

BOLETÍN DIGITAL PENAL

Publicaciones AJFV. Serie: Boletines Jurídicos



Número 32
Octubre 2019

ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA SEGUNDA NUM. 489/2018
DE 23 OCTUBRE (ECLI: ES:TS:2018:3754 ROJ: STS 3754:2018)

José Ramón Sánchez Herrero
Magistrado de la Audiencia de Pontevedra (Vigo).

EL ABOGADO COMO SUJETO PASIVO DEL PROCESO PENAL

José Hoya Coromina
Juzgado de lo Penal nº 2 de Cantabria.

ISSN: 2605-2773



www.ajfv.es

Dirección:

Gustavo Andrés Martín Martín

Coordinación:

Juan Javier Pérer Pérez



RESUMEN VOCES

ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA SEGUNDA NUM. 489/2018 DE 23 OCTUBRE (ECLI: ES:TS:2018:3754 ROJ: STS 3754:2018)

José Ramón Sánchez Herrero

Magistrado de la Audiencia de Pontevedra (Vigo)

RESUMEN: *La sentencia examina el alcance del acceso del empresario a los dispositivos electrónicos facilitados a sus trabajadores. Entiende superada la doctrina tradicional en materia de correos electrónicos para examinar la cuestión desde la perspectiva del Derecho al entorno digital. Mantiene una solución unitaria con otros ordenamientos y plantea el uso del test Barbulescu. Se incluye una advertencia final.*

1. PLANTEAMIENTO

Esta sentencia parte de un caso sencillo: el directivo de una empresa es despedido por sospechas de deslealtad, y al día siguiente ésta envía un perito que obtiene copia espejo del ordenador que aquél utilizaba habitualmente, mediante una herramienta informática selectiva que sólo accedía a los archivos en los que aparecían unas palabras clave establecidas. Entre los correos seleccionados, algunos eran del acusado con empresas con las que mantenía intereses y otros serían ajenos a las relaciones comerciales de la empresa. Asimismo se adoptaron cautelas para asegurar su posible contraste en juicio posterior. El directivo fue condenado por administración desleal.

La resolución se propuso responder a tres cuestiones: a) decidir si se puede hablar de violación de un derecho fundamental por la actuación de la mercantil; b) si esto conlleva la inutilizabilidad de la prueba; y c) indagar sobre el alcance de esa conclusión.

2. PLANTEAMIENTO ANTERIOR

Al abordar las facultades de supervisión del empresario en el marco de una relación laboral, y si está habilitado para verificar el uso que da uno de sus empleados a los dispositivos informáticos o aquellos otros aptos para comunicaciones puestos a su disposición, se hizo eco de la existencia de abundantes resoluciones, de distintos ámbitos jurisdiccionales, que ofrecen soluciones diferentes o contradictorias.

Partiendo de que hay derechos fundamentales en juego (“los trabajadores no dejan ni su intimidad ni el resto de sus derechos en las puertas de la oficina o empresa”), pero también que pueden ser modulados en una relación laboral, se propuso averiguar cuáles serían los implicados y el alcance de su protección.

Según una tesis procedente de la STS 528/2014 de 16 de junio¹, no sería lo mismo un proceso de comunicación en marcha que otro cerrado. Sólo el primero estaría vinculado al derecho al secreto de

¹ (ECLI ES:TS:2014:2844 ROJ: STS 2844/2014)

las comunicaciones, mientras que en el segundo estaríamos más bien en el campo de la intimidad, la privacidad o, en su caso, la autodeterminación informativa.

Así, como en este caso se habría accedido a correos ya recepcionados por su destinatario sin necesidad de abrirlos *ex novo*, se asemejaría más a incautar las cartas abiertas y leídas que a interceptar una correspondencia que no ha llegado todavía a su destinatario. Al haber finalizado la comunicación, la protección constitucional escaparía del ámbito del art. 18.3 CE y pasaría a residenciarse en la protección del derecho a la intimidad (art. 18.1 CE), con la consecuencia de que en este caso no se exigía siempre una autorización judicial².

3. DERECHO AL ENTORNO DIGITAL

La sentencia no se queda ahí, pues alude a un derecho vinculado a los mencionados, pero con

vocación de emanciparse para cobrar autonomía propia. Partiendo de la plurifuncionalidad de los datos que se almacenan en cualquier ordenador y otros dispositivos asimilables por su capacidad de acumular información vinculada a una persona (*smartphone*) se conviene en la necesidad de un tratamiento unitario a partir de la proclamación de un derecho al entorno digital, derecho de nueva generación que serviría para justificar distintos escalones de protección jurisdiccional³.

