiempo. Además, creo suficiente para ambas partes la garantía que implica el poder alegar lo que se crea oportuno durante la práctica de la prueba (*vid.* art. 369 LEC) y en las conclusiones del juicio ordinario, así como el sistema de recursos contra la sentencia de instancia.

UNDÉCIMA.- Bien entendido que el secreto profesional del abogado se encuentra estrechamente vinculado con los derechos fundamentales a la intimidad y de defensa, es indudable que la prueba que lo vulnera debe ser declarada ilícita y no puede ser considerada prueba ilegal en sentido estricto.

No obstante, una parte de la doctrina también descarta la mera ilegalidad de las pruebas que vulneren el secreto profesional sentando que cuando el art. 283.3 LEC menciona cualquier actividad prohibida por la ley se refiere a las normas que fijan el desarrollo del procedimiento, esto es, al principio de legalidad procesal, de forma que la prueba que surja de una fractura de derechos no fundamentales debería conservarse en el proceso, argumento con el que disiento, ya que el precepto en ningún momento se ciñe a normas procesales y ello significaría acabar con la posibilidad de apartar una prueba ilícita en base al mismo.

DUODÉCIMA.- La responsabilidad disciplinaria que puede manar de la ruptura del secreto profesional ha de tenerse presente por el abogado, porque el hecho de que se trate de responsabilidad administrativa impuesta por los Colegios de Abogados no necesariamente influye en la gravedad de las sanciones, entre las cuales se establece la expulsión del Colegio, siendo preferible el pago de una indemnización al cliente por incumplimiento del contrato.

DECIMOTERCERA.- En definitiva, el avance ha sido notable, pero todavía queda un largo camino por recorrer hasta lograr que el secreto profesional del abogado goce de una regulación y de un tratamiento acordes a la relevancia de la institución y a la trascendencia de la abogacía en el sistema jurídico, tornándose necesarios el impulso y la dedicación por parte del legislador y la colaboración de los órganos jurisdiccionales en la cobertura de los posibles resquicios.

## **BIBLIOGRAFÍA**

ANDINO LÓPEZ, J. A., *El secreto profesional del abogado en el proceso civil*, José María Bosch Editor, Barcelona, 2014.

ASENCIO MELLADO, J. M., *Derecho procesal civil*, 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

AZERRAD, M. E., *Ética y secreto profesional del abogado. Ejercicio y función social de la abogacía*, Ediciones Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2007.

BARONA VILAR, S., «La prueba», en J. L. Gómez Colomer y S. Barona Vilar (coords.), *Proceso penal. Derecho procesal III*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 427-447.

CALVET GIMENO, F., «Aproximación a las dispersas previsiones normativas de una garantía constitucional: el secreto profesional», *Revista General de Derecho*, núms. 598-599, 1991, pp. 7855-7869.

CERVILLA GARZÓN, M. D., *La prestación de servicios profesionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

CORTÉS BECHIARELLI, E., *El secreto profesional del abogado y del procurador y su proyección penal*, Marcial Pons, Barcelona, 1998.

CRESPO MORA, M. C., *La responsabilidad del abogado en el Derecho civil*, Aranzadi, Cizur Menor, 2005.

DÍAZ FUENTES, A., *La prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, José María Bosch Editor, Barcelona, 2002.

FERNÁNDEZ SERRANO, A., «El secreto profesional», *Revista Internacional del Notariado*, 1952, pp. 117-144.

GÁLVEZ MUÑOZ, L., *La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales*, Aranzadi, Cizur Menor, 2003.

GÓMEZ COLOMER, J. L., «Los medios de prueba en concreto (II)», en J. L. Gómez Colomer y S. Barona Vilar (coords.), *Proceso civil. Derecho procesal II*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 269-295.

GÓMEZ COLOMER, J. L., «Los medios de prueba en concreto (III)», en J. L. Gómez Colomer y S. Barona Vilar (coords.), *Proceso civil. Derecho procesal II*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 287-305.

- GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., «Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio», en J. L. González Cussac (coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, 6ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 283-308.
- MADRID BOQUÍN, C. M., *La prueba ilícita en el proceso civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- MARTÍNEZ VAL, J. M., *Abogacía y abogados*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1993.
- MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ, L., *La responsabilidad civil profesional de los teleinformáticos, auditores de cuentas, periodistas, arquitectos-peritos, médicos-peritos y de los peritos judiciales en general*, Colex, Madrid, 1996.
- MEDINA CEPERO, J. R., «La ilicitud de la prueba en el proceso civil», *Repertorio de Jurisprudencia*, núm. 7, 2002, pp. 187-205.
- MIRANDA ESTRAMPES, M., *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, 2ª edición, José María Bosch Editor, Barcelona, 2004.
- MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J. L., BARONA VILAR, S. y CALDERÓN CUADRADO, M. P., *Derecho jurisdiccional II. Proceso civil*, 27ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, 7ª edición, Civitas, Madrid, 2012.
- MUÑOZ SABATÉ, LL., *Fundamentos de prueba judicial civil. LEC 1/2000*, José María Bosch Editor, Barcelona, 2001.
- ORTS BERENGUER, E., «Delitos contra la Administración de Justicia», en J. L. González Cussac (coord.), *Derecho penal. Parte especial*, 6ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 711-737.
- OSSORIO Y GALLARDO, A., *El alma de la toga*, 7ª edición, Praxis Ediciones, Buenos Aires, 1971.
- OTERO GONZÁLEZ, M. P., *Justicia y secreto profesional*, Centro de Estudios Ramón Aceres, Madrid, 2001.
- PICÓ Y JUNOY, J., «El abogado como sujeto del interrogatorio en el proceso civil», en X. Abel Lluch *et. al.*, *Realismo jurídico y experiencia procesal*, Atelier, Barcelona, 2009, pp. 941-948.

PICÓ Y JUNOY, J., «La prueba ilícita y su control judicial en el proceso civil», en V. Gimeno Sendra, *El Tribunal Supremo, su doctrina legal y el recurso de casación*, Iustel, Madrid, 2007, pp. 867-899.

PLANCHADELL GARGALLO, A., «El largo y tortuoso camino de la prueba prohibida en nuestra jurisprudencia», en J. M. Asencio Mellado (dir.), *Derecho probatorio y otros estudios procesales*, Castillo de Luna Ediciones Jurídicas, Madrid, 2020, pp. 1645-1664.

RIGÓ VALLBONA, J., *El secreto profesional de abogados y procuradores en España*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1988.

SÁNCHEZ STEWART, N., *La profesión del abogado. Deontología, valores y Colegios de Abogados*, Volumen 1, Difusión Jurídica, Madrid, 2008.

SEOANE SPIELBERG, J. L., *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000. Disposiciones generales y presunciones*, 2ª edición, Aranzadi, Cizur Menor, 2007.

SOLDADO GUTIÉRREZ, J., «El secreto profesional del abogado», *Revista Jurídica de Andalucía*, núm. 17, 1995, pp. 1183-1204.

THOMAS DE CARRANZA MÉNDEZ DE VIGO, S., «Principios fundamentales en el ejercicio de la profesión de abogado», en B. Vila Ramos (coord.), *Deontología profesional*, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 35-49.

TORRES PINTADO, D., «Aspectos subjetivos en el interrogatorio de parte», en X. Abel Lluch y J. Picó y Junoy (dirs.), *Aspectos prácticos de la prueba civil*, José María Bosch Editor, Barcelona, 2006, pp. 279-320.

## **RECURSOS ELECTRÓNICOS**

LÓPEZ-BARAJAS PEREA, I., «La postulación y los derechos a la tutela y de defensa: la confidencialidad de las relaciones con el abogado defensor y sus límites», *Revista de Derecho Político*, núm. 79, 2010, pp. 115-141, disponible en <http://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/view/9131/8724> (fecha de la última consulta: 17 de febrero de 2022).

PÉREZ CEBADERA, M. A., «La prueba ilícita en el proceso civil», disponible en <https://elderecho.com/la-prueba-ilicita-en-el-proceso-civil> (fecha de la última consulta: 21 de marzo de 2022).

Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, disponible en <https://dle.rae.es/secreto?m=form> (fecha de la última consulta: 13 de febrero de 2022).

## **JURISPRUDENCIA**

### **Tribunal Constitucional**

STC (Sala Segunda) núm. 114/1984, de 29 de noviembre (RTC 1984\114).

STC (Sala Primera) núm. 64/1986, de 21 de mayo (RTC 1986\64).

ATC (Sala Segunda) núm. 600/1989, de 11 de diciembre (RTC 1989\600 AUTO).

STC (Sala Segunda) núm. 143/2001, de 18 de junio (RTC 2001\143).

STC (Sala Primera) núm. 70/2009, de 23 de marzo (RTC 2009\70).

### **Tribunal Supremo**

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 5 de marzo de 1981 (RJ 1981\899).

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 12 de noviembre de 1985 (RJ 1985\5578).

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 6 de octubre de 1989 (RJ 1989\6891).

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 23 de octubre de 1992 (RJ 1992\8277).

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 337/2011, de 9 de mayo (RJ 2011\3846).

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 208/2006, de 20 de febrero (RJ 2006\2151).

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 974/2012, de 5 de diciembre (RJ 2013\217).

STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) de 22 de abril de 1997 (RJ 1997\3094).

STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) de 17 de febrero de 1998 (RJ 1998\1633).

STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) de 3 de marzo de 2003 (RJ 2003\2643).

STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) de 16 de diciembre de 2003 (RJ 2005\3604).

### **Tribunales Superiores de Justicia**

STSJ de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8ª) núm. 1130/2000, de 29 de diciembre (JUR 2001\113287).

### **Audiencias Provinciales**

SAP de Las Palmas (Sección 1ª) núm. 147/2001, de 12 de noviembre (ARP 2001\881).

SAP de Alicante (Sección 7ª) núm. 314/2002, de 19 de junio (JUR 2002\202738).



## **NORMAS JURÍDICAS CONSULTADAS**

Código de Deontología de los Abogados europeos, adoptado en la Sesión Plenaria del CCBE de 28 de octubre de 1988.

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

Constitución Española.

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Ley Orgánica 6/1985, de 6 de julio, del Poder Judicial.

Real Decreto 135/2021, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española.

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

## ANEXO

Se transcriben a continuación las citas completas de los textos legales que históricamente han regulado el secreto profesional del abogado, a los cuales se ha hecho alusión en este Trabajo de Final de Grado:

**-Corpus Iuris Civilis de Justiniano, Digesto, De Testibus, Decreto Ley 25 (527-565):**

*“Advocati, procuratores, tutores, curatores, secretarii, scribae, graphiarii atque id genus similia qui secreta dominarum, pupilorum, adulterum, mastrarum, sourom pendut et propalant, aut qui instrumenta, literas aut informationes ostendut partibus avversarii, in puvienti sunt, quasi falsarii poena falsi”.*

**-Siete Partidas de Alfonso X, Partida III, Título VI, Ley IX (1256-1265):**

“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 [...]. E cualquier que contra esto hiciere desde le fuere prouado, mandamos, que dende adelante sea dado por ome de mala fama, e que nunca pueda ser abogado nin consejero en ningún pelito. E además de esto, que el juzgador del lugar le pueda poner pena por ende [...]”.

**-Novísima Recopilación de las Leyes de España, Libro V, Título XXII, Ley XXII**

**(1805):** “Mandamos, que si algunos abogados descubrieren los secretos de su parte a la parte contraría, ó á otro en su favor [...], que demás de las penas sobre esto en Derecho establecidas, por se mismo hecho sean privados, y, desde agora los privamos del dicho oficio de la Abogacía [...]”.

**-Decreto de 28 de junio de 1946 por el que se aprueba el Estatuto General de la**

**Abogacía, art. 29:** “Son obligaciones del abogado para con la parte por él defendida, además de las que deriven de la relación contractual que entre ellos existe, la del cumplimiento, con el máximo celo y diligencia y guardando el secreto profesional, de la misión de defensa que le es encomendada.”

