INFORMES COMISION JURIDICA 2011

Índice

Prólogo
Una respuesta jurídica a los problemas actuales 9

Informe nº 1/2011
La intervención judicial de las comunicaciones abogado-cliente y sus consecuencias sobre el derecho a la defensa en el proceso penal 11

Informe nº 2/2011
Propiedad, posesión, uso y abuso de los expedientes de clientes en los despachos de abogados 29

Informe nº 3/2011
Utilización del cloud computing por los despachos de abogados 43

Informe nº 4/2011
La regulación de los letrados asesores del órgano de administración de sociedades mercantiles y sobre la posibilidad de designar a letrados-personas jurídicas 55

Informe nº 5/2011
El derecho a la asistencia letrada al detenido (art. 17.3 Ce), su relación con el derecho a la defensa (art. 24.2 CE) y posibilidades para su reforzamiento 67

Informe nº 6/2011
El derecho de huelga de Jueces y Magistrados 81

Informe nº 7/2011
Los denominados juicios paralelos o virtuales emitidos en medios audiovisuales que representan y reproducen hechos que constituyen el objeto de un proceso penal en situación de litispendencia 93

Informe nº 8/2011
Las posibilidades de reacción del abogado en caso de retraso en las audiencias públicas 115

Informe nº 9/2011
El tratamiento en IVA de las cuotas satisfechas a los colegios profesionales por sus miembros 127

Informe nº 10/2011
La aplicación del recurso cameral permanente a la actividad profesional de los abogados 129

Informe nº 11/2011
La regulación de la función de "lobby" por los despachos de abogados en la Unión Europea 141

Informe nº 12/2011
El tratamiento jurídico-procesal de las situaciones de maternidad y paternidad concurrentes en las abogadas y abogados que ejerzan la defensa procesal 147

Informe nº 13/2011
Los requisitos exigibles para el acceso a la abogacía en España por parte de súbditos de Estados miembros de la Unión Europea 163

Prólogo

Una respuesta jurídica a los problemas actuales

Carlos Carnicer
Presidente del Consejo General de la Abogacía Española

Uno de los objetivos de mi Presidencia ha sido que el Consejo General de la Abogacía Española tuviera la capacidad de dar respuesta jurídica a los problemas que se nos plantean a los abogados y a los Colegios, pero también a nuestro país, a la sociedad española. El compromiso del CGAE con sus miembros y con la sociedad exigía que dedicáramos una parte importante de nuestro esfuerzo a tratar de mejorar la legislación mediante la elaboración de las propuestas oportunas, a facilitar respuestas comunes para las cuestiones que se plantean a los Colegios de Abogados y a analizar en profundidad los problemas más importantes del ejercicio profesional del abogado.

El CGAE debe estar a la cabeza de la reflexión jurídica en nuestro país y debe abanderar causas de permanente actualidad que nos son próximas y queridas a los abogados. La defensa en general de los derechos humanos y, en particular, del esencial derecho de defensa; la protección jurídica de los más desfavorecidos; la consolidación de nuestro sistema de asistencia jurídica gratuita; la denuncia de las irregularidades cometidas por los poderes públicos son ejemplos paradigmáticos. El CGAE, como colectivo que agrupa a los abogados españoles, debía asumir el reto y ofrecer soluciones a los problemas y debía hacerlo con productos de calidad jurídica indudable e indiscutible.

Para todo ello creamos en el año 2009 la Comisión Jurídica del CGAE. Se trata de una Comisión formada por destacados abogados que no son miembros del Consejo y que actúan con absoluta independencia. Se trata además de abogados comprometidos con su profesión, con sus compañeros, con los derechos humanos y con el fin último de poner su granito de arena para mejorar la sociedad en que vivimos.

Los informes elaborados por esta Comisión Jurídica responden en ocasiones a preguntas formuladas por los consejeros del CGAE o por cualquiera de los Colegios de Abogados de España. En otros casos se trata de ofrecer interpretaciones legales, de dar respuesta a cuestiones procedentes de los diferentes departamentos ministeriales o de reacción frente a pronunciamientos judiciales que pueden crear para el futuro situaciones de inseguridad jurídica.

La versatilidad de la Comisión Jurídica y de sus miembros asegura que los dictámenes serán siempre profundos, exhaustivos y coherentes. Cada asunto se

encomienda a uno o varios ponentes, atendiendo al perfil o especialidad de cada uno. Una vez que la ponencia está elaborada, se reparte al resto de miembros por correo electrónico. Las observaciones al texto se formulan también por correo electrónico para garantizar su conocimiento general y poder llevar a cabo un debate más abierto y fructífero.

La utilización de las comunicaciones electrónicas ayuda a utilizar mejor el tiempo disponible y evita reuniones innecesarias. Bien es cierto que esas reuniones se producen periódicamente, pero con el trabajo ya avanzado. Por último, la redacción final del informe se lleva a cabo por el ponente atendiendo a todas las observaciones y sugerencias formuladas y previamente aceptadas, en su caso.

El trabajo en equipo es generalmente garantía de mayor acierto en la toma de decisiones y ésa es la forma de actuar de nuestra Comisión Jurídica.

El CGAE remite los dictámenes a todos los Colegios de Abogados de España para que los conozcan y les den el uso que estimen conveniente. Sin embargo, el CGAE también ha entendido que el trabajo de su Comisión Jurídica merece ser objeto de conocimiento general y que no basta con la remisión de los dictámenes a los Colegios. Por ello hemos decidido acometer esta publicación, que permitirá a quien lo considere oportuno acceder al contenido de los dictámenes elaborados en el año 2011.

Se trata de ofrecer a los profesionales y a la sociedad en su conjunto el fruto de nuestro trabajo, materializando nuestro compromiso inicial y permanente con todos y cada uno de los ciudadanos españoles.

Informe nº 1/2011

La intervención judicial de las comunicaciones abogado-cliente y sus consecuencias sobre el derecho a la defensa en el proceso penal

I. ANTECEDENTES

1. Dentro de la investigación de determinadas actividades de una red de piratería informática (el llamado "Caso Anonymous") la juez titular del Juzgado de Instrucción número 4 de Gijón ordenó la realización de escuchas telefónicas a una persona considerada sospechosa de liderar la supuesta red delictiva.
2. Como consecuencia de la intervención ordenada por la juez, resultaron grabadas una serie de conversaciones en las que el acusado y su abogado discutían las implicaciones penales del caso, así como posibles estrategias de defensa. Dichas grabaciones han quedado incorporadas al sumario.
3. En esta situación, se ha planteado si la grabación de las conversaciones entre la persona investigada y su abogado puede constituir una prueba válida en el correspondiente proceso penal.

II. OBJETO

4. El objeto del presente Dictamen es analizar la problemática de la afectación al derecho de defensa como resultado de la intervención de las comunicaciones telefónicas, la cual se encuentra regulada por el artículo 579 del Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, que aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal ("**LECrim**").
5. De esta forma, se analizará si la grabación de las conversaciones entre abogado y cliente puede constituir una prueba lícita en el proceso penal y, concretamente, atendiendo a la descripción fáctica proporcionada, si puede ser admitida en el caso concreto que se ha planteado.
6. Para ello, el presente Dictamen fijará el alcance de la intervención prevista en el artículo 579 LECrim, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, así como los límites que para dicha

intervención determinan el derecho al secreto de las comunicaciones y el derecho a la tutela judicial efectiva, en su especial manifestación del derecho de defensa, recogido en el artículo 24.2 de la Constitución Española (CE).