Ya la STC 173/2011 de 7 noviembre recordaba la importancia de dispensar protección constitucional al cúmulo de información personal derivada del uso de los instrumentos tecnológicos de nueva generación. Y la citada STS 342/2013 dijo que más allá del tratamiento constitucional fragmentado de todos y cada uno de los derechos que convergen en el momento del sacrificio, existe un derecho al propio entorno virtual. En él se integraría toda la información en formato electrónico que, a través del uso de las nuevas tecnologías (de forma consciente o inconsciente, con volunta-

² (SSTS 777/2013 de 7 de octubre ECLI: ES:TS:2013:5677 ROJ: STS 5677/2013 y 786/2015 de 4 de diciembre ECLI: ES:TS:2015:5362 ROJ: STS 5362:2015).

³ (SSTS 342/2013 de 17 abril ROJ: STS 2222/2013 - ECLI:ES:TS:2013:2222 y 587/2014 18 de julio ROJ: STS 3086/2014 - ECLI:ES:TS:2014:3086).

riedad o sin ella), va generando el usuario, hasta el punto de dejar un rastro susceptible de seguimiento por los poderes públicos. Sería necesario establecer una protección jurisdiccional frente a la necesidad del Estado de invadir ese entorno digital, en las tareas de investigación y castigo de los delitos.

Legalmente, y con posterioridad, se ha regulado el registro oficial de dispositivos de almacenamiento masivo de información en los arts. 588 sexies a) y ss. LECR, introducidos por la LO 13/2015, de 5 de octubre.

Se exige autorización judicial, al considerar estos instrumentos como esferas de almacenamiento de una serie compleja y densa de datos que afectan de modo muy variado a la intimidad del investigado (comunicaciones tuteladas por el art 18.3º CE; contactos, fotografías, archivos personales, tuteladas por el art 18.1º CE; datos personales y de geolocalización, que pueden cobijarse en el derecho a la protección de datos, art 18.4º CE).

4 (ROJ: STS 6128/2007 - ECLI:ES:TS:2007:6128)

5 (ROJ: STS 1323/2011 - ECLI:ES:TS:2011:1323)

6 (ROJ: STC 241/2012 - ECLI:ES:TC:2012:241)

7 (ROJ: STC 170/2013 - ECLI:ES:TC:2013:170)

8 (TEDH 2017\61, asunto Barbulescu II)

9 (TEDH 2018\1, Caso López Ribalda y otros contra España)

Esta resolución, en su afán generalista, examinó también determinadas resoluciones de la jurisdicción social como las STSS de 26 septiembre 2007⁴ y 8 marzo 2011⁵ o del Tribunal Constitucional como las SSTC 241/2012 de 17 diciembre⁶ y 170/2013, de 7 octubre⁷, y se centró especialmente en la STEDH de 5 de septiembre de 2017⁸, que estableció unos estándares que han venido a conocerse como el test Barbulescu, seguida en la STEDH de 9 enero 2018⁹.

4. TEST BARBULESCU

Esa sentencia introduce en el aptdo. 120 diversos criterios de ponderación relacionados con la necesidad y utilidad de la medida, la inexistencia de otras vías menos invasivas, la presencia de sospechas fundadas...

Uno se configura como premisa de inexcusable concurrencia: no cabe un acceso in consentido al dispositivo de almacenamiento masivo de datos si el trabajador no ha sido advertido de esa possibili-

dad y/o, además, no ha sido expresamente limitado el empleo de esa herramienta a las tareas exclusivas de sus funciones dentro de la empresa (porque los usos sociales admiten algún caso de empleo para fines personales, que podrían implicar una expectativa fundada de privacidad que no puede ser laminada).

Los factores de ponderación entrarán en juego para inclinar la balanza en uno u otro sentido sólo si se cuenta con ese presupuesto.

5. SOLUCIÓN

Aplicando tales pautas respondió a las cuestiones propuestas.

Al extremo a) propuesto, aunque en este caso pudieran existir razones fundadas para entender que el examen del ordenador era una medida proporcionada para esclarecer la conducta desleal y evaluar los perjuicios, y la empresa buscó una fórmula lo menos invasiva posible, como no existía una expresa advertencia o instrucción al trabajador sobre la necesidad de limitar el uso del ordenador a tareas profesionales, ni alguna cláusula conocida por ambas partes autorizando a la

empresa a medidas como ésta, ni se recabó previamente el consentimiento del trabajador que usaba en exclusiva el ordenador (en caso de negativa, podía recabarse la autorización necesaria), afirmó que el ordenamiento ni consiente, ni consentía en la fecha de los hechos tal acción intrusiva, por ser lesiva de derechos fundamentales.