## **SUMMARY IN ENGLISH**

### **I.- Professional confidentiality of the lawyer**

In the exercise of his profession, but also out of it, the lawyer is compelled to keep secret about certain information which arrives to his knowledge during the professional performance, information that his clients tell in order to give a good service. Therefore, he is bound to respect the professional confidentiality, duty whose relevance in the world of advocacy is undeniable.

Nevertheless, it is truly hard to find a universal definition of the expression, which proves that OSSORIO Y GALLARDO was right when he stated that professional confidentiality of the lawyer is one the most subtle, brittle and difficult to appreciate matters in the life of the lawyer.

For example, the *Diccionario de la Lengua Española*, referring not only to the lawyer but to other professionals too, claims that professional confidentiality is the obligation imposed to the members of some professions of not revealing the information which they know during their professional performance, while FENECH NAVARRO, RIGÓ VALLBONA and SÁNCHEZ STEWART, among other authors, have their own conception of professional confidentiality and expose it with different hunts. Ultimately, there is not unanimity when it comes to describe the term.

By the way, the norms that regulate professional confidentiality and should be taken in account when it is being analyzed are the Organic Law of the Judiciary (*LOPJ*), the General Statute of the Spanish Advocacy (*EGAE*), the Deontological Code of the Spanish Advocacy (*CDAE*) and the Deontological Code of the European Lawyers, which mark that professional confidentiality of the lawyer requires him to not reveal any information received along the professional exercise and, at the same time, grant him the right not to be forced to declare about that information. However, this causes two problems.

First, and regardless of the possibility that professional confidentiality may be a duty and a right of the lawyer, there is no reference in the precepts to the client, who is the owner of the information and the injured subject in case the lawyer ignores professional confidentiality, which could lead to the idea that professional confidentiality is actually a right of the client and not of the lawyer.

Second, extending professional confidentiality of the lawyer to all information that reach the lawyer's hands without clarifying what kind of information must be included, although

is cautious, because it is not always easy to determine if something is secret or not, it is unnecessary and has given rise to discrepancies in the doctrine.

While there is a sector which defends the absolute character of professional confidentiality and base it on the existence of the presumption that the client wants everything he communicates to the lawyer to be confidential, another one, conformed by the vast majority of experts, understands that professional confidentiality is limited, so that only hidden information, rated this way by the client or appreciated its nature by the lawyer, deserves to be protected and sheltered, what is more reasonable.

In respect of the historic evolution of professional confidentiality of the lawyer, it is important to know that, since the creation of the advocacy, academics and jurists of all times have been concerned about the execution of the profession with reserve and stealth, adopting the necessary precaution so as not to put the client's interests at risk.

Thus, there are legal texts that date back to the time of the Romans and are still preserved. Some of them are the *Corpus Iuris Civilis*, written during the government of the emperor Justinian, the *Siete Partidas de Alfonso X*, which belongs to the Middle Ages, the *Novísima Recopilación de las Leyes de España*, that were in force from the early 19th century, and the *Decreto de 28 de junio de 1946 por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía*, promulgated shortly before the Spanish transition to democracy.

In one way or another, all of them come to say that the lawyer, who is the one supposed to defend the interests of the party that requests his help, has the obligation not to reveal the information provided to him, being able to be punished with a series of penalties if he breaches his duty.

The foundations of professional confidentiality of the lawyer are three: the relationship between lawyer and client, the fundamental right to intimacy and the fundamental right to defense.

When a person seeks advice from a lawyer, the relationship that arises is different from the others in which a provision of services is carried out. Due to the fact that it is necessary for the client to transmit private information to the lawyer so that he can do his work, the principles of trust and secrecy are required to preside for the purpose of ensuring that the entrusted data will not come out, and it can only be assured by professional confidentiality.

According to LÓPEZ-BARAJAS PEREA, professional confidentiality grounds on the need to safeguard the client's confidence in the lawyer, the only way in which it is possible for

him to have the enough information to deploy his defense with the efficiency that the Spanish Constitution (*CE*), in the scope of the process, considers characteristic note of the right to effective legal remedy.