III. EL SUPUESTO PLANTEADO Y LA NORMA HABILITANTE DE LA INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES: EL ARTÍCULO 579 LECRIM

7. De acuerdo con la descripción proporcionada, en el supuesto de hecho analizado la titular del Juzgado de Instrucción acordó intervenir las comunicaciones telefónicas de uno de los investigados, con el fin de reunir posibles pruebas incriminatorias.

8. Asimismo, según la descripción del supuesto de hecho, la persona cuyas comunicaciones telefónicas fueron intervenidas se encontraba en libertad en el momento en que tuvieron lugar las conversaciones.

9. Esta última circunstancia resulta especialmente relevante para el análisis efectuado en el presente Dictamen, en tanto que la situación de libertad determina la no aplicación de normas específicas que regulan la intervención de las comunicaciones de los reclusos en establecimientos penitenciarios y, concretamente, del artículo 51, apartado 2 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria ("**LGP**"), si bien este precepto será objeto de estudio en el presente Dictamen a efectos de llevar a cabo el correspondiente análisis sistemático.

10. De esta forma, al no encontrarse el sujeto cuyas comunicaciones fueron intervenidas en la situación de especial sujeción que establece la legislación penitenciaria, nuestro análisis se centrará en la norma que, con carácter general, regula la intervención de las comunicaciones dentro del proceso penal: el artículo 579 LECrim.

IV. EL DERECHO DE DEFENSA Y LAS COMUNICACIONES ENTRE ABOGADO Y CLIENTE

11. Como punto de partida, para analizar las cuestiones jurídicas que plantea el supuesto de hecho expuesto en los apartados precedentes entendemos que resulta necesario realizar, a nuestro juicio, una serie de presiones conceptuales. Dentro de la regulación del derecho fundamental a la tutela

judicial efectiva, el apartado 2 del artículo 24 CE recoge una serie de garantías específicas de carácter procesal, en los siguientes términos:

> *"Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley,* ***a la defensa y a la asistencia de letrado****, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.*
> ***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****".* [El subrayado y la negrita son nuestros].

12. A este respecto, la legislación española ha introducido, como un elemento configurador del derecho de defensa, la necesidad de que la información intercambiada entre abogado y cliente tenga carácter confidencial.

13. Esta necesaria confidencialidad se encuentra reflejada en numerosos preceptos de nuestro ordenamiento jurídico, como es el caso del artículo 437.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial[1] ("**LOPJ**") y de los artículos 32.1 y 42.1 del Estatuto General de la Abogacía Española, aprobado por Real Decreto 658/2001[2]. La misma idea del mantenimiento confidencial de la información conocida por causa del ejercicio profesional de la abogacía sirve de fundamento al artículo 199.2 del Código Penal[3] y se encuentra también en el artículo 371.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil[4]. Y directamente en co-

---

1 *Artículo 437.2 LOPJ: "Los Abogados deberán guardar secreto de todos los hechos o noticias de que conozcan por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, no pudiendo ser obligados a declarar sobre los mismos".*

2 Artículo 32.1 EGA: "*De conformidad con lo establecido por el artículo 437.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los abogados deberán guardar secreto de todos los hechos o noticias que conozcan por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, no pudiendo ser obligados a declarar sobre los mismos*".
Artículo 42.1 EGA: "*Son obligaciones del 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*".

3 Artículo 199.2 CP: "*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*".

4 Artículo 371.1 LEC: "*Cuando, por su estado o profesión, el testigo tenga el deber de guardar secreto respecto de hechos por los que se le interrogue, 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*".

nexión con la problemática que nos ocupa en el presente dictamen, por el artículo 416.2 LECrim[5].

14. A este respecto, debemos poner de manifiesto que el propósito de las normas anteriores no es tutelar el deber de fidelidad de los profesionales del Derecho hacia sus clientes (que corresponde a las normas deontológicas), sino que está llamado a proteger la "*esfera de confidencialidad*" inherente al ejercicio de la Abogacía. Se pretende así evitar que una autoridad pueda exigir al abogado la revelación de datos relacionados con el objeto de su asesoramiento jurídico.

15. Sentado lo anterior, fácilmente se comprende, entonces, que el adecuado ejercicio del derecho de defensa comprende de forma inescindible el establecimiento de una comunicación sin interferencias entre el abogado y su cliente. Si para garantizar el citado derecho de defensa el ordenamiento jurídico protege el contenido de la información entre el cliente y su abogado, estableciendo a éste además el deber de secreto, resultaría incoherente que ese mismo ordenamiento jurídico amparase la interceptación por terceros de esa misma comunicación.

16. La protección de las comunicaciones entre el abogado y su cliente también ha sido considerada como parte del contenido esencial del derecho a la defensa y asistencia letrada, el cual se encuentra positivizado en el artículo 6.3 c) del Convenio Europeo de Derechos Humanos. A este respecto, entre otras muchas, pueden citarse las siguientes sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ("**TEDH**"): 5 de octubre de 2006, "Caso Marcello Viola contra Italia"; de 13 de marzo de 2007, "Caso Castravet contra Moldavia" y de 27 de noviembre de 2007, "Caso Zagaria contra Italia".

17. La necesidad de garantizar la inviolabilidad absoluta del secreto de las comunicaciones entre abogado y cliente se aprecia con toda claridad si se analizan las posibles consecuencias que tendría una vulneración de dicho secreto por medio de la realización de escuchas telefónicas o cualquier otro medio de intervención conforme al artículo 579 LECrim.

18. La información que intercambian un abogado y su cliente no se corresponde con simples manifestaciones sobre hechos que luego deban ser interpretadas o analizadas por parte de los órganos encargados de la instrucción. Al contrario: la información intercambiada entre abogado

---

[5] En virtud del artículo 416 LECrim, está dispensado de la obligación de declarar en el proceso penal "*el Abogado del procesado respecto a los hechos que éste hubiese confiado en su calidad de defensor*".

y cliente normalmente contendrá posibles estrategias de defensa, la determinación de los hechos jurídicamente más relevantes y su posible conexión con otros desconocidos por la instrucción, entre otros aspectos. Estas características ya dejan claro que la información intercambiada entre abogado y cliente, en el caso de ser aportada como prueba al sumario, afectaría gravemente al ejercicio del derecho de defensa.

19. Pero aún más relevante es el hecho de que el cliente, entre otras posibilidades, llegue a confesar a su abogado la comisión del delito. En este supuesto la aportación de la conversación al proceso no supondría la anulación del derecho de defensa, sino algo mucho más grave, como la propia autoinculpación del procesado.