Advirtió que la evaluación de si ha existido vulneración ha de realizarse mediante un juicio ex ante: no depende de que efectivamente se hayan obtenido elementos sensibles desde el punto de vista de la privacidad. Y se protege aunque ex post se compruebe que sólo se han descubierto comunicaciones o efectos a los que debía tener acceso el promotor de la intromisión, sin que el empleo de una herramienta de filtrado del tipo búsqueda "ciega" legitime por sí sola la injerencia.

En cuanto al extremo b), habría que delimitarse si tal actuación quedaba afectada por la prohibición del art. 11 LOPJ y para ello planteó dos dudas: la primera porque la actuación ilegítima corrió a cargo de un particular y no de los poderes públicos; y la segunda porque éste se enfrentaba en el momento de la injerencia a una situación normativa confusa o no cristalina.

Se detuvo en ese punto la sentencia en la teoría

de la prueba ilícita, planteando la disyuntiva entre el derecho del Estado a sancionar al autor de un delito y la eficaz protección de los derechos fundamentales, sacrificando la eventual "injusticia" que representa no castigar a ciertos culpables para dotar de mayor efectividad a la protección objetiva de los derechos fundamentales.

Sin embargo, la jurisprudencia reciente ha admitido que en el caso de particulares entramos en un terreno más permeable a excepciones (SSTS 287/2017, de 19 de abril ROJ: STS 1487/2017 ECLI:ES:TS:2017:1487 o 116/2017 de 23 de febrero ROJ: STS 471/2017 ECLI:ES:TS:2017:471), pues las exigencias de la doctrina de la prueba ilícita son más débiles porque las necesidades de protección y la potencialidad de agresión son en principio menores. Por ejemplo no cabría esa nulidad cuando no se constata en la actuación del particular la finalidad de obtener pruebas para hacerlas valer en un proceso judicial porque no está presente la finalidad a que obedece la norma, o incluso podemos estar ante un hallazgo casual.

Pero al constatarse que en este caso la empresa realizó esas indagaciones con el propósito de hacer valer los datos recabados como prueba en

un proceso judicial, ello le impedía escapar del ámbito del art. 11.1 LOPJ.

Después de tal conclusión respondió al extremo c), valorando las diferentes posibilidades (expuestas ya en la STS 299/2013, de 27 de febrero ROJ: STS 1926/2013 - ECLI:ES:TS:2013:1926), y decidió devolver la causa al Tribunal a quo para un nuevo enjuiciamiento que, partiendo de que el examen del ordenador vulneró derechos fundamentales, determinase qué pruebas no estaban afectadas por esa realidad y si las mismas podían fundar un pronunciamiento de culpabilidad.

Ello porque algunos de los hechos determinantes se derivarían de prueba documental diferente de los hallazgos en el dispositivo (fuente independiente), que podrían separarse del escrutinio del ordenador, o de pruebas de carácter personal a las que no necesariamente habría de extenderse el efecto invalidante, bien por poder estimarse que se había roto la conexión de antijuricidad, bien por poder aplicarse alguna de las modulaciones que matizan la doctrina de los frutos del árbol envenenado (v. gr., descubrimiento inevitable; nexos causales atenuados).

6. ADVERTENCIA

En función de lo expuesto, y teniendo en cuenta el público al que va destinado con carácter general esta revista, desearía recordaros que según el apartado 5.1 de la Instrucción 2/2003, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, de 26 de febrero de 2003, sobre código de conducta para usuarios de equipos y sistemas informáticos al servicio de la Administración de Justicia, dice que los medios y equipos informáticos facilita-

dos para la realización del trabajo, no son idóneos para un uso personal o extraprofesional de los usuarios.

Y que el aptdo. 9.1.2 dispone que “Queda prohibida la utilización del correo electrónico para "actividades personales restringidas", en las que pueda haber alguna expectativa de privacidad o secreto en las comunicaciones”.

