

REVISTA INTERNACIONAL DE DERECHO ROMANO

**APROXIMACIÓN HISTÓRICO-JURÍDICA AL
DEBER DE SECRETO DE LOS ABOGADOS EN EL
EJERCICIO DE SU PROFESIÓN**

**HISTORICAL APPROACH TO THE LAWYERS'
DUTY OF SECRECY IN THE EXERCISE OF THEIR
PROFESSION**

Carmen Lázaro Guillamón
Profesora Contratada Doctora
Universitat Jaume I
carmen.lazaro@dpu.uji.es

Desde un punto de vista moral podemos distinguir diferentes formas de secreto: el denominado “secreto natural” que se corresponde con la obligación de guardar reserva respecto de aquello que pueda causar perjuicio a la reputación del prójimo, el secreto

commisum o pactado, que encuentra origen en la promesa de no revelar el secreto antes incluso de recibirlo y obliga por la voluntad expresa de quien lo confía y por el contrato o pacto con el que se compromete quien lo recibe a no revelarlo y, por último, el secreto *prommisum*, que se garantiza después de haberlo recibido y obliga en virtud de la promesa. El secreto profesional es un secreto *commisum* dado que la confianza que vincula a las partes (abogado y cliente) incluye informaciones que interesa que no sean reveladas a la parte contraria o a terceros ajenos a la relación contractual y al derecho que se persigue, por tanto, el secreto profesional, en sentido amplio, se concreta en la obligación moral de no revelar o usar informaciones del cliente conocidas en razón de su defensa.

En la historia jurídica, parece que ni el Derecho griego antiguo ni el Derecho romano llegaron a regular la violación del secreto profesional como *crimina*, sin embargo, parece que la indiscreción profesional¹ no fue del todo indiferente y de hecho, llegaba a producirse. En la literatura, Tácito, *Ann.* 11.6 narra el caso de

¹ Prueba de ello es que en Grecia se obligaba a los nuevos médicos a pronunciar el famoso juramento de Hipócrates, en concreto, en relación con el secreto dispone “*Todo cuanto, en el trato con los demás, tanto en el ejercicio de la profesión como fuera del mismo, viere u oyere, que no deba divulgarse, lo consideraré absolutamente secreto*”.

Samius que descubre que su abogado, Suillius, después de aceptar una fianza de 400.000 sestercios, hace colusión con la otra parte, la ofensa recibida es tan horrenda que provoca el suicidio de Samius. Las frases de Tácito son muy descriptivas: [...] *nec quicquam publicae mercis tam venale fuit quam advocatorum perfidia [...], [...] ut quo modo vis morborum pretia medentibus, sic fori tabes pecuniam advocatis ferat [...]*. Virgilio, *Aeneid*, VI.609, afirma que los abogados pueden maltratar a su padre y traicionar la confianza de un cliente – [...] *pulsatusue parens et fraus innexa clienti [...]*-. Apuleyo, *Metamorphoseon*, X.33, habla de “borregos forenses” y de “buitres con toga” para referirse a los abogados: *Quid ergo miramini, vilissima capita, immo forensia pecora, immo vero togati vulturii [...]*.

En el Derecho romano, el abogado es considerado persona digna e irreprochable, en particular, sirvan como prueba las palabras de D. 3.3.77 (Paulus 57 ad ed.)- *Omnis qui defenditur boni viri arbitratu defendendus est*, texto que tiene continuidad en D. 3.3.78pr (Africanus 6 quaest.)- *Et ideo non potest videri boni viri arbitratu litem defendere is, qui actorem frustrando efficiat, ne ad exitum controversia deducatur*; es decir, los defensores son considerados *boni viri* de forma que quien defienda con engaños no puede considerarse tal. En efecto, es en el Derecho

romano donde encontramos las primeras referencias a la obligación de secreto de los abogados en el ejercicio de su profesión, en particular, en un texto ubicado en el título V del libro XXII sobre los testigos² del jurista Aurelio Arcadio Carisio³ se ha querido ver la obligación no propalar secretos respecto de abogados, procuradores y escribanos, en concreto, en D. 22.5.25 se pone de manifiesto que en un litigio que los patronos (abogados y procuradores) no pueden deducir testimonio⁴.