20. Estos razonamientos nos permiten fácilmente afirmar que el ejercicio adecuado del derecho de defensa determina, ineludiblemente, la confidencialidad de las conversaciones entre abogado y cliente. De esta forma, podemos concluir que las comunicaciones entre letrado defensor y cliente constituyen una manifestación específica del derecho a la tutela judicial efectiva, respecto de la cual debe existir una protección más reforzada que aquélla que resulte aplicable a las comunicaciones personales con carácter general, la cual se encontraría protegida por el secreto de las comunicaciones del artículo 18.3 CE.

V. ANÁLISIS DE LA NORMA PROCESAL DE COBERTURA: EL ARTÍCULO 579 LECRIM

21. Hasta este punto, hemos analizado el contenido del secreto aplicable a la información intercambiada entre abogado y cliente, el cual es una manifestación específica del derecho de defensa que recoge el artículo 24.2 CE, constituyendo por lo tanto un derecho con sustantividad propia, el cual está diferenciado con toda claridad respecto del secreto de las telecomunicaciones que, con carácter general, protege el artículo 18.3 CE.

22. Tras esta primera precisión, debemos analizar la norma procesal penal específica que regula el ejercicio de las facultades de intervención de comunicaciones por parte del juez instructor: el artículo 579 LECrim. En relación con el mismo, analizaremos las líneas principales de su regulación, así como la aplicación práctica que el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional han efectuado de las disposiciones contenidas en el mismo, trasladando finalmente el resultado de este análisis a la posible aplicación del artículo 579 LECrim respecto a la información intercambiada entre abogado y cliente.

A. Primer análisis del artículo 579 LECrim. Generalidad e insuficiencia de la norma

23. El actual artículo 579 fue introducido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal por la reforma operada por medio del artículo 2 de la Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo ("**Ley Orgánica 4/1988**"). La redacción vigente del precepto tiene el siguiente tenor literal:

> *"1. Podrá el Juez acordar la detención de la correspondencia privada, postal y telegráfica que el procesado remitiere o recibiere y su apertura y examen, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa.*
> *2. Asimismo, el Juez podrá acordar, en resolución motivada, la intervención de las comunicaciones telefónicas del procesado, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa.*
> *3. De igual forma, el Juez podrá acordar, en resolución motivada, por un plazo de hasta tres meses, prorrogable por iguales períodos, la observación de las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas de las personas sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal, así como de las comunicaciones de las que se sirvan para la realización de sus fines delictivos".*

24. El artículo 579 LECrim tenía el propósito de equilibrar las necesidades derivadas del desarrollo de la investigación en el proceso penal con el respeto al derecho al secreto de las comunicaciones, recogido en el artículo 18.3 CE:

> *"Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial."*

25. En una primera lectura, el contenido del artículo 579 LECrim apenas desarrolla mínimamente las condiciones que debe reunir la resolución judicial a la que hace referencia el artículo 18.3 CE. En el ámbito concreto de las comunicaciones telefónicas, el apartado 2 del artículo 579 LECrim faculta al juez que instruye la causa para autorizar la intervención de las mismas, por medio de una decisión motivada y siempre que la intervención resulte necesaria para llevar a cabo la investigación criminal.

26. Fácilmente se comprende que el artículo 579 LECrim tiene una redacción excesivamente genérica, en tanto que no efectúa ninguna referencia que permita regular la casuística de las posibles vulneraciones de los derechos fundamentales en el curso de la investigación.

27. A este respecto, algunas de las principales carencias que se identifican en el precepto son la falta de fijación de un ámbito temporal para la intervención (el apartado 3, en principio, deja abierta la posibilidad de acordar prórrogas de forma indefinida) y, muy especialmente, que el artículo

579 no aborde en absoluto las consecuencias de la intervención de las comunicaciones de personas a las que el ordenamiento penal ha reconocido un derecho o deber de confidencialidad. De esta forma, el artículo 579 LECrim no contiene ninguna referencia a la intervención de comunicaciones con parientes del investigado, ministros de culto, médicos y, en lo que a nuestro caso respecta, abogados.

28. El tratamiento que pueda darse a estos sujetos resulta especialmente sensible, en tanto que el ejercicio de su actividad profesional se encuentra directamente relacionado con el ejercicio del derecho de defensa, como recoge expresamente el artículo 24.2 CE, el cual constituye un derecho autónomo y diferenciado respecto del derecho al secreto de las comunicaciones del artículo 18.3 CE, como ha tenido ocasión de señalar la doctrina penalista. A este respecto, podemos citar a López-Fragoso Álvarez[6], quien se pronunciaba en los siguientes términos:

> *"el secreto profesional se presente como límite de las posibles medidas de intervención telefónica, pero no por efecto directo del secreto formal del artículo 18.3 CE, sino derivado del artículo 24.2 CE y de sus normas de desarrollo".*

29. A este respecto, la insuficiente regulación de la intervención de las comunicaciones que lleva a cabo el artículo 579 LECrim ha sido puesta de manifiesto en numerosas ocasiones por la jurisprudencia del TEDH. Con carácter específico, la sentencia de 18 de febrero de 2003, Caso "Prado Bugallo c. España" (TEDH/2003/6) efectuaba la siguiente exposición de las carencias del artículo 579 LECrim, con el siguiente tenor literal:

> *"El Tribunal considera que las garantías introducidas por la Ley de 1988 no responden a todas las condiciones exigidas por la jurisprudencia del Tribunal, especialmente en las sentencias Kruslin contra Francia y Huvig contra Francia, para evitar abusos. Lo mismo ocurre con la naturaleza de las infracciones que pueden dar lugar a las escuchas, con la fijación de un límite a la duración de la ejecución de la medida, y con las condiciones de establecimiento de las actas de síntesis que consignan las conversaciones intervenías, tarea que se deja a la competencia exclusiva del Secretario Judicial. Estas insuficiencias se refieren igualmente a las precauciones que hay que tomar para comunicar intactas y completas las grabaciones realizadas, para su control eventual por un juez y por la defensa. La ley no contiene ninguna disposición a este respecto".*

---

6 López Fragoso Álvarez, T. "*Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*" Madrid 1991. En el mismo sentido Jiménez Campo, J. en "*La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones*" RDC 1987, núm. 20. *"el secreto profesional de los abogados y las comunicaciones con éstos de sus clientes no podrá resultar afectado por obra de la resolución judicial prevista en el precepto constitucional que se considera (el artículo 18.3 CE) pues este tipo de secreto profesional está al servicio del derecho de defensa, que resulta intangible".*

30. Y en relación con esta misma problemática pueden citarse numerosos pronunciamientos del Tribunal Constitucional. En este punto, la resolución más significativa en esta materia es la sentencia del Pleno de 23 de octubre de 2003 (RTC/2003/184) (Fundamento Jurídico 5º), la cual abordó la cuestión en los siguientes términos:

> *"Pues bien, nuestro pronunciamiento, acogiendo la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de nuestros órganos judiciales, debe poner de manifiesto que el art. 579 LECrim (LEG 1882, 16) adolece de vaguedad e indeterminación en aspectos esenciales, por lo que no satisface los requisitos necesarios exigidos por el art. 18.3 CE (RCL 1978, 2836) para la protección del derecho al secreto de las comunicaciones, interpretado, como establece el art. 10.2 CE, de acuerdo con el art. 8.1 y 2 CEDH (RCL 1999, 1190, 1572). En la STC 49/1999, de 5 de abril (RTC 1999, 49), F. 5, en la que proyectamos a partir de nuestra Constitución dichas exigencias, dijimos que se concretan en: «**la definición de las categorías de personas susceptibles de ser sometidas a escucha judicial; la naturaleza de las infracciones susceptibles de poder dar lugar a ella; la fijación de un límite a la duración de la ejecución de la medida; el procedimiento de transcripción de las conversaciones interceptadas; las precauciones a observar, para comunicar, intactas y completas, las grabaciones realizadas a los fines de control eventual por el Juez y por la defensa; las circunstancias en las cuales puede o debe procederse a borrar o destruir las cintas, especialmente en caso de sobreseimiento o puesta en libertad**».* [El subrayado y la negrita son nuestros].