RESUMEN VOCES

EL ABOGADO COMO SUJETO PASIVO DEL PROCESO PENAL

José Hoya Coromina

Juzgado de lo Penal nº 2 de Cantabria

RESUMEN: *Una de las cuestiones más conflictivas con respecto a la posición del abogado como sujeto pasivo del proceso penal cuando esta se materializa por medio de la utilización de la cualidad de letrado se concreta en la presunta colisión de la acción objeto del enjuiciamiento y el Secreto profesional que sirve de amparo a la actuación por la que se investiga al letrado y todo ello sin obviar que los actos delictivos son complejos que por regla general requieren de actos preparatorios y que la comisión delictiva*

cuando en ella interviene la citada condición de letrado requiere de una preparación para alcanzar la consumación del ilícito que se materializa prevaleciendo para ello de la condición de abogado.

PALABRAS CLAVE: *Secreto profesional del abogado;. Actos preparativos del delito; Cooperación. Responsabilidad profesional.*

1. LOS ACTOS PREPARATORIOS DEL ILÍCITO

A este respecto importa destacar que por regla general, los actos preparativos quedan fuera del ámbito señalado al delito intentado y vienen considerados como impunes al no significar su realización un peligro directo, inmediato y concreto o unívoco para la seguridad de los bienes jurídicos, cuya línea limítrofe o frontera debe colocarse en el terreno de la tipicidad concretamente en la zona del tipo por ellas afectada de tal manera que hoy resulta pacífico entre los penalistas que si tales actos exteriores inciden en el llamado núcleo del tipo, es decir, si suponen la realización del verbo activo que rige la figura delictiva, deben ser considerados como de ejecución, mientras aquellos otros que mantienen su actividad en la zona periférica por no ir dirigidos a la ejecución del verbo rector, sino solamente a posibilitar y facilitar ésta, vienen siendo calificados como preparatorios de tal suerte, por ejemplo que en el homicidio intentado se requiere para su existencia que el autor haya empezado a matar,

no bastando que haya comprado el cuchillo, o una pistola o una sustancia venenosa, pues tales actos todavía no van dirigidos directa e inmediatamente a la muerte de un hombre *y asimismo en el tipo de la estafa para que pueda darse el delito en su forma imperfecta, habría que empezar a engañar y defraudar poniendo en acción ante el sujeto pasivo, el ardid o maquinación ideados con el fin de inducirla a que consienta o realice por si misma el perjuicio patrimonial, que tiende a producir el lucro del agente*; criterio mayoritario en la doctrina científica y recibe el nombre de *teoría formal objetiva*, sin que falten autores que encontrándola demasiado estrecha e impunita traten de complementarla y ampliarla a través de la *teoría objetivo individual*, que acoge en el ámbito de la tentativa toda actividad, que a juicio de un observador objetivo, que conozca el plan concreto del autor, se muestre «ex post» y según una concepción natural y normal de los hechos «*id, quod plerumque accidit*» como parte integrante y necesaria del comportamiento típico.

El Tribunal Supremo¹ establece el criterio denominado complejo o mixto para delimitar la fron-

¹ STS de 5-12-1985 (RJ 1985, 5993), 13-5-1993 (RJ 1993, 3903) y 14-5-1998

tera entre la fase de preparación del delito y el inicio de la esfera de la ejecución del mismo, criterio que a su vez se encuentra integrado por varios criterios complementarios que a continuación se relacionarán, aunque se remarca por dicho Tribunal como prioritario el criterio de creación de peligro para el bien jurídico, es decir, la tesis *objetivo-material*:

1º Creación de un peligro para el bien jurídico: se ha comenzado la realización del contenido del injusto típico (es el criterio prioritario, como se ha indicado);

2º consideración de ciertos actos que sin ser todavía la acción descrita en el tipo se ligan a ella de forma inmediata, sin estados intermedios, tanto desde un punto de vista espacio-temporal como finalístico, encaminándose a la realización del tipo; y

3º consideración del plan del autor, en un papel secundario, al no valorarse por sí mismo en su dimensión subjetiva, sino como medio para determinar la inmediatez de ciertos actos pre-típicos en relación con la acción típica estrictamente considerada.

En la última de las sentencias citadas se llega a la conclusión de que: «... han de considerarse actualmente actos ejecutivos de acuerdo con esta doctrina, aquellos que suponen ya una puesta en peligro siquiera remoto para el bien jurídico, incluso cuando no constituyan estrictamente hablando la realización de la acción típica, siempre que en tal caso se encuentren en inmediata conexión espacio-temporal y finalístico con ella. Concepción que hoy se acomoda también al concepto de tentativa del artículo 16.1 del vigente Código Penal».