Such information, and at least if a limited conception of professional confidentiality is adopted, affects the intimacy of the client and, consequently, the fundamental right recognized in article 24 of the *CE*.

In fact, article 5.1 of the *CDAE* links the fundamental right to intimacy with the trust and the secrecy in the relationship with the lawyer, considering that professional confidentiality tries to protect information that concerns the private life of the people, especially of the client, who opens his own privacy to the lawyer with the goal of getting the best possible advice.

Furthermore, if the client could not provide his lawyer with the information he has in due length for fear that some of the data might be used against him, the right of defense collect in article 24.2 of the *CE* would not be fully satisfied, to which is added that if the lawyer uncovers the information proportioned by the client and harms his procedural position, the aforementioned right would be violated and the client would have at his disposal the mechanisms article 53 of the *CE* offers to heal the injury.

Moreover, THOMAS DE CARRANZA MÉNDEZ DE VIGO, in line with the *CDAE*, connects professional confidentiality with the fundamental right not to testify against oneself, also recognized in article 24.2 of the *CE*, given that some information which is told by the client in the course of the professional relationship could put him in a compromising situation if it were known by outsiders.

Despite what has been said, not all revelations of the data the lawyer catches in the exercise of his job constitute a transgression of professional confidentiality, given that although it is a precious asset from the point of view of law and ethics, it is not the most valuable and cedes for the benefit of other superior reasons and interests, so there are situations in which the lawyer is released of the duty to keep secret.

Those situations are related, mainly, with the consent of the client, in spite of the contradiction between the *EGAE* and the *CDAE* in this aspect, with the client's intent to commit a crime, as this case is not included in article 263 of the Law on Criminal Procedure, with a serious damage to the lawyer, to the client or to a third and with the Law 10/2010, of 28 April, on prevention of money laundering and financing of terrorism, norm that generates information obligations for lawyers regarding private data of their clients.

## **II.- Means of evidence and their relation with professional confidentiality**

In accordance with article 299 of the Law on Civil Procedure (*LEC*), the means of evidence which can be used in a civil procedure are the examination of the parties, the public and private documents, the report of judicial experts, the judicial recognition, the examination of witnesses, the means of reproduction of the word, the sound and the image and the file instruments, but the right to evidence set in article 24.2 of the *CE*, which requires that said means of evidence can be proposed, practiced and assessed, must be exercised respecting the principles of the evidentiary procedure, including the professional confidentiality of the lawyer.

Public and private documents, which are regulated in article 317 and following of the *LEC*, make sprout two logical hypotheses.

On the one hand, if the lawyer brings to the proceeding a document handed by the client with his consent, there is no problem with that means of evidence, in view of that the most appropriate procedural strategy is being developed with the client's acquiescence. On the other hand, if the lawyer presents a document overriding the instructions and indications of his client, who prefers to keep the information contained therein private, professional confidentiality would be transgressed, with the consequences that this entails.

What is more, article 23 of the *EGAE*, tackles the communications between lawyers and prohibits submitting them into the process, so that they also fall within the spectrum of professional confidentiality. Instead, the injured party in this case would not be the client being defended, but the opposing party.

The report of judicial experts, also called judicial experts evidence, is described in article 335 of the *LEC* and allows the intervention in the process of a third person who has certain scientific, artistic or technical knowledge that the judge lacks with the aim of providing clarity on the facts in issue.

Hence, the participation of the lawyer in the proceeding as a judicial expert is useless, because, under *iura novit curia* principle, the judge knows the law, without prejudice that it does not cover, *ad exemplum*, historical law and, until certain point, foreign law.

In any case, if the lawyer thinks that preparing the expert report he can incur in a violation of professional confidentiality, due to necessarily having to refer to personal facts of his clients in it, he must refrain from preparing it, violating said means of evidence its duty of secrecy to the contrary.