31. Llegados a este punto, una vez llevado a cabo el primer análisis del artículo 579 LECrim, nuestra primera conclusión debe ser que, lejos de contar con un marco preciso para la aplicación de la norma, el precepto no aborda la problemática concreta que se ha planteado en nuestro caso: la intervención de las comunicaciones entre abogado y cliente.

32. La sentencia del Tribunal Constitucional de 23 de octubre de 2003 continuaba señalando que el artículo 579 LECrim constituye una norma habilitante de la intervención, desde la perspectiva del secreto de las telecomunicaciones. Sin embargo, la sentencia destacaba las carencias en su regulación en lo relativo a la afectación a otros derechos fundamentales, dotados de sustantividad propia:

> *"**A estos efectos resulta conveniente señalar que al legislador corresponde ponderar la proporcionalidad de la exclusión, o inclusión, y en su caso bajo qué requisitos, de círculos determinados de personas en atención a la eventual afectación de otros derechos fundamentales o bienes constitucionales concurrentes al intervenirse sus comunicaciones, o las de otros con quienes se comunican, como en el caso de abogados o profesionales de la información el derecho al secreto profesional (arts. 24.2 párrafo 2** y 20.1.d CE) o en el caso de Diputados o Senadores el derecho al ejercicio de su cargo de representación política (art.23.2 CE) su inmunidad parlamentaria y la prohibición de ser inculpados o procesados sin previa autorización de la Cámara respectiva (art. 71.2 CE)"* [El subrayado y la negrita son nuestros].

33. Esta situación de vacío normativo nos obligará a analizar la aplicación práctica del artículo 579 LECrim por parte de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, desde la perspectiva de la concreta afectación que la intervención judicial puede llegar a producir sobre las comunicaciones entre un abogado y su cliente.

B. El artículo 579 LECrim y el derecho de defensa. La construcción jurisprudencial en la aplicación del precepto

34. Como se ha expuesto en el apartado anterior, el artículo 579 LECrim viene marcado por dos notas: su generalidad y por su imprecisión. El precepto no aclara el procedimiento para acordar y ejecutar la medida judicial de intervención, ni tampoco ha abordado de forma específica la posible afectación a las comunicaciones entre abogado y cliente.

35. El resultado práctico de esta imprecisión en la norma es que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido a complementar las importantes carencias identificadas en la regulación del artículo 579 LECrim, estableciendo una serie de garantías elementales que debe reunir la decisión judicial que acuerde la intervención de las comunicaciones.

36. Un pronunciamiento especialmente relevante en este sentido es el Auto del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1992[7] (RJ 1992/6102), el cual constataba que el artículo 579 LECrim no fijaba un procedimiento específico para llevar a cabo la intervención, con lo que procedía a complementar su contenido por medio de la aplicación analógica del artículo 586 LECrim, estableciendo también unos requisitos mínimos de motivación de la decisión judicial que acordara la intervención.

---

[7] Los términos concretos con los que el Tribunal Supremo describía la cuestión eran los siguientes:
"Sin llegar a mantener la carencia de cobertura, en sede de legalidad ordinaria, atendida la insuficiencia del art. 579 LECrim, a la que luego se hará una más extensa referencia, respecto de las autorizaciones judiciales para la interceptación de las conversaciones telefónicas, hay que manifestar que dada la citada y grave insuficiencia de la regulación actualmente vigente, es obligado llevar a cabo una especie de construcción por vía jurisprudencial de la forma correcta de realización de tal medida, utilizando la vía analógica de la LECrim respecto a la detención de la correspondencia privada y otros supuestos semejantes, así, por ejemplo, el art. 586 de la misma, ***resultando, por tanto, imprescindible que la resolución que acuerde la intervención/observación se motive, se determine su objeto, número o números de teléfono y personas cuyas conversaciones han de ser intervenidas/observadas, quiénes hayan de llevarlas a cabo y cómo, períodos en que haya de darse cuenta al Juez para controlar su ejecución y, especialmente, la determinación y concreción, hasta donde sea posible, de la acción penal a la que se refiere para aplicar rigurosamente el principio de proporcionalidad****."* [El subrayado y la negrita son nuestros].

37. Una sentencia especialmente ejemplificativa a este respecto es la dictada por el Tribunal Supremo con fecha 28 de noviembre de 2001 (RJ/2001/10328), la cual, en el Fundamento Jurídico Preliminar, Punto Sexto, identifica de forma sistemática las exigencias, ya consolidadas, que regulan el ejercicio de esta facultad de intervención del artículo 579. Los requisitos identificados son los siguientes:

    (i) Habilitación judicial: necesidad de que la medida de intervención sea adoptada por un juez de instrucción, bien en el curso de una investigación criminal, bien dando paso a un proceso que se inicia con la concesión de la interceptación.

    (ii) Motivación de la resolución: la adopción de la medida concreta de intervención telefónica debe ser específicamente justificada por el juez, en relación con las circunstancias del caso concreto.

    (iii) Excepcionalidad y subsidiariedad: la medida, que supone la afectación directa a la intimidad de las comunicaciones protegida por el artículo 18.3 CE, debe tener un carácter subsidiario respecto de otros medios de intervención menos lesivos para los derechos fundamentales.

    (iv) Imprescindibilidad y proporcionalidad: la adopción de la medida debe encontrarse precedida de una valoración de los intereses en conflicto en el caso concreto. La importancia de los elementos de prueba que puedan obtenerse gracias a la intervención debe ser valorada de forma ponderada con la afectación al derecho fundamental de secreto de las comunicaciones.

    (v) Duración razonable de la medida: la duración en el tiempo de la medida también se encuentra sujeta al cumplimiento del principio de proporcionalidad

    (vi) Prórrogas: el juez instructor debe controlar de forma periódica el progreso de la investigación, revisando el contenido de las grabaciones realizadas. A la vista del desarrollo de la investigación, el juez deberá decidir si resulta necesario continuar con la medida, así como ponderar si la utilidad probatoria de la intervención resulta proporcionada a la extensión en el tiempo de la misma.

    (vii) Trascripción bajo fe del Secretario Judicial: el Secretario deberá comprobar que las transcripciones enviadas se corresponden con el contenido auténtico de las grabaciones.