2. EL QUEBRANTAMIENTO DEL SECRETO PROFESIONAL

Cuando en un hecho delictivo interviene un sujeto con la cualidad de letrado se alega de forma reiterada que la intervención del letrado en el iter delictivo se materializa en su condición de letrado denunciándose de forma correlativa el quebrantamiento del Secreto profesional lo que de manera implícita viene en el supuesto de intervención de las comunicaciones como medio de investigación a comportar la denuncia del secreto de las comunicaciones respecto al cual el Tribunal Supremo

tuvo ocasión de pronunciarse en el denominado Caso Garzón².

Es evidente que uno de los principios rectores de la relación abogado cliente se concreta en el derecho a la confidencialidad de las relaciones entre el imputado y su letrado defensor, que han de estar presididas por la confianza, como elemento esencial entendido en los términos recogidos por el TEDH³ al señalar que: "...el derecho, para el acusado, de comunicar con su abogado sin ser oído por terceras personas figura entre las exigencias elementales del proceso equitativo en una sociedad democrática y deriva del artículo 6.3 c) del Convenio. Si un abogado no pudiese entrevistarse con su cliente sin tal vigilancia y recibir de él instrucciones confidenciales, su asistencia perdería mucha de su utilidad"⁴.

En este mismo sentido, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas⁵, señaló que "la confidencialidad de las comunicaciones entre

los abogados y sus clientes debía ser objeto de protección a nivel comunitario", aunque supeditó tal beneficio a dos requisitos: "...por una parte, debe tratarse de correspondencia vinculada al ejercicio de los derechos de la defensa del cliente, y, por otra parte, debe tratarse de abogados independientes, es decir, no vinculados a su cliente mediante una relación laboral".

Ahora bien debe así mismo precisarse, que como ha puesto de relieve la Jurisprudencia en el denominado Caso Ballena Blanca⁶, no se trata, de derechos absolutos. Y en igual sentido se ha pronunciado el TEDH⁷, cuando señala que "...el acceso de un acusado a su abogado puede estar sometido a restricciones por razones válidas. Se trata de saber en cada caso sí, a la luz del conjunto del procedimiento, la restricción privó al acusado de un proceso equitativo".

Pero sus posibles restricciones, que no siempre son aceptables en la misma medida, requieren,

² STS Sentencia núm. 79/2012 (RJ 2012\199).

³ STEDH Castravet contra Moldavia, de 13 de marzo de 2007 (TEDH 2007, 17) y STEDH Foxley contra Reino Unido, de 20 de junio de 2000 (TEDH 2000, 143). En la STEDH de 5 de octubre de 2006, caso Viola contra Italia.

⁴ (STDH contra Suiza de 2 noviembre 1991 (TEDH 1991, 54).

⁵ TJCE en la Sentencia (Gran Sala) de 14 de setiembre de 2010 (TJCE 2010, 275).

⁶ STS núm. 974/2012 de 5 diciembre. (RJ 2013\217).

⁷ TEDH, Sentencia Viola contra Italia, de 5 de octubre de 2006.

según la interpretación que el TC ha hecho de la Constitución y el TEDH del Convenio, del cumplimiento suficiente de, al menos, cuatro exigencias, resumidas en la doctrina Constitucional⁸ cuando señala que “*es preciso que concurren cuatro requisitos: en primer lugar, que exista un fin constitucionalmente legítimo; en segundo lugar, que la intromisión en el derecho esté prevista en la ley; en tercer lugar que como regla general, la injerencia acuerde mediante una resolución judicial motivada establecida en ocasiones de forma expresa y en otras de forma implícita, según ha establecido el Tribunal Constitucional, aunque su forma y características admita algunas matizaciones en función de la entidad de la restricción; y, finalmente, que se observe el principio de proporcionalidad, esto es, que la medida adoptada sea idónea para alcanzar el fin legítimo perseguido con ella, con una justificación suficiente en el supuesto concreto, que tenga en cuenta los indicios disponibles en el caso, la necesidad de la medida y el respeto al principio de proporcionalidad*”⁹.

En idéntica línea la Jurisprudencia¹⁰ señala que: “*El secreto profesional que protege a las relaciones de los abogados con sus clientes, puede, en circunstancias excepcionales, ser interferido por decisiones judiciales que acuerden- entre otras- la intervención telefónica de los aparatos instalados en sus despachos profesionales. Es evidente que la medida reviste una incuestionable gravedad y tiene que ser ponderada cuidadosamente por el órgano judicial que la acuerda, debiendo limitarse a aquellos supuestos en los que existe una constancia, suficientemente contrastada, de que el abogado ha podido desbordar sus obligaciones y responsabilidades profesionales integrándose en la actividad delictiva, como uno de sus elementos componentes.*”

De la doctrina expresada es patente que debe alcanzarse una concreta conclusión y es que no puede asimilarse la función de letrado defensor con la de copartícipe en un hecho presuntamente delictivo.