The examination of the parties, which is exposed in articles 301 and following of the *LEC*, consists on asking questions to the applicant, to the defendant or to both, first by the opposing lawyer, who requests the practice of this means of evidence, and next by the lawyer who defends the subject of the interrogation, so since nothing prevents a lawyer from being the applicant or the defendant in a proceeding, there is no inconvenience in practicing the examination of the parties with him.

Notwithstanding, the lawyer has a different status from the rest people who can see themselves involved in a proceeding, chiefly taking into consideration the professional confidentiality, which obligates him not to declare about those facts that have come to his knowledge during the professional performance.

Aware of this, article 307.1 of the *LEC*, which has to be completed with article 371.1, marks, *a sensu contrario*, that if the party called to be examined has the legal obligation to keep secret can refuse the examination in order to not violate professional confidentiality.

However, the lawyer is excused from being examined about facts that are safeguarded by professional confidentiality but he is not free from the obligation to appear and to answer those questions which are not linked to it, so the exemption does not extend to the whole examination.

Otherwise, if the lawyer does not make any statement and decides to reveal information protected by professional confidentiality, he would directly violate it. A different thing would be if the court does not admit his refusal to the examination and forces him to reply, because, while professional confidentiality would be still violated, the lawyer might be exonerated from liability.

The examination of witnesses, reviewed in articles 360 and following of the *LEC*, gives way to the entry into play of third parties who have seen, heard or known by reference the facts that interest the process and, by virtue of it, are called to be examined. Consequently, as occurs in the examination of the parties, nothing obstructs a lawyer who has perceived some facts that lies in a process from being a witness in it.

Again, the problem which emerges is that the lawyer, due to his profession, is knowledgeable of information about his clients that is removed from the general public cognition and weighs on him the obligation to respect professional confidentiality, so article 371.1 of the *LEC* indicates that if the witness has the duty to keep secret regarding the facts for which he is examined, he must state it reasonably and the judge, considering

the basis for the refusal to the examination, has to resolve what proceeds with a providence.

Nevertheless, the opposing party's right to evidence, the fact that the witness does not have the will but the commitment to testify and the limitation of the exemption from being examined to information related to professional confidentiality require, in the opinion of ANDINO LÓPEZ, that the party who proposed this means of evidence formulates those questions that she intended to ask the lawyer to determine which of them affect professional confidentiality and which not.

There are three possible consequences, equally applicable to the examination of the parties: the lawyer warns about his duty of secrecy and the courts excuses him from answering the questions connected with professional confidentiality, the judge deems that professional confidentiality will not be violated with the examination and press the lawyer to testify (in which case it will not be possible to go against the lawyer because the element of voluntariness is missing and the testimony is given by court order) or the lawyer does not inform the judge about his duty to keep secret, declares about information protected by professional confidentiality and, as a last resort, breaks it.

In articles 382, 383 and 384 of the *LEC* are briefly regulated the means of reproduction of the word, the sound and the image and the file instruments and presents a regime practically identical to the one indicated for public and private documents. Suffice it to say that if the client gives the lawyer, *ad exemplum*, a video recording in which intimate images are displayed, but does not consent to incorporate them into the process, the lawyer must ensure that the recording it is kept away from the view of other people so as not to breach professional confidentiality.

Finally, the judicial recognition, to which articles 353 and following of the *LEC* make reference, consists on a inspection by the judge of a certain place, object or person with the purpose of clearing up the facts in issue, being relevant here, because of its bond with professional confidentiality, the entrance in a law firm, that is possible according to article 354.1.

The particularity of this means of evidence is that, unlike the rest, it sparks an injury of professional confidentiality coming not from the lawyer but from the judge, since the entrance in the law firm, sanctuary par excellence of the advocacy where the clients' information is stored, puts it in serious danger, and that is the reason why when practicing it all necessary precautions must be taken with the purpose of safeguarding client's information at all times.



### **III.- Procedural consequences of the infringement of professional confidentiality**

The concept of illicit evidence was introduced in Spanish procedural law through article 11.1 of the *LOPJ*, pursuant to which evidence obtained directly or indirectly violating fundamental rights or freedoms shall take no effect, what means that evidence that violates the rights set forth between articles 14 and 29 of the *CE* must be ineffective in the proceeding.