En relación a esta posible obligación de secreto, en las fuentes que hemos sometido a consideración, el término para hacer referencia a la actividad ilícita del abogado es el de *praevaricatio*, cuyo origen etimológico es muy sugerente. El término procede de dos vocablos: el adverbio **prae**, que significa delante o por delante y el verbo **varicare**, que significa andar como los patituertos, de manera que prevaricar significaría

² D. 22.5.25 (Arcadius I.S. de test.)- *Mandatis cavetur, ut praesides attendant, ne patroni in causa cui patrocinium praestiterunt testimonium dicant. quod et in exsecutoribus negotiorum observandum est.*

³ El jurista Aurelio Arcadio Carisio (Aurelius Arcadius Charisius) fue *magister libellorum* del emperador Constantino (D. 1.11.1).

⁴ Según RIGO VALLBONA, J., *El secreto profesional de abogados y procuradores en España*, Barcelona, 1988, p. 84, se trata de evitar la parcialidad de los abogados y procuradores, no de una protección del secreto.

desviarse de la línea recta, salirse de la senda. Originalmente se aplicaba al arado que en su camino se desvía de la trayectoria a seguir, pero es evidente que el concepto se prestaba también a otros usos de tipo más filosófico y jurídico. Así fue como en el Derecho romano aparece la idea aplicada al abogado que favorece ocultamente a la parte contraria traicionando a la suya. En efecto, desde un punto de vista exclusivamente jurídico, Ulpiano describe el contenido de la *praevaricatio* a propósito del delito de adulterio en D. 50.16.212 (Ulpianus 1 de adult.).- "*Praevaricatores*" *eos appellamus, qui causam adversariis suis donant et ex parte actoris in partem rei concedunt: a varicando enim praevaricatores dicti sunt, donde praevaricatio proviene de prevaricare que significa, como dice Ulpiano, apoyarse en una y otra parte. Este mismo jurista recoge la definición del ilícito ofrecida por Labeón en D. 47.15.1pr (Ulpianus 6 ad ed. praet.).- *Praevaricator est quasi varicator, qui diversam partem adiuvat prodita causa sua. Quod nomen Labeo a varia certatione tractum ait: nam qui praevaricatur, ex utraque parte constitit, quin immo ex altera, esto es, prevaricación era el abandono doloso de la acusación o el favorecimiento de los intereses de la parte contraria en un litigio. A decir de MOMMSEN⁵, en el procedimiento acusatorio romano esta *praevaricatio* indicaba la connivencia de las partes para llevar el proceso de**

⁵ MOMMSEN, TH., *Römisches Strafrecht*, Göttingen, 1999, p. 501.

forma que el demandado resultase injustamente favorecido bien con la absolución, bien con una pena minorada. En efecto, Ulpiano está delimitando de forma general el contenido de injusto en la *praevaricatio*, puesto que inmediatamente introduce la particularidad respecto a este ilícito cometido por un abogado, vayamos al texto:

D. 47.15.1.1 (Ulpianus 6 ad ed. praet.)- *Is autem praevaricator proprie dicitur, qui publico iudicio accusaverit: ceterum advocatus non proprie praevaricator dicitur. Quid ergo de eo fiet? Sive privato iudicio sive publico praevaricatus sit, hoc est prodiderit causam, hic extra ordinem solet puniri.*

En este texto advierte Ulpiano que al abogado no se le puede calificar de prevaricador en cualquier caso, en concreto, se plantea el jurista cuáles serán las consecuencias para un abogado que hubiera traicionado su causa –*Quid ergo de eo fiet?*– se hubiera ventilado ésta en un juicio público o privado. La respuesta del propio Ulpiano es que este abogado será castigado *extra ordinem*, es decir, se da al cliente perjudicado por la indiscreción de su abogado la posibilidad de ejercitar una acción *extra ordinem*.

Vayamos a otro de los textos que hace referencia a la posible *praevaricatio* del abogado, en este caso de Emilio Macro:

D. 47.15.3.2 (Macer 1 publ. iudic.)- *Quod si advocato praevaricationis crimen intendatur, publicum iudicium non est: nec interest, publico an privato iudicio praevaricatus dicatur.*

En el mismo título que el pasaje de Ulpiano dedicado a la *praevaricatio*, el jurista Emilio Macro habla de “crimen de prevaricación” de un abogado sin plantearse ninguna cuestión, aunque advierte que el juicio al que se verá sometido el abogado prevaricador no es público (sin que afecte a dicha naturaleza que la ilicitud considerada prevaricación tuviera lugar en juicio público o privado). Para Emilio Macro parece evidente que la acción que podrá intentar el cliente contra su abogado cuando éste no realice colusión sino que su conducta sea, por ejemplo, la de faltar al deber de secreto, tendrá naturaleza privada.