38. Lógicamente, la pregunta que debemos plantearnos a continuación es si el artículo 579 LECrim constituye un título suficiente para llevar a cabo la

intervención de las comunicaciones, cuando el propio contenido de las mismas, por razón de los sujetos intervinientes en ellas, se encuentra amparado por derechos fundamentales dotados de sustantividad propia. En nuestro caso, si se produjera la intervención de las comunicaciones entre abogado y cliente, resulta evidente que los efectos de dicha intervención irían más allá del artículo 18.3 CE, incidiendo de forma directa en el derecho a la defensa tutelado por el artículo 24.2.

39. Como explicaremos a continuación, las propias características de la información que es intercambiada entre abogado y cliente (la cual, en el caso de ser puesta en conocimiento de los funcionarios al cargo de la investigación, produciría la anulación o al menos la reducción del derecho de defensa), limitan en la práctica de forma decisiva la facultad de intervención judicial cuando pueden verse afectadas las comunicaciones entre abogado y cliente.

40. Dicha facultad de intervención, como veremos más adelante, ha quedado en la práctica limitada a un supuesto absolutamente excepcional: la presencia de indicios sólidos de que el propio letrado está participando o colaborando en la supuesta actividad delictiva de su cliente.

C. La posibilidad excepcional de intervenir las conversaciones entre abogado y cliente

41. Las comunicaciones que la persona investigada pueda mantener con su abogado, al encuadrarse en el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva, gozan de una sustantividad propia y de una protección excepcionalmente reforzada que impide considerar que el artículo 579 LECrim permita autorizar la intervención de comunicaciones con carácter general.

42. Sin embargo, en algunos casos excepcionales sí que se ha admitido la intervención de las comunicaciones entre abogado defensor y cliente al amparo del artículo 579 LECrim. Dichos casos son aquéllos en los que existen sospechas fundadas y razonables de que el propio abogado pueda constituir un colaborador, cómplice o coautor en las actividades delictivas objeto de investigación.

43. Una exposición de esta problemática se encuentra en el reciente Auto del Tribunal Supremo de fecha 19 de octubre de 2010 (causa especial 20716/2009)[8], dictado en relación con la querella por prevaricación con-

---

[8] El Auto efectúa una exposición de los precedentes más significativos de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. A este respecto, el Auto señala, con refer-

tra el magistrado instructor del Caso Gürtel, en el que precisamente era objeto de enjuiciamiento la decisión judicial de intervenir las comunicaciones entre determinados reclusos sometidos a investigación y sus abogados defensores.

44. Pues bien, dicho Auto concluye reafirmando la separación entre (i) la simple afectación de las comunicaciones de terceros y (ii) la afectación al ejercicio del derecho de defensa. Los concretos términos empleados por la resolución son los siguientes:

> *"Ahora bien, sentado lo anterior, sí debe quedar muy claro que los supuestos en que se autorice la intervención de las comunicaciones de un interno con su letrado han de ser sumamente extraordinarios, de modo que el nivel de exigencia indiciaria contra el abogado connivente ha de tener una enjundia y solidez sin duda notablemente superior a los supuestos de intervención habituales de las comunicaciones de un imputado con terceras personas ajenas a su letrado. Y es que los derechos fundamentales afectados son muy distintos en unos casos y en otros, tanto desde una visión cuantitativa como cualitativa de los mismos."*

45. Por ello debemos concluir que la posibilidad de intervención de las comunicaciones entre abogado y cliente en los casos en los que existan indicios fundados de colaboración criminal por parte del letrado no altera las conclusiones expuestas en el apartado anterior sobre la absoluta intangibilidad de las comunicaciones entre abogado y cliente amparadas por el ejercicio del derecho de defensa.

46. En efecto, la intervención de las comunicaciones, en estos supuestos, nunca vendrá determinada por la condición de letrado de la persona investigada, sino por la existencia de indicios graves de la participación del

---

encia a los antecedentes jurisprudenciales, que la intervención de las comunicaciones entre abogado y cliente sí que podrá ser acordada cuando existan indicios fundados de colaboración delictiva. Los concretos términos empleados son los siguientes:
"*Sobre este particular, es importante resaltar que el Tribunal Europeo de Derechos humanos* ***ha admitido la intervención de las comunicaciones entre el letrado y su cliente en los supuestos excepcionales en que se instrumentalice el ejercicio de la profesión de abogado para la comisión de conductas delictiva****s.*
Y así, en la sentencia de 30 de septiembre de 1985 (Caso Can contra Austria), a pesar de que se estimó infringido el art. 6.3.c) del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de Libertades Fundamentales por haberse impedido a un imputado en situación de prisión provisional comunicarse libremente con su abogado durante un periodo de tres meses al inicio de la instrucción (se le impuso que las entrevistas con su letrado fueran a presencia de personal judicial ante el peligro de ocultación de pruebas), se matiza que no quedó constatado en el caso concreto el peligro de colusión entre el imputado y el letrado con incumplimiento de los deberes profesionales de éste. ***Con lo cual, se deja abierta la posibilidad de que la medida fuera legítima en el caso de que se acreditara una actuación delictiva del letrado en connivencia con el imputado****.*" [El subrayado y la negrita son nuestros].

abogado en el delito mismo. En tales casos, la comunicación no está protegida por el artículo 24.2 CE por la sencilla razón de que el contenido material de la comunicación no es una sola manifestación del derecho de defensa, sino un elemento de la perpetración misma del hecho delictivo y de la responsabilidad de sus autores.

D. Análisis sistemático. La intervención de comunicaciones abogado-recluso del artículo 51.2 de la Ley General Penitenciaria

47. En el apartado anterior hemos concluido que el artículo 579 LECrim constituye una norma general que habilita la intervención de las comunicaciones de particulares mediante autorización judicial. Sin embargo, no puede admitirse que la intervención de las comunicaciones pueda afectar a otros derechos dotados de sustantividad propia, y en especial el derecho de defensa, salvo en los supuestos absolutamente excepcionales como que el propio letrado está participando o colaborando en la supuesta actividad delictiva de su cliente.

48. Esta conclusión también se ve refrendada en un análisis sistemático cuando se tienen en cuenta otras normas de derecho positivo, las cuales sí que han regulado expresamente la posible intervención de las comunicaciones entre abogado y cliente. A este respecto, debemos señalar que dicha posibilidad de intervención sí que se encuentra prevista expresamente por el artículo 51.2 LGP, el cual aborda la cuestión en los siguientes términos:

> *"Las comunicaciones de los internos con el Abogado defensor o con el Abogado expresamente llamado en relación con asuntos penales y con los Procuradores que los representen, se celebrarán en departamentos apropiados y* ***no podrán ser suspendidas o intervenidas salvo por orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo****".* [El subrayado y la negrita son nuestros].

49. La existencia en este punto de una habilitación expresa de la LGP a la intervención de las comunicaciones entre abogado y cliente debe ser interpretada en sus términos más estrictos. Es decir, como una norma especial (aplicable únicamente a los reclusos en establecimientos penitenciarios) la cual permite la intervención de las comunicaciones del preso con su abogado defensor exclusivamente para los delitos de terrorismo.

