

ARTÍCULO JURÍDICO



EL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES ENTRE ABOGADOS TRAS LA LEY ORGÁNICA DEL DERECHO DE DEFENSA

Sergio Herrero Alvarez

(Abogado, Decano emérito ICA Gijón)

1. Una trascendente norma que no cae del cielo

“El derecho a la defensa está íntimamente relacionado con el Estado de Derecho. Junto con la tutela judicial efectiva, constituye uno de los derechos básicos de protección de la ciudadanía.” Así comienza el preámbulo de la Ley Orgánica 5/2024, de 11 de noviembre, del Derecho de Defensa (LODD), publicada en el BOE el 14 de noviembre y en vigor a partir del 4 de diciembre de 2024.

Se trata de una norma importante, que satisface una histórica reivindicación de la abogacía española y que no cae precisamente del cielo. Fue la máxima institución de representación democrática de nuestra profesión, el Consejo General de la Abogacía Española, quien, desde 2015, reclamó públicamente su necesidad, llegó luego a elaborar una propuesta del texto de la deseada ley, la presentó al poder legislativo y la impulsó decididamente ante todas las fuerzas parlamentarias hasta su aprobación final.

El ministerio de justicia ha destacado, con razón, que “con la aprobación de esta norma, España se vuelve pionera en este ámbito ya que en ningún Estado miembro de la Unión Europea (UE) ni en el Reino Unido existe una ley integral de defensa”.

El mismo Preámbulo de la norma, en su apartado III, se refiere así a su finalidad: “No es objetivo primordial de esta ley la recopilación de normas procesales, que ya gozan de un reconocimiento expreso y manifiesto en otras normas, ni la reiteración de principios consagrados, o la determinación de la regulación de la profesión de la abogacía. Esta ley va más allá: centra su razón de existir en la necesidad de que las personas físicas y jurídicas conozcan el especial reconocimiento y las garantías que les corresponden como titulares de su derecho de defensa, y determina tanto las garantías y deberes de los profesionales de la abogacía como, en especial, el juego

de la organización colegial, como salvaguarda y garantía de su ejecución y cumplimiento”. Sea como sea, lo que, en gran medida, hace la LO 5/2024 es afianzar y compilar en una norma con el máximo rango legal la garantía de observancia en los procesos judiciales de los derechos constitucionales, así como elevar de rango normativo el contenido material de disposiciones reguladoras ya existentes.

Una de las cuestiones tratadas por la LODD es la relativa al secreto profesional de las comunicaciones entre abogados y de su repercusión efectiva vamos a ocuparnos a continuación.

2. La regulación previa a la LODD del secreto profesional entre abogados

Con carácter general, la obligación de secreto profesional de los profesionales de la abogacía se establece en el artículo 542.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que dispone:

“542.3.- Los abogados deberán guardar secreto de todos los hechos y noticias de que conozcan por razón de cualquiera de las modalidades de su ejercicio profesional, no pudiendo ser obligados a declarar sobre los mismos.”

Como es sabido, la consecuencia del incumplimiento de esa obligación de secreto puede alcanzar, en los supuestos más graves, rango delictivo. El artículo 199.2 del Código Penal, establece:

“199.2.- El profesional que, con incumplimiento de su obligación de sigilo o reserva, divulgue los secretos de otra persona, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para dicha profesión por tiempo de dos a seis años.”

En el resto de casos, la vulneración del secreto profesional podrá constituir una infracción disciplinaria, cuya gravedad y consecuencias se detallan en los artículos 124 a 127 del Estatuto General de la Abogacía Española (EGAE), que determinan los tipos de infracciones (muy graves, graves y leves) y las sanciones imponibles





(apercibimiento por escrito, multa pecuniaria, suspensión del ejercicio de la abogacía y expulsión del Colegio).

Esa obligación de secreto comprende las comunicaciones mantenidas entre abogados, con prohibición expresa de su aportación a los tribunales. Al respecto los artículos 22 y 23 del Estatuto General de la Abogacía Española, aprobado por RD 135/2021, de 24 de marzo, y en vigor desde el 1 de julio de 2021, establecen:

“Artículo 22. Ámbito del secreto profesional.

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

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

“Artículo 23. Confidencialidad de las comunicaciones entre los profesionales de la Abogacía.