8 STC. 233/2005 de 26.9 (RTC 2005, 233),

9 (STEDH de 2.11.91 (TEDH 1991, 54) caso S. contra Suiza y 31.1.2002, caso Sanz contra Austria).

10 STS. 2026/2001 (RJ 2001, 10328)

3. EL SECRETO PROFESIONAL COMO OBLIGACIÓN

Es evidente que uno de los derechos básicos que comporta una correlativa obligación del Abogado se concreta en el secreto profesional.

Con relación al citado derecho-obligación han de efectuarse de manera previa distintas consideraciones respecto a la relación abogado cliente. A este respecto y como de manera unitaria sostiene la doctrina, la relación que une al abogado con su cliente debe encuadrarse dentro del contrato de arrendamiento de servicios al concurrir los requisitos que este negocio exige, por un lado, la prestación de una actividad, por otro lado, el pago de un precio cierto, dándose así la figura que se comprende en el art. 1544 Código Civil.

Esta prestación de servicios como relación personal «*intuitu personae*», incluye el deber de cumplirlos y un deber de fidelidad que deriva de la norma general del art. 1258 CC. y que imponen

al profesional el deber de ejecución óptima del servicio contratado, que presupone la adecuada preparación profesional y supone el cumplimiento correcto.

La Jurisprudencia¹¹ analiza con detalle las posibilidades de actuación del abogado, en relación a su responsabilidad profesional, declarando: *Es un tipo más de la responsabilidad profesional, derivada de contrato de prestación de servicios¹² que da lugar a obligaciones del Abogado, que es una obligación de actividad o medios, no de resultado¹³, pues no se obliga a que tenga éxito la acción ejercitada sino a ejercitar ésta de una forma correcta.* La mencionada sentencia de 25 de marzo de 1998 dice literalmente: *El contrato de prestación de servicios es definido en el artículo 1544 del Código civil conjuntamente con el de obra, a los que llama de «arrendamiento», como contrato por el que una de las partes se obliga a prestar a la otra un servicio por precio cierto; está pobrísimamente contemplado en los artículos 1583 a 1587, la mayoría de ellos derogados tácita-*

11 STS de la Sala Primera de 8 de junio de 2000 (RJ 2000, 5098),

12 STS de 28 de enero de 1998 (RJ 1998, 357) y 25 de marzo de 1998 (RJ 1998, 1651),

13 STS de 28 de diciembre de 1996 (RJ 1996, 9509).

mente, por lo que se regula por lo pactado y por lo previsto reglamentariamente, como es, en el caso del contrato celebrado con abogado, el Estatuto General de la Abogacía, aprobado por Real Decreto 2090/1982, de 24 de julio. Efectivamente, el objeto de este contrato es la prestación de servicios y éstos pueden ser predominantemente intelectuales o manuales, pudiendo ser uno de ellos los propios de las profesiones liberales, como la de abogado; también es cierto que, en ocasiones, el contrato de un profesional liberal puede ser contrato de obra. Por ello el contrato de abogado puede tener dos objetos bien diferenciados, con consecuencias igualmente distintas. Puede contratarse a un abogado para una actuación concreta y determinada (por ejemplo, la elaboración de un informe o la redacción de un contrato). En tales casos se trata de un arrendamiento de obra, en el que el abogado se obliga a la realización de un acto para el que fue contratado. Pero el contrato puede tener por objeto la dirección técnica en un proceso judicial y en tal caso nos hallamos ante un arrendamiento de servicios, en el que el letrado se obliga a prestar un asesoramiento y actuación como tal en el procedimiento

seguido ante los Tribunales, ejercitando en él las pretensiones adecuadas y conducentes a la finalidad pretendida, de acuerdo con las normas procesales, no quedando obligado a obtener el resultado de mandato mediante una resolución judicial favorable. En estos casos la obligación del letrado no es de resultado, sino de actuación conforme a la normativa procesal.