50. A este respecto, debe ponerse de manifiesto que el artículo 51.2 LGP limita estrictamente la intervención de las comunicaciones de los abogados para los supuestos de terrorismo (intervención para cual será necesaria, además, la expresa autorización judicial). La presencia de la conjunción copulativa "y" ha sido interpretada unánimemente en el sentido de que la

misma determina la exigencia de los dos requisitos de forma cumulativa, nunca alternativa. Así lo ha señalado claramente la Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de junio de 1994 (RTC 1994/183), que declara «la imposibilidad constitucional de interpretar este último precepto en el sentido de considerar alternativas las dos condiciones de "orden de la autoridad judicial" y "supuestos de terrorismo que en el mismo se contienen". Y en el mismo sentido se ha pronunciado la Sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de marzo de 1998 (RTC 1998/58).

51. El carácter absolutamente excepcional de esta intervención impide su aplicación analógica y constituye un argumento adicional que confirma nuestra conclusión del apartado anterior: la imposibilidad de intervenir, con carácter general, las comunicaciones entre abogado y cliente con base en la aplicación del artículo 579 LECrim[9].

VI. LA INTERVENCIÓN DE LAS CONVERSACIONES ABOGADO-CLIENTE EN EL SUPUESTO DE HECHO PLANTEADO

52. Llegados a este punto del Dictamen, nuestras conclusiones son claras: las conversaciones entre abogado y cliente no pueden ser objeto de intervención conforme al artículo 579 LECrim, con la excepción de los casos en que existan indicios fundados de colaboración delictiva por parte del abogado. Lo cierto es que aceptar la posibilidad de intervenir y de incorporar como prueba dichas conversaciones no sólo supondría la anulación del derecho de defensa, sino que en la práctica convertiría el intercambio de información del procesado con su abogado en un auténtico acto autoinculpatorio.

53. Ahora bien, en el caso concreto que se ha planteado, descrito en el apartado I, concurre una circunstancia que obliga a matizar y a efectuar un análisis más detallado de la respuesta proporcionada. En efecto:

    (i) La intervención telefónica llevada a cabo en nuestro caso no iba dirigida de forma directa a interceptar las conversaciones entre la persona investigada y su abogado (circunstancia que habría determinado sin lugar a dudas la nulidad de todas las comunicaciones intervenidas).

---

[9] A este respecto, una exposición de la relación entre el artículo 51.2 LGP y el artículo 579 LECrim puede encontrarse en el trabajo de RAMÓN C. PELAYO "*Intervención de las comunicaciones entre abogado y cliente. Intromisión ilegítima en el derecho a la defensa.*" Actualidad Jurídica Aranzadi núm. 795/2010.

(ii) En el supuesto de hecho planteado entendemos que lo ocurrido es que, en el curso de la intervención de las comunicaciones, se ha producido la grabación casual de determinadas conversaciones de la persona investigada con su abogado[10].

(iii) Sin embargo, de acuerdo con la relación de hechos proporcionada, existe un elemento que indica que, intencionadamente, se mantuvo en el tiempo la grabación de las conversaciones de la persona investigada con su abogado.

En efecto, los agentes de Policía que realizaban las escuchas realizaron una transcripción de su contenido. En las anotaciones que acompañaban a la transcripción de las conversaciones se identifica a los intervinientes, apareciendo específicamente identificadas las conversaciones en las que interviene el abogado.

54. Pues bien, teniendo en cuenta los hechos expuestos, consideramos que existen argumentos de peso para defender que la grabación de las conversaciones incurre en vicio de ilegalidad. Ello, por motivos de índole procesal (la intencionalidad en la intervención y el posterior control judicial sobre la misma) y de índole sustantiva (el propio contenido de las conversaciones, integrado en el núcleo del derecho de defensa). A continuación analizaremos el supuesto de hecho desde cada una de dichas perspectivas.

A. Mantenimiento de la intervención y control judicial

55. De acuerdo con el supuesto de hecho descrito, no hay ningún elemento que permita considerar que la orden judicial por medio de la cual se autorizaron las escuchas tenía el propósito específico de intervenir las conversaciones entre la persona investigada y su abogado. Por ello, debemos asumir la legalidad de la orden judicial que autorizó la intervención.

56. Ahora bien, como hemos indicado, los agentes que realizaban las grabaciones, al enviar las transcripciones de las mismas a la juez, realizaron varias anotaciones en las cuales identificaron al abogado de la persona investigada. Esta circunstancia resulta especialmente relevante, en tanto que:

---

[10] Aunque en el relato de hechos proporcionado no se ha llegado a especificar la situación exacta que dio lugar a las grabaciones, lo probable es que se hubiera ordenado la intervención de determinados números de teléfono utilizados por la persona investigada, y que la misma realizara y recibiera llamadas de su abogado a través de dichos números.

(i) Para identificar a una determinada persona como abogado del investigado, los agentes tuvieron que escuchar una primera conversación (la cual probablemente tendría un contenido relevante para el derecho de defensa).

(ii) Con posterioridad, al interceptar nuevas conversaciones, los agentes (ya conocedores de la condición de abogado del interviniente) continuaron grabándolas y transcribiendo su contenido.

(iii) Fácilmente se comprende que, si bien la primera grabación pudo haber sido intervenida de forma casual, las restantes intervenciones fueron, probablemente, el resultado de una decisión deliberada de los agentes que supervisaban las escuchas.

57. A este respecto, debemos señalar que la jurisprudencia, dentro de la labor interpretativa realizada para suplir las carencias en la regulación del artículo 579 LECrim, ha afirmado que la medida de intervención de las comunicaciones debe estar sometida a un control judicial continuado[11], el cual tiene el propósito de garantizar que la afección al secreto de las comunicaciones resulte proporcional a la utilidad de la información obtenida.

58. Dicha supervisión judicial consiste en que, una vez comenzada la investigación, el juez debe valorar las pruebas obtenidas hasta un momento determinado y decidir, a la luz de la relevancia de dichas pruebas, si la intervención de las comunicaciones efectivamente constituye un medio efectivo y necesario para la investigación o si, por el contrario, el daño causado a los derechos fundamentales resulta desproporcionado respecto a la relevancia del material probatorio.

---

[11] La sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional de 5 de abril de 1999 (RTC 1999/49) dictaminaba que el control judicial es inseparable para el ejercicio legal de la medida de intervención de las comunicaciones:
"*En efecto, al analizar la garantía constitucional del secreto de las comunicaciones hemos indicado que, en su realización, es preciso el respeto de «requisitos similares a los existentes en otro tipo de control de comunicaciones» (STC 85/1994, fundamento jurídico 3º); la estricta observancia del principio de proporcionalidad en la ejecución de la diligencia de investigación (STC 86/1995, fundamento jurídico 3º), y que* «el control judicial efectivo en el desarrollo y cese de la medida es indispensable para el mantenimiento de la restricción del derecho fundamental dentro de los límites constitucionales» (STC 49/1996, fundamento jurídico 3º). Por tanto, el control judicial de la ejecución de la medida se integra en el contenido esencial del derecho cuando es preciso para garantizar su corrección y proporcionalidad." [El subrayado y la negrita son nuestros].