El profesional de la Abogacía no podrá aportar a los Tribunales ni facilitar a su cliente, las cartas, documentos y notas que, como comunicación entre profesionales de la Abogacía, mantenga con el profesional de la Abogacía de la otra parte, salvo que este lo autorice expresamente. Esta prohibición no alcanzará a las cartas, documentos y notas en que intervenga con mandato representativo de su cliente y así lo haga constar expresamente.”

La regulación del vigente EGAE no ofrece dudas. Lo que se exige para arrumbar el carácter secreto de la comunicación entre abogados es comprensible y explícito: debe hacerse constar expresamente que el abogado comunicante interviene con mandato representativo. Es la mención de esos concretos términos lo que volatiliza el secreto, alerta de ello al otro abogado y, así, entonces, ambos abogados saben que esa comunicación ya no es confidencial y lo comunicado puede ser empleado por cualquiera de ellos y aportado a un tribunal.

Solamente la expresa mención de la “intervención con mandato representativo” elimina la obligación de secreto. No sería razonable mantener, al contrario, que basta con que un abogado indique que se dirige a otro en representación de un cliente para que ya quede su comunicación exenta del deber de secreto para ambos

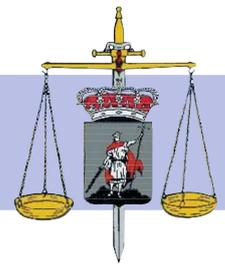
letrados. Si eso fuera así, el secreto profesional de las comunicaciones entre abogados desaparecería en la práctica totalidad de las ocasiones, ya que cada vez que un abogado se comunica con otro sobre un asunto lo hace, evidentemente, en nombre o representación de su cliente, y no en nombre propio del abogado.

Así lo confirma la Sentencia 189/2024, de 5 de marzo de 2024, del Tribunal Superior de Justicia de Asturias (TSJA), cuya sala de lo contencioso administrativo ratifica la sanción colegial por infracción disciplinaria grave, de dos meses de suspensión profesional, (en ese caso, impuesta por el Ilustre Colegio de la Abogacía de Gijón) a un abogado que presentó en un procedimiento judicial correos electrónicos remitidos por el letrado de la parte contraria, sin su consentimiento y sin hacer constar expresamente la expresión “mandato representativo”.

En el fundamento jurídico primero, la sentencia señala que el letrado sancionado “Alega que se incumple el elemento de tipicidad de las infracciones en cuanto que el recurrente actuaba con mandato representativo de su cliente”.

En el fundamento jurídico segundo, la resolución afirma que “dicha alegación es resuelta con total corrección en la sentencia apelada al responder en los siguientes términos: (...) el criterio general es la imposibilidad, salvo consentimiento expreso, de aportar los correos de comunicación entre letrados salvo que el abogado actúe con mandato representativo y lo haga constar expresamente. (...) En consecuencia, no se ha vulnerado el principio de tipicidad con la resolución recurrida puesto que se cometió la conducta infractora sin que concurra la causa de excepción prevista legalmente, que pasa por tener mandato representativo y hacerlo constar así expresamente, todo ello a fin de que el compañero en el ejercicio de la profesión con quien se está negociando/comunicando sepa a qué atenerse. Por lo tanto, poco ha de añadirse a lo antes expresado cuando, como ahí se refleja, todos y cada uno de los elementos típicos de la infracción están presentes en la conducta del apelante, a saber, presentar en un procedimiento judicial correos electrónicos remitidos por el letrado de la parte contraria, sin su consentimiento y sin hacer constar expresamente la expresión «mandato representativo».

La mención de la intervención con mandato representativo anula, pues, el secreto de la comunicación. Resulta obvio que, en esas condiciones de excepción expresa a la confidencialidad, ninguna negociación eficaz podrá desarrollarse, dado que las tentativas de acuerdo, ofertas, contraofertas, condiciones, matizaciones y propuestas debatidas para explorar e intentar un posible acuerdo, o se intercambian



de forma confidencial o, simplemente, las más de las veces, no se transmitirán siquiera, ante el riesgo de que ulteriormente lo tratado reservadamente de buena fe con ánimo de avanzar hacia una posible solución de consenso, pueda acabar siendo utilizado en contra de los intereses del cliente de quien se afanó lealmente en intentar el acuerdo.