Y en cuanto a los deberes que comprende esa obligación, habida cuenta la específica profesión del abogado, no es posible efectuar de antemano un elenco cerrado de deberes u obligaciones que incumben al profesional en el desempeño de su función, pudiéndose acceder como partes orientativas a las normas propias de su adscripción colegial. Destacándose las referencias específicas del Estatuto General de la Abogacía, RD 2290/82 de 24 de julio, sobre deberes profesionales y esfera específica de responsabilidad que por su interés, se transcribe su contenido:

Artículo 8: «La Abogacía es una profesión libre e independiente e institución consagrada, en orden a la Justicia, al consejo, a la concordia y

a la defensa de derechos e intereses públicos y privados, mediante la aplicación de la ciencia y técnica jurídicas...».

Artículo 9: «Corresponde a la abogacía de forma exclusiva y excluyente la protección de todos los intereses que sean susceptibles de defensa jurídica...».

Artículo 53: «Son obligaciones del Abogado para con la parte por él defendida, además de las que se deriven de la relación contractual que entre ellos existe, la del cumplimiento, con el máximo celo y diligencia y *guardando el secreto profesional, de la misión de defensa que le sea encomendada*. En el desempeño de esta función se atenderá el Abogado a las exigencias técnicas, deontológicas y morales adecuadas a la tutela jurídica de cada asunto».

Artículo 54: «El Abogado realizará diligentemente las actividades que le imponga la defensa del asunto confiado. Podrá auxiliarse en la práctica de tales actividades de sus colaboradores u otros compañeros».

4. EL SECRETO PROFESIONAL COMO DERECHO

El Secreto Profesional en su segunda faceta como derecho continuando lo precedentemente expuesto que en general, el secreto profesional está íntimamente relacionado tanto con el derecho a la intimidad que el art. 18.1 de la Constitución que garantiza en su doble vertiente personal y familiar, como con el derecho de defensa y el de tutela judicial efectiva consagrados en el art. 24 de la Constitución. El secreto profesional es bastión de la independencia de los abogados y les exime tanto de la obligación de denunciar los hechos que conozcan como consecuencia de las explicaciones de sus clientes (art. 263 de la LECrim) como de testificar sobre aquellos hechos que el imputado haya confiado a su Letrado en calidad de defensor (art. 416.2º de la LECrim). Sólo así el cliente puede hablar con libertad y con confianza con su abogado, contándole, narrándole todos los hechos, sean o no delictivos, de tal forma que el abogado con todos los datos en la mano, pueda plantear de la forma más conveniente la estrategia procesal que crea más conveniente para la defensa de su cliente. 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».

En parecidos términos, «secreto profesional» como fundamento de derecho de defensa se pronuncia la Jurisprudencia¹⁴. Tan es así, que en el Código Deontológico Europeo, asumido íntegramente, como no podía ser de otra forma por el Consejo General de la Abogacía Española, después de constatar que «*el Abogado es depositario, en razón de su misión, de secretos de su cliente y destinatario de comunicaciones confidenciales*», plasma magistralmente la anterior reflexión con el siguiente aserto que nos parece trascendental: «*Sin garantía de confidencialidad no puede haber confianza, de forma que el secreto profesional es considerado como el derecho y la obligación fundamental y primordial del Aboga-*

*do para añadir a continuación que “El Abogado debe respetar el secreto de cualquier información confidencial de la que tenga conocimiento en el marco de su actividad profesional”*¹⁵.

Se considera el secreto profesional una garantía mínima exigible para posibilitar el derecho de defensa de una forma efectiva. En el preámbulo de este Código Deontológico aprobado por el Consejo de Colegios de Abogados de Europa se dice que «*el secreto profesional y la confidencialidad son deberes y a la vez derechos del Abogado que no constituyen sino concreción de los derechos fundamentales que el ordenamiento jurídico reconoce a sus propios clientes y a la defensa como mecanismo esencial del Estado de Derecho*”».

En este sentido el art. 437.2 de nuestra LOPJ advierte que «*Los Abogados deberán guardar secreto de todos los hechos o noticias de que conozcan por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, no pudiendo ser obligados a declarar sobre los mismos*» y a su

14 STS de la Sala 3ª de 17 de febrero de 1998 (RJ 1998, 1633).

15 (art. 2.3 del Código Deontológico Europeo aprobado por el «Conseil Consultatif des Barreaux Européens» –CCBE–, máximo órgano representativo de la Abogacía ante las instituciones de la Unión Europea, en la sesión plenaria celebrada en Lyon el 28 de noviembre de 1998).