En efecto, JOANITIS y ŽALĒNIENĒ⁶ afirman que la responsabilidad de un abogado por incumplimiento de los que son sus deberes tiene naturaleza civil. Por

⁶ JOANITIS, M. – ŽALĒNIENĒ, I., “The concept of bar and fundamental principles of an advocate’s activity in Roman Law”, en *Jurisprudencija* 2009, 3 (117) 299-312, p. 308.

tanto, tal y como pone de manifiesto Emilio Macro, el abogado “prevaricador” que no comete connivencia, sino que, como decía Ulpiano, traiciona su propia causa, no será juzgado en un procedimiento penal público⁷. La conclusión de Emilio Macro es firme:

D. 47.15.3pr (Macer 1 publ. iudic).- *Praevaricationis iudicium aliud publicum, aliud moribus inductum est.*

Es decir, la *praevaricatio* del abogado que traiciona su causa *moribus inductum est*, no proporciona un juicio público porque no entra dentro del tipo penal definido por Ulpiano en D. 50, 16, 212 (Ulpianus 1 de adult).- “*praevaricatores*” *eos appellamus, qui causam adversariis suis donant et ex parte actoris in partem rei concedunt: a varicando enim praevaricatores dicti sunt*) ni por Labeón en D. 47.15.1.1 (Ulpianus 6 ad ed. praet.).- *Praevaricator est quasi varicator, qui diversam partem adiuvat prodita causa sua. Quod nomen Labeo a varia certatione tractum ait: nam qui praevaricatur, ex utraque parte constitit, quin immo ex altera.* Ulpiano considera *praevaricator* sólo al acusador (actor) que realiza connivencia con el acusado⁸. En el supuesto

⁷ La *praevaricatio* fue regulada en la *Lex Iulia iudiciorum publicorum*.

⁸ Según MOMMSEN, TH., *Römisches Strafrecht, cit.*, p. 421, el origen del delito posiblemente provenga del proceso civil, aunque no se consiguió establecer su existencia a no ser que sea en el proceso de las *quaestiones*. Como afirma SANTALUCIA, B., *Derecho penal*

definido por D. 47.15.1.1, D. 47.15.3.2 y D. 47.15.3pr, al abogado no se le puede considerar *praevaricator* porque lo que hace es traicionar su propia causa y, en tal caso, es juzgado *extra ordinem*⁹. En definitiva, Ulpiano, conocedor del tipo penal, tiene claro que no toda vulneración del deber del abogado puede ser susceptible de *praevaricatio*, por tanto, no parece que haya una acción penal que proteja el secreto profesional¹⁰.

Quizá el motivo de esta falta de inclusión de la violación del secreto profesional entre los ilícitos públicos ha de buscarse, entre otras posibilidades, en el hecho del inicial carácter sagrado de la profesión de abogado¹¹. Igualmente, el hecho de la inclusión de la

romano, trad. de J. Paricio y C. Velasco, Milano, 1989, p. 122, hablaríamos de una confabulación entre el acusador y el acusado dirigida a excluir a otro acusador, no dispuesto a compromisos con el reo, y a obtener así la absolución de éste. Esta conducta se castigó a través del correspondiente procedimiento penal, vid. RASCÓN, C., *Síntesis de historia e instituciones de Derecho romano*, Madrid, 2006, p. 375.

⁹ Vid. PIETRINI, S., *Sull'iniziativa del processo criminale romano (IV-V Secolo)*, Milano 1996, p. 30, n. 41.

¹⁰ RIGO VALLBONA, J., *El secreto profesional*, cit., p. 82.