After all, the precept tries to avoid the admission, practice and assessment of those evidence which transgress the principle of evidentiary unlawfulness and, with it, fundamental rights, since, as MONTERO AROCA points out, in a civil proceeding the statements of fact done by the parties have to be verified as closely as possible to reality but always subject to its norms. In addition, MADRID BOQUÍN pleads that in a State of law cannot tolerate infringements of fundamental rights motivated by the aim of obtaining a procedural benefit, given that the end does not justify the means.

However, the true origin of this expression goes back to the German theories on evidentiary prohibitions from the beginning of the 20th century, promoted by Ernst von Beling, and to the North American doctrine portrayed in the case *Weeks v. United States*, dating from 1914, which engendered the exclusionary rule in order to switch the deterrent effect.

The important thing here is that professional confidentiality is attached to illicit evidence in such a way that those evidences which imply a violation of professional confidentiality results in a violation of fundamental rights.

In truth, professional confidentiality of the lawyer is not a fundamental right, and that is what virtually all authors think, with the exception of SOLDADO GUTIÉRREZ, who considers it a fundamental right *per se* taking into account the mention made in the second paragraph of article 24.2 of the *CE*. All the same, professional confidentiality has, in accordance with ANDINO LÓPEZ, MEDINA CEPERO and CERVILLA GARZÓN, a very close acquaintance with two fundamental rights which, simultaneously, constitute bedrocks of it, the fundamental right to intimacy on one side and the fundamental right of defense on the other, proclaimed in articles 18 y 24.2 of the *CE*, respectively, what allows us to conclude that any evidence which violates professional confidentiality has to be considered illicit.

Moreover, two singularities that characterize the illicit evidence due to a breach of professional confidentiality should be highlighted, as they can lead to some problems when qualifying it.

The first is tied to the redaction of article 11.1 of the *LOPJ* and 267 of the *LEC*, which address illicit evidence by referring exclusively to the violation of fundamental rights produced during the obtention of the sources of evidence, without alluding to the incorporation of these in the proceeding, moment in which the violation occurs when it comes to the professional confidentiality of the lawyer, as he legitimately receives from the client the information, the documents and the instruments that he subsequently aggregates to the proceeding against his interests.

Although this interpretation has been maintained in the early jurisprudence, GÁLVEZ MUÑOZ and MIRANDA ESTRAMPES, among others, have overthrown it because it does not make any sense to give a different treatment to similar violations of a fundamental right only depending on the point in which the violation arises. Therefore, they opt to extend the action of those precepts not only to the activity of searching and collecting evidence sources but also to the incorporation of the sources of evidence to the proceeding and to the practice of the means of evidence.

In contrast, the second finds its reason to be in the fact that, unlike the other illicit evidences, which appear in the proceeding when one of the parties tries to prove an aspect of the debate with an evidence that violates fundamental rights of the opposing party, illicit evidences hooked up to professional confidentiality are circumscribed to only one party of the proceeding, given that it is the lawyer and not a third party who violates fundamental rights of the client.

This does not impede that, in some cases, the traditional scheme pops up in illicit evidences which bring cause of a violation of professional confidentiality and, indeed, it is a third person who violates the fundamental rights of the client. Likewise, it is possible that the lawyer violates professional confidentiality affecting fundamental rights of people other than a client, thus professional confidentiality reaches them too.

Broadly, it is in three moments when the party harmed by the integration in the proceeding of an illicit evidence, that is to say, the client or inclusive a third party, has the opportunity to allege that there has been an infringement of fundamental rights triggered by the rupture of professional confidentiality of the lawyer: in the phase of admission of the means of evidence, in the interim between the admission and the practice of the evidence and in the time that goes from the practice of the evidence until the lawsuit is resolved.

The admission of the evidence is an act of the court that is carried out in the pre-trial conference and in the hearing of the verbal proceeding by which, after examining the necessary requirements, the judge determines the means of evidence that will be practiced in the proceeding.