59. Desconocemos si en este caso la juez de instrucción tuvo ocasión de efectuar una revisión del desarrollo de la medida de intervención. No obstante, la exigencia de supervisión judicial pone de manifiesto que la autorización para la intervención de las comunicaciones nunca podrá ser considerada como una "delegación" del juez en los agentes de la Policía.

60. Si tenemos en cuenta lo anterior, los agentes, en el curso de la investigación, al advertir la grabación de las conversaciones de la persona investigada con su abogado, debieron ponerlo en conocimiento del juez instructor para que el mismo valorara la procedencia de continuar con la intervención. La conducta que en ningún caso puede admitirse es la simple continuación de las escuchas cuando ya se había identificado una posible lesión al derecho de defensa, con el agravante de que expresamente se identificara al abogado en la transcripción de las conversaciones.

B. Inviolabilidad del contenido de las conversaciones

61. De todas formas, para el caso de que hipotéticamente se considerase que la intervención de las comunicaciones entre el abogado y cliente se hubiera producido de una forma absolutamente casual, sin intervención o dirección por parte de los agentes encargados del caso, debemos señalar que dichas conversaciones en ningún caso podrían constituir una prueba válida en el proceso penal.

62. La causa o motivo de esta exclusión se encuentra en la especial naturaleza que revisten las conversaciones entre abogado y cliente, cuya confidencialidad y secreto, como hemos visto, forman parte del núcleo del derecho de defensa. Es este contenido material, consustancial al ejercicio del derecho del artículo 24.2 CE, lo que determina la inviolabilidad de las comunicaciones, como hemos tenido ocasión de explicar en detalle en el apartado IV del presente Dictamen. La doctrina especializada, a este respecto, ha insistido en la imposibilidad de la admisión como prueba de estas grabaciones. A este respecto, Bachmaier Winter[12] ha puesto de manifiesto lo siguiente:

> *"Puede suceder, sin embargo, que esa comunicación confidencial entre el cliente y su abogado sea interceptada casualmente, al realizar la llamada el imputado desde un teléfono intervenido. En estos casos, la grabación debe ser destruida, y en ningún caso el contenido de la misma podría acceder al proceso penal, sin perjuicio de que la destrucción de la cinta y la valoración*

---

[12] Bachmaier Winter L. "*Intervenciones telefónicas y derechos de terceros en el proceso penal. La necesidad de una regulación legal del secreto profesional y de otras relaciones de confianza"* En Revista de Derecho Procesal. Números 1-3. Año 2004, pp. 41-82.

de la irrelevancia de su contenido se sometan al control judicial que ha de existir en el desarrollo de toda diligencia de escucha".

63. Por ello, aun asumiendo que la intervención de las comunicaciones hubiera resultado absolutamente casual, el específico contenido de dicha comunicación debería determinar la imposibilidad de su aportación como prueba en el procedimiento, en tanto que dicha aportación determinaría, en la práctica, la anulación del derecho de defensa.

CONCLUSIONES

Primera. La confidencialidad y el secreto de las comunicaciones entre un abogado y su cliente forman parte del núcleo del derecho de defensa consagrado en el artículo 24.2 CE. Sin embargo, el artículo 579 LECrim constituye el título habilitante genérico para la interceptación de las comunicaciones dentro del curso de la investigación penal, con carácter general.

Segunda. Por ello, la doctrina y la jurisprudencia consideran de forma unánime que las comunicaciones entre el cliente y su abogado se encuentran protegidas con carácter específico por el derecho de defensa del artículo 24.2 CE, sin que el artículo 579 LECrim constituya un título que permita la intervención de dichas comunicaciones, en tanto que dicha intervención anularía el derecho de defensa.

Tercera. De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la intervención de las comunicaciones entre abogado y cliente solamente podrá ser acordada con carácter excepcional, cuando se altera la naturaleza de la comunicación por existir indicios fundados de que el letrado esté colaborando con su cliente en la comisión del delito.

Cuarta. En relación con el concreto supuesto de hecho planteado, y de acuerdo con la descripción facilitada, existen indicios de que la intervención de las comunicaciones entre abogado y cliente fue mantenida de forma voluntaria, a sabiendas de que estaba interviniendo información protegida, en los términos del apartado VI del presente Dictamen. Esta circunstancia debería determinar la imposibilidad de considerar como prueba el contenido de dichas grabaciones.

Quinta. En todo caso, las comunicaciones entre abogado y cliente no pueden constituir una prueba válida, en tanto que la aportación de las mismas, por su contenido, determinaría un daño irreparable al derecho de defensa de la persona cuyas comunicaciones resulten intervenidas.

Informe nº 2/2011

Propiedad, posesión, uso y abuso de los expedientes de clientes en los despachos de abogados

Se ha solicitado informe sobre la regulación de ciertas cuestiones relacionadas con la propiedad, posesión y uso de los expedientes relativos a clientes y su tratamiento en los despachos de abogados. Cabe formular al respecto las siguientes

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

I. INTRODUCCIÓN

Al hilo de algún reciente pronunciamiento jurisdiccional sobre la situación creada en un despacho colectivo de abogados tras la marcha de algunos de sus miembros (después del cese de uno de ellos) en la cual varios de los letrados se llevaron a un nuevo despacho cientos de expedientes correspondientes a asuntos en los que habían trabajado, se plantea la realización de un estudio de conjunto sobre dicha situación jurídica así sobre cuales puedan ser las posibles soluciones en derecho a tal conflicto.

Lo que sigue es el resultado de nuestro trabajo.

II. LA SUCESIÓN DE ABOGADOS (Y SUS EXPEDIENTES) EN UN ASUNTO

El marco general de las obligaciones y derechos del abogado en relación con sus expedientes, aunque no específicamente tratado, debe derivar en primer lugar del Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española.

Dentro del mismo, y en una aproximación progresiva, observamos como su artículo 26.1 establece que los abogados tendrán plena libertad de aceptar o rechazar la dirección de un asunto, así como de renunciar al mismo en cualquier fase del procedimiento, siempre que no se produzca indefensión al cliente

En su virtud, los abogados que hayan de encargarse de la dirección profesional de un asunto encomendado a otro compañero en la misma instancia deberán solicitar su venia, salvo que exista renuncia escrita e incondicionada a proseguir su intervención por parte del anterior letrado, y en todo caso, recabar del mismo la información necesaria para continuar el asunto.

En definitiva, el procedimiento de venia parece constituir el mecanismo ordinario para permitir que un asunto (y el expediente que lo soporta: "*la información necesaria para continuar el asunto*" dice el precepto) pase de un letrado a otro.

Como novedad en la regulación actual del Estatuto, sabido es que la venia resulta obligada y de carácter automático una vez que haya sido solicitada con carácter previo y por escrito, excepto en caso de urgencia a justificar.

No se olvide pues —y conviene destacarlo con énfasis por su relevancia en el procedimiento de sustitución de letrados— que el letrado requerido no puede oponerse a la venia, so pretexto de abreviar o urgir el pago de las cantidades que le son debidas, condicionando a ello la susodicha venia.