En palabras del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en la Sentencia 192/2019, de 18 de marzo de 2019, de la sala de lo contencioso administrativo, la obligación de mantener como reservadas las comunicaciones con el abogado contrario, “pretende mantener la confidencialidad de las conversaciones entre letrados, de forma que puedan negociar e intentar conciliar los conflictos sin vinculación de sus tesis en un proceso posterior, y tal confidencialidad puede verse vulnerada y comprometida por la sorpresiva aportación de los correos, comunicaciones o grabaciones de conversaciones a un escenario procesal de beligerancia, que lesiona la buena fe de la parte contraria (al no contar con su consentimiento) y perjudica de forma directa el derecho a la tutela efectiva de su cliente”.

Por consiguiente, la comunicación no sujeta a secreto profesional debe reservarse, en una buena práctica profesional, para, el momento en que, culminado el proceso de negociación con un acuerdo, se deje constancia de lo pactado a fin de que ambos abogados cuenten con su acreditación documental en forma susceptible de poder ser aportada, si es preciso, ante los tribunales de justicia. En suma, la negociación debe ser secreta, para poder ser eficaz, y el acuerdo final alcanzado debe ser documentado y exhibible. Y, si no se llega a ninguna solución consensuada, todo lo conversado, comunicado y negociado debe permanecer en secreto.

La regulación estatutaria es clara y adecuada. La obligación profesional de su cumplimiento es también patente y los Colegios de la abogacía han de velar por su respeto o, llegado el caso, sancionar su infracción.

Sin embargo, la prohibición estatutaria de aportación a los tribunales de esas comunicaciones confidenciales choca con la realidad de que, en algunas ocasiones, la propia autoridad judicial admite como prueba esa documentación, considerando, creo que equivocadamente, inaplicable en estas situaciones la regla de exclusión probatoria del artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, a cuyo tenor “En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efectos las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”.

Pero eso, afortunadamente, va a cambiar con la nueva

norma.

3. La importante novedad de la LODD respecto a las comunicaciones entre abogados

El artículo 16.2 de la Ley Orgánica del Derecho de Defensa, establece, en sus apartados 2 y 3, lo siguiente:

“2. Las comunicaciones mantenidas exclusivamente entre los defensores de las partes con ocasión de un litigio o procedimiento, cualquiera que sea el momento en el que tengan lugar o su finalidad, incluso en fase extrajudicial, son confidenciales y no podrán hacerse valer en juicio ni tendrán valor probatorio, excepto en los casos en los que se hayan obtenido de acuerdo con lo previsto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal u otras leyes de aplicación o en que su aportación o revelación haya sido autorizada conforme a la regulación profesional vigente.

3. No se admitirán los documentos, cualquiera que sea su soporte, que contravengan la anterior prohibición, salvo que expresamente sea aceptada su aportación por los profesionales de la abogacía concernidos o las referidas comunicaciones se hayan realizado con la advertencia expresa y explícita de poder ser utilizadas en juicio.”

El cambio normativo es sumamente relevante. Ya no se trata, únicamente, de que el abogado tenga prohibido aportar a los tribunales las comunicaciones habidas con carácter confidencial, so pena de responsabilidad disciplinaria colegial. Desde ahora, también el tribunal tiene taxativamente prohibido, en una norma con rango de Ley Orgánica, admitir y valorar como prueba esa documentación. La protección efectiva del secreto de las comunicaciones profesionales entre abogados queda, así, realmente asegurada.

Dos advertencias resultan convenientes.

Por una parte, la comunicación intercambiada entre los profesionales solo será considerada confidencial cuando en ella no participe, además, ninguna tercera persona, como, por ejemplo, los clientes defendidos. Para merecer la protección legal como secretas las comunicaciones han de ser mantenidas “exclusivamente” entre abogados. La inclusión de un tercero no abogado, como destinatario simultáneo o en copia, por ejemplo, de un correo electrónico, impide considerar legalmente como secreta esa comunicación.

Por otro lado, este amparo legal del secreto de las comunicaciones entre profesionales cubre también las producidas con abogados del Estado y con letrados de la Seguridad Social, porque así lo establece la Disposición final cuarta, apartado dos de la LODD, al introducir una nueva disposición adicional séptima en la Ley 52/1997,





de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas, determinando que es aplicable a aquellos profesionales, entre otros, el artículo 16 de la LODD.