vez, como el secreto profesional está fuertemente relacionado con los criterios éticos de la abogacía, también se ocupa del mismo ampliamente el Código Deontológico aprobado por el Pleno del Consejo General de la Abogacía Española de 30 de junio de 2000 en sus ocho puntos del art. 5 y, concretamente, en el art. 5.8 establece que «El secreto profesional es un derecho y deber primordial de la Abogacía. En los casos excepcionales de suma gravedad en los que la obligada preservación del secreto profesional pudiera causar perjuicios irreparables o flagrantes injusticias, el Decano del Colegio aconsejará al Abogado con la finalidad exclusiva de orientar y, si fuera posible, determinar medios o procedimientos alternativos de solución del problema planteado ponderando los bienes jurídicos en conflicto. Ello no afecta a la libertad del cliente, no sujeto al secreto profesional, pero cuyo consentimiento no excusa al Abogado de la preservación del mismo». También el art. 42.1 del Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española impone como «obligaciones al abogado para con la parte por él defendida, además de las que se deriven de sus relaciones contractuales, el cumplimiento de la misión de defensa que le sea encomendada con el

máximo celo y diligencia y guardando el secreto profesional».

5. EL SECRETO PROFESIONAL SU ALCANCE Y APLICACIÓN

En línea con lo expuesto en líneas precedentes ha de reiterarse la importancia del secreto profesional desde la perspectiva del Abogado que incluso, en el ámbito procesal, el art. 416.2 de la LECrim dispensa del deber de declarar al Abogado del procesado respecto a los hechos que éste le hubiera confiado en su calidad de defensor. El fundamento de esta dispensa está íntimamente relacionado con la necesidad de asegurar un eficaz ejercicio del derecho de defensa. La relación entre el Abogado y su cliente es de tal naturaleza que, sin la garantía legal de reserva que incumbe al Letrado, se resentirían las posibilidades de una estrategia de defensa.

Sin embargo, el secreto no autoriza, ni la exención del deber de declarar se extiende, a acciones del Abogado que pueden ir más allá de esa condición de depositario de una información transmitida por quien confía plenamente en él. Así, por ejemplo,

la ocultación por parte del Letrado de piezas de convicción comprometedoras para su defendido, el asesoramiento jurídico sobre cómo encubrir conductas claramente delictivas o el ejercicio de cualquier género de coacción contra testigos de cargo, quedarían fuera de cualquier dispensa.

Como señala la Jurisprudencia¹⁶ en el denominado Caso saqueo de Marbella, el fundamento del deber de secreto profesional no puede identificarse con el supuesto deber del abogado, que ha decidido sumarse a un proyecto delictivo conjunto, de seguir posibilitando esa actuación delictiva.

Es cierto que el art. 263 de la LECrim, cuando regula la obligación de denunciar a los Abogados "... respecto de las instrucciones o explicaciones que recibieren de sus clientes", pero aun cuando la fijación de su contenido se hiciera conforme a un criterio más amplio,¹⁷ ***nunca podría confundirse éste con el deber de asegurar la impunidad de los delitos cometidos, no por el cliente, sino por el propio Letrado.***

En idéntica línea la Sentencia del Tribunal Supremo¹⁸ referida al supuesto en el que el Abogado actuó como testigo respecto de hechos relacionados con su patrocinado, afirmó que "*... no se puede mezclar el secreto profesional con actividades que implican a personas que, teniendo o no la condición de abogados, se ven inmersas en un proceso penal por actividades externas netamente delictivas y sobre cuyo conocimiento los terceros sólo podrían acogerse al secreto cuando se trata de hechos que hubieran conocido en el ejercicio de su cargo y pudiesen perjudicar a sus clientes. Sólo éstos son los titulares del derecho a la confidencialidad y secreto y no los profesionales que nada tiene que ver con los hechos que son objeto de acusación*".

La doctrina reseñada aboca a concretas conclusiones, conforme recoge la doctrina Jurisprudencial,¹⁹ cual es que ***no puede confundirse el secreto profesional con el deber de asegurar la impunidad de los delitos cometidos, no por el cliente, sino por el propio Letrado*** pues cuando la condición de letrado es accesoria y medio

16 STS núm. 1394/2009 de 25 enero (RJ 2010\1459).

17 STS Sala 3ª, Sección 6ª, 16 de diciembre de 2003 (RJ 2005, 3604),

18 STS 490/2006, 16 de marzo (RJ 2006, 4778),

19 STS Sala 3ª, Sección 6ª, 16 de diciembre de 2003 (RJ 2005, 3604)

posterior para materializar el tipo, no nos encontramos ante revelaciones efectuadas al letrado en su condición sino que nos encontramos ante un letrado que urde la trama delictiva en base a sus conocimientos y se alza como alma mater del ilícito penal que se instrumenta.