¹¹ En este sentido vid. RODRÍGUEZ ENNES, L., *Honorarios de los abogados en Roma*, Ponencia presentada en el XIV Congreso Latinoamericano de Derecho romano: http://www.edictum.com.ar/miWeb4/ponencias_14.htm. El mismo autor en "Reflexiones en torno al origen de los honorarios de los

abogacía entre las *operae liberales* cuya esencia se encuentra en el contrato de mandato que *de facto* suele ser un favor con origen en la *amicitia*, principio romano que, como manifiesta SCHULZ¹², no tiene que ver nada con el concepto actual, dado que “los amigos romanos recurren el uno al otro en una medida que llevaría a los que hoy se llaman comúnmente amigos a romper inmediatamente toda relación”. Todo ello independientemente del hecho de que la evolución de la profesión¹³ marcara una primera etapa que llegaría hasta finales de la república caracterizada por la sumisión clientelar sin vínculo contractual entre abogado y cliente, asentada en la *fides* y la *amicitia* y presidida por la gratuidad de los servicios del *patronus*, una segunda etapa en la que la *advocatio* ya es considerada una dedicación particular marcada por el interés privado en la que el abogado es merecedor de la lícita retribución de sus servicios¹⁴ y, por último, una

advocati”, en *Poder político y Derecho en la Roma clásica*, Madrid, 1996, 133-138, *passim*.

¹² SCHULZ, F., *Principios del Derecho romano*, trad de M. Abellán de la original München-Leipzig, 1934, p. 253.

¹³ Vid. BARCIA LAGO, M., *Abogacía y ciudadanía. Biografía de la abogacía ibérica*, Madrid, 2007, pp. 198ss.

¹⁴ En el 204 a.C. la *Lex Cincia de donis et muneribus* prohibía a los abogados recibir donaciones o dinero -según nos transmite Tácito, Ann. 11.5: *ne quis ob causam orandam pecuniam donumve accipiat*-, sin embargo se trata de una *lex imperfecta*. Sí que se convierte en efectiva prohibición la recogida en D. 50.13.1.12 (Ulpianus 8 de omn. trib.)- *Si cui cautum est*

tercera etapa, coincidente con el inicio del Bajo Imperio en la que se llegaría a reglamentar y estructurar el oficio en *ordines advocatorum*, es un *munus publicum* del que la organización política imperial no puede prescindir.

Sin embargo, en este contexto y a pesar de esta evolución, afirma RIGO VALLBONA¹⁵ que muy posiblemente el magistrado romano no llegó a hacer uso del poder de coerción del secreto profesional, fundamentalmente porque el grado de civilización conseguido entonces no le permitía comprender la *honorarium vel si quis de lite pactus est, videamus, an petere possit. Et quidem de pactis ita est rescriptum ab imperatore nostro et divo patre eius: Litis causa malo more pecuniam tibi promissam ipse quoque profiteris. Sed hoc ita ius est, si suspensa lite societatem futuri emolumenti cautio pollicetur. Si vero post causam actam cauta est honoraria summa, peti poterit usque ad probabilem quantitatem, etsi nomine palmarii cautum sit: Sic tamen, ut computetur id quod datum est cum eo quod debetur neutrumque compositum licitam quantitatem excedat. Licita autem quantitas intellegitur pro singulis causis usque ad centum aureos*, se trata de un rescripto de Septimio Severo confirmado por Caracalla transmitido por Ulpiano que ratifica la *licita quantitatis* en 100 áureos por causa defendida. Esta cantidad es equivalente a la del Senadoconsulto Claudiano del 47 d.C de 10.000 sestercios, en este Senadoconsulto Claudiano (*de repetundis*) se amplían las penas de la *Lex Iulia iudiciorum publicorum* a abogados que cobraban honorarios superiores a los autorizados: 10.000 sestercios.

¹⁵ RIGO VALLBONA, J., *El secreto profesional, cit.*, p. 83

utilidad social de tal represión. A nuestro entender, que no hiciera uso de la represión penal no significa que no ser viera la necesidad de proteger cualquier conducta de un abogado que violara principios éticos y morales en su relación con el cliente, si bien, esta represión, muy probablemente tomó el camino del derecho privado.