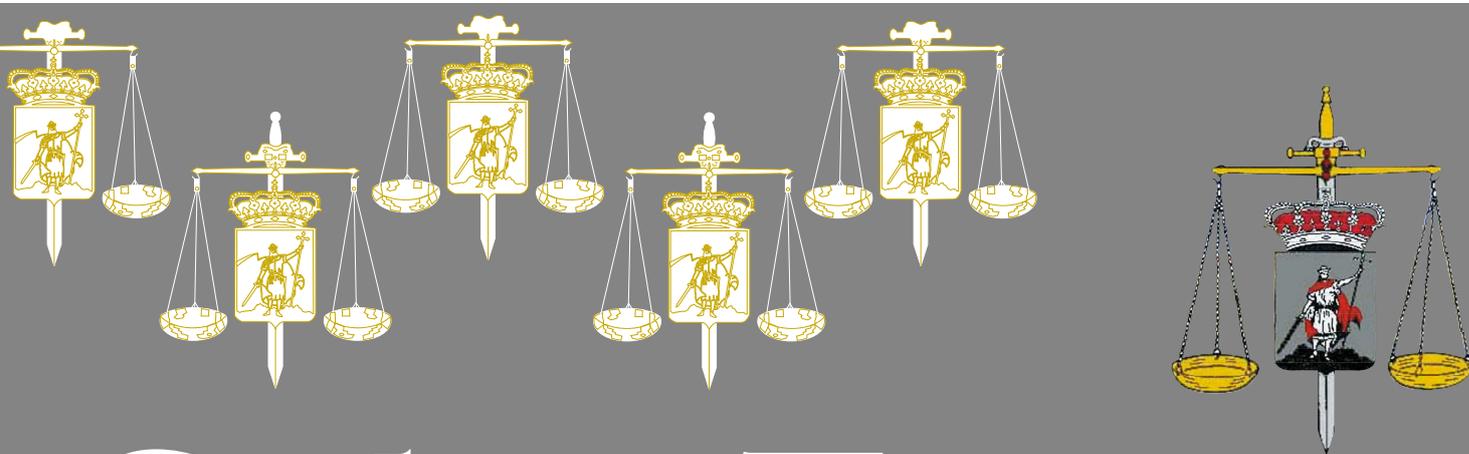
4. La forma adecuada de proceder durante y al concluir una negociación profesional

A la vista de la nueva regulación vigente, la práctica profesional adecuada respecto a las comunicaciones durante y al concluir cualquier negociación entre abogados puede plasmarse en las siguientes actuaciones y precauciones:

- a) Asegurarse de que todas las comunicaciones con otros abogados se dirigen exclusivamente a ellos, sin incluir nunca como destinatarias simultáneas ni en copia a otras personas.
- b) Mantener estrictamente la obligación de secreto profesional sobre esas comunicaciones, enviadas y recibidas, sin facilitar copia de ellas a nadie (ni siquiera al propio cliente) ni aportarlas ante ningún tribunal ni otro órgano.

c) Una vez concluida la negociación entre abogados, si se ha alcanzado un acuerdo, remitir entonces una nueva y diferente comunicación, que no incluya ni reenvío ni reproducción del texto de las comunicaciones anteriores, en la que se indique que su finalidad es dejar constancia del pacto cerrado entre ambas partes, a través de sus abogados, se exprese su contenido completo y se termine incluyendo la siguiente mención: “Esta comunicación la realizo interviniendo con mandato representativo de mi cliente y, por tanto, no está sometida a secreto profesional, pudiendo ser aportada como prueba documental ante los tribunales de justicia, conforme a lo dispuesto en el artículo 16.3 de la Ley Orgánica del Derecho de Defensa y en el artículo 23 del Estatuto General de la Abogacía Española, con lo cual ambas partes podemos considerar esta comunicación como prueba exhibible del acuerdo alcanzado. Quedo a la espera de contestación que incluya esta misma mención.”

d) Tras recibir el otro abogado la comunicación anterior, contestar afirmativamente, ratificando que ese es el contenido del acuerdo alcanzado e incluyendo al final de su respuesta la misma mención textual, salvo la última frase, ya innecesaria.



Sala de Togas[®]

Boletín del Ilustre Colegio de la Abogacía de Gijón[®] Nº 88 - ENERO 2025

**BENIGNO VILLAREJO REELEGIDO COMO DECANO,
CON TODA SU LISTA**



FESTIVIDAD DE LA PATRONA
Jura de nuevos colegiados y distinciones



ARTÍCULO JURÍDICO:

“El secreto de las comunicaciones entre abogados tras la Ley Orgánica del Derecho de Defensa”.

JURISPRUDENCIA: Civil, Penal y Laboral

OCIO Y CULTURA: Fútbol, Rincón del corredor, Fotografía y Cine