Y aquí aparece de nuevo el expediente cuando (26.3 del Estatuto) se indica que el letrado requerido no puede denegarla, naciendo entonces "*la obligación por su parte de devolver la documentación en su poder y facilitar al nuevo letrado la información necesaria para continuar la defensa*".

A partir de ese momento el letrado sustituido tendrá derecho a reclamar los honorarios que correspondan a su intervención profesional y el sustituto tendrá el deber de colaborar diligentemente en la gestión de su pago. Pero el asunto y —lo que nos interesa— el expediente quedan en manos del nuevo letrado.

III. LA FORMA DE EJERCICIO DE LA ABOGACÍA COMO CONDICIONANTE DE LA SUCESIÓN DE EXPEDIENTES

Sentada la forma ordinaria en que se suceden dos abogados en un asunto (y, en consecuencia, sus expedientes) debemos examinar ahora los modos en que el ejercicio de la abogacía determina la sucesión de los expedientes.

A. El ejercicio individual

En primer lugar, el ejercicio individual de la abogacía no parece producir ninguna consecuencia difícil de deslindar, puesto que (artículo 27 del Estatuto) podrá desarrollarse por cuenta propia, como titular de un despacho, o por cuenta ajena, como colaborador de un despacho individual o colectivo.

Recuérdese, con arreglo al referido artículo 27, que no se perderá la condición de abogado que ejerce como titular de su propio despacho individual cuando:

a. El abogado tenga en su bufete pasantes o colaboradores, con o sin relación laboral.

b. El abogado comparta el bufete con su cónyuge, ascendientes, descendientes o parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad.

c. El abogado comparta los locales, instalaciones, servicios u otros medios con otros abogados, pero manteniendo la independencia de sus bufetes, sin identificación conjunta de los mismos ante la clientela.

d. El abogado concierte acuerdos de colaboración para determinados asuntos o clases de asuntos con otros abogados o despachos colectivos, nacionales o extranjeros, cualquiera que sea su forma.

e. El abogado constituya una sociedad unipersonal para dicho ejercicio de la abogacía, que habrá de observar, en cuanto pueda aplicársele, lo dispuesto en el artículo siguiente para el ejercicio colectivo.

Aquí hay una primera idea muy clara: el abogado titular de un despacho profesional individual responderá profesionalmente frente a su cliente de las gestiones o actuaciones que efectúen sus pasantes o colaboradores, sin perjuicio de la facultad de repetir frente a los mismos si procediera. Y parece que ello no debe plantear dudas respecto a los expedientes que soportan los trabajos del despacho, puesto que todos son del titular y responde en caso de que se produzca alguna afectación al mismo (pérdida de información, deterioro de documentación, mal uso de la misma, etcétera.).

Por supuesto añade el Estatuto luego que "*los pasantes y colaboradores quedan sometidos a las obligaciones deontológicas y asumirán su propia responsabilidad disciplinaria*". Y ello es una consecuencia de una característica típica de los despachos individuales: los honorarios a cargo del cliente se devengarán a favor del titular del despacho, aun en el caso de que las actuaciones fueren realizadas por otros letrados por delegación o sustitución del mismo; y a su vez, dicho titular del despacho responderá personalmente de los honorarios debidos a los letrados a los que encargue o delegue actuaciones aun en el caso de que el cliente dejase de abonárselos, salvo pacto escrito en contrario.

En el caso del ejercicio de la abogacía por cuenta ajena en régimen de especial colaboración habrá de pactarse expresamente por escrito, fijando las condiciones, duración, alcance y régimen económico de la misma. No parece difícil pensar que de dicho negocio jurídico pueda derivarse —entre otras muchas consecuencias— alguna relativa a los expedientes y su manejo.

Especialmente porque —a la vista de los problemas detectados que han dado origen a la presente consulta— conviene que se afiance de modo específico que tales expedientes son parte del despacho y no pueden disociarse de él en modo alguno, ni siquiera —y sobre todo— cuando alguno de los que trabaja allí bajo el paraguas del titular se marcha a otro lugar para continuar con el ejercicio. Una prevención específica de este tenor ayudaría enormemente a evitar o paliar situaciones como la que motiva este informe

Finalmente la abogacía también podrá ejercerse por cuenta ajena bajo régimen de derecho laboral, mediante contrato de trabajo formalizado por escrito y en el que habrá de respetarse la libertad e independencia básicas para el ejercicio de la profesión y expresarse si dicho ejercicio fuese en régimen de exclusividad. Nada impide pactar las consecuencias de la llevanza, mantenimiento o sucesión de los expedientes (que no serán en definitiva sino el reflejo escrito del mantenimiento del cliente, porque aquél que mantenga al cliente será el que deba hacerse cargo del soporte físico de las relaciones con este).

B. El ejercicio colectivo

Mucho mayores son los problemas que plantea el ejercicio colectivo respecto a la cuestión que nos ocupa. Y no olvidemos que es en este ámbito donde se ha planteado el concreto problema que motiva esta indagación.

El artículo 28 permite a los abogados ejercer la abogacía colectivamente, mediante su agrupación bajo cualquiera de las formas lícitas en derecho, incluidas las sociedades mercantiles.

Como condicionante previo existe el de que la agrupación habrá de tener como objeto exclusivo el ejercicio profesional de la abogacía y estar integrada exclusivamente por abogados en ejercicio, sin limitación de número.

Exige el 28.3 que la forma de agrupación deberá permitir en todo momento la identificación de sus integrantes, debiendo de constituirse por escrito e inscribirse en el Registro Especial correspondiente al Colegio donde tuviese su domicilio. En dicho Registro se inscribirán su composición y las altas y bajas que se produzcan.

Se precisa luego que los abogados agrupados en un despacho colectivo no podrán tener despacho independiente del colectivo y en las intervenciones profesionales que realicen y en las minutas que emitan deberán dejar constancia de su condición de miembros del referido colectivo.

En la misma línea se sitúa lo preceptuado por la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de Sociedades Profesionales (artículo 5.2) en cuanto a que los derechos y obligaciones de la actividad profesional desarrollada se imputarán a la

sociedad, sin perjuicio de la responsabilidad personal de los profesionales. Similares apreciaciones se desprenden de los artículos 9, 13 o 14 de dicha norma legal, siempre a favor de la tesis de imputación de la responsabilidad a la sociedad por las actuaciones de sus partícipes en cuanto al ejercicio de la actividad y la responsabilidad disciplinaria, la separación o la exclusión de socios profesionales.

Interesa destacar de todos estos preceptos que entendemos existe una presunción clara a favor de la firma colectiva o de despacho: debe poderse saber que tal letrado o letrada pertenece a tal despacho, que no puede trabajar de modo independiente a él y que factura a través del mismo, porque así se reafirma que toda su actividad está vinculada al mismo. Y con su actividad, el reflejo documental de la misma, que es el expediente.

Como única excepción a lo anterior, las actuaciones correspondientes a la asistencia jurídica gratuita tendrán carácter personal, aunque podrá