Said requirements are, especially, those that are noted in article 283 of the *LEC*, in conformity with which the jurisdictional organ is forbidden to admit evidences not related to what is the object of the process for being impertinent, evidences that cannot contribute to clarifying the facts in issue because of being useless and evidences that denotes an activity prohibited by law, where illicit evidences would be immersed.

Hence, the judge could, on the basis of the third proscription, declare inadmissible at this instant the evidence which is illicit for violating fundamental rights and growth from a fracture of the professional confidentiality of the lawyer, what could happen, *v. g.*, if a client, during the proposition of the means of evidence in the pre-trial conference, rejects that the judge has as evidence certain documents which his lawyer attached to the claim or to the defense without his consent.

Despite this, the difficulty for the judge of refusing a mean of evidence having in most cases very little information on which to substantiate the unlawfulness forces him to resort to the following solution. In the light of this, PICÓ Y JUNOY, who adds that the system of appeals against the admission of the evidence provided in article 285.2 of the *LEC* does not allow the parties to discuss whether the evidence is illicit or not and that a double mechanism of action against an illicit evidence is not justified, establishes that the judge must admit the evidence and open the incident of article 287.

That is precisely the second moment in which the existence of an illicit evidence in the proceeding can be invoked, given that article 287 of the *LEC* settles that when any of the parties appreciates that fundamental rights have been violated in the obtention or origin of any evidence already admitted in the proceeding, she will have to plead it immediately, without prejudice to the raising of this affair by the judge, who will decide in the act of the trial or at the beginning of the hearing in verbal proceedings, before the practice of the evidence, what deems appropriate.

In fact, it is the most suitable time to highlight that an evidence is illicit, because the parties are heard and, if necessary, the pertinent and useful evidences are practiced. For this reason, this would be the moment in which, within the framework of an examination of witnesses, the questions whose answer could violate professional confidentiality of the lawyer would be determined in order to remove them from the examination.

Last but not least, once the practice of the evidence has been executed, two possibilities remain: the judge does not assess the evidence practiced in violation of professional confidentiality when dictating the sentence or, on the contrary, he overrides the breach. This would be the assumption, *ad exemplum*, of an examination of the parties where the lawyer narrates confidential information of his clients.

Definitely, as the unlawfulness of an evidence implies that neither it nor its derivatives can have any effect in the process, they should not be admitted; if they are admitted, they should not be practiced, and if they are practiced, they should not be assessed.

In the end, it must be borne in mind that an evidence that violates the professional confidentiality of the lawyer cannot be considered illegal and not illicit in any case, first because a rupture of the duty to keep secret always entails the violation of the fundamental right to intimacy and the fundamental right to defense, and second because, even adopting the absolutist conception of professional confidentiality, according to which public facts would fall within its sphere too, the bulk of the experts voices that article 283.3 of the *LEC* refers to the principle of procedural legality and not to the principle of ordinary legality. Consequently, an evidence which violates non-fundamental rights must be practiced in the proceeding, without affecting the possible criminal, civil or disciplinary responsibilities that could arise outside of it.

#### **IV.- Brief reference to the extraprocedural consequences of the infringement of professional confidentiality**

The consequences of the transgression of the professional confidentiality of the lawyer are not only at the level of the process and more specifically of the evidentiary procedure, but also extend to other different areas.

With regard to the criminal ground, the lawyer can be punished through articles 199.2 and 467.2 of the Criminal Code, which punish with imprisonment the professional who tears up his duty of secrecy and the lawyer who harms the interests entrusted to him.

In terms of the civil ambit, the violation of professional confidentiality of the lawyer is just cause to terminate the contract under article 1124 of the Civil Code (CC) and, if the contract is not in force or the violation transcends the contractual context, extra-contractual liability can be demanded via article 1902 of the CC.

Finally, disciplinary responsibility, which is regulated in articles 119 and following of the *EGAE*, is incumbent on Bar Associations and can lead to the suspension from the practice of advocacy and to the expulsion from the respective Bar Association when the professional confidentiality is breached.