En relación con la *praevaricatio* ajustada a la definición de Ulpiano – recordemos: D. 50, 16, 212- y de Labeón -D. 47.15.1.1- hallamos diversos pasajes en los que se establece el procedimiento y la pena. En concreto, en C. 2.7.1¹⁶ se establece que cuando se produce la prevaricación del *patronus causae*¹⁷ se puede volver a juzgar la misma cosa –*denuo quaeretur*– además de la aplicación de la sanción penal. Sin embargo, si la acusación de prevaricación no es suficientemente probada, al que acusa se le imputará

¹⁶ C. 2.7.1 Imperator Antoninus a. Doloni.- *Si patronum causae praevaricatum putas et impleveris accusationem, non deerit adversus eum pro temeritate commissi sententia, atque ita de principali causa denuo quaeretur. Quod si non docueris praevaricatum, et calumnia notaberis et rebus iudicatis, a quibus non est provocatum, stabitur* (a. 213).

¹⁷ Si el crimen era cometido por el acusado se denominaba *tergiversatio* y en los demás casos *collusio* (en este sentido vid. D. 48.16.1-6).

de calumnia y no cabrá la apelación¹⁸, es decir, se tendrá por cosa juzgada.

En cuanto a la pena, el acusador que abandona su causa por entendimientos con el acusado era castigado con las penas del *calumniator*, perdiendo su honradez ciudadana¹⁹. Posteriormente se habla de pena extraordinaria, en concreto, es relevante el texto de Paulo:

D. 47.15.6 (Paulus I.S. de iud. publ.). *Ab imperatore nostro et patre eius rescriptum est, ut in criminibus, quae extra ordinem obiciuntur, praevaricatores eadem poena adficiantur, qua tenerentur, si ipsi in legem commisissent, qua reus per praevaricationem absolutus est.*

El jurista se refiere a un escrito de los emperadores Septimio Severo y Antonino Caracalla que mandan castigar a los prevaricadores con la misma pena a la que estarían sujetos si estos hubieran incurrido en la ley en virtud de la que el reo fue absuelto. Sin embargo,

¹⁸ Como afirma RAGGI, L., *Studi sulle impugnazione civili nel processo romano*, Milano, 1961, pp. 216ss, se hace depender la posibilidad de apelación del juicio sobre prevaricación.

¹⁹ En efecto, el *crimen calumniae* fue ampliado por el *Senatusconsultum Turpillianum* del año 61 d.C., que a las previsiones de la *Lex Remnia* añade la *tergiversatio*, es decir, el abandono injustificado de la acusación y la *praevaricatio*.

parece que estaba prevista una pena más dura para el procurador que favorece al procurador del contrario D. 48.19.38.8 (Paulus 5 sent.).- *Si quis instrumentum litis suae a procuratore adversario proditum esse convicerit, procurator si humilior sit, in metallum damnatur, si honestior, adempta parte bonorum dimidia in perpetuum relegatur*, si es *humilior* es condenado a minas, y si es *honestior* además es relegado a perpetuidad con privación de la mitad de sus bienes. Es más, a tenor de D. 50.2.3.1 (Ulpianus 3 de off. procons.).- *Sed si quis ob falsam causam vel aliam de gravioribus non ad tempus sit relegatus, sed ad tempus ordine motus, in ea est causa, ut possit in ordinem redire. Imperator enim Antoninus edicto proposito statuit, ut cuicumque aut quacumque causa ad tempus ordine vel advocacyibus vel quo alio officio fuisset interdictum, completo tempore nihilo minus fungi honore vel officio possit. Et hoc recte: Neque enim exaggeranda fuit sententia, quae modum interdictioni fecerat*, a la responsabilidad derivada de la prevaricación hay que sumar la suspensión de la práctica de la abogacía por cierto tiempo tal y como se desprende de un edicto publicado al efecto por el emperador Antonino.

En definitiva, la responsabilidad exigible a un abogado que revelara cualquier punto que su cliente le hubiera comentado pero no a la parte contraria de

modo que su actuación fuera punible como connivencia, no se dibuja desde lo público, la jurisprudencia romana si se llegó a plantear la necesidad de proteger la conducta de un abogado que violara principios éticos y morales en su relación con el cliente lo hizo tomando el camino del derecho privado.

La jurisprudencia romana entendió que la responsabilidad de un abogado por incumplimiento de los que son sus deberes para con su cliente no tiene relevancia para el derecho público. Esta conclusión deja abierta la puerta a la investigación dado que el hecho de que en los ordenamientos jurídicos actuales la violación del secreto profesional se halle incluida entre los ilícitos de naturaleza penal, ciertamente es causa de un cambio que puede llegar a detectarse siguiendo el *iter* histórico-jurídico de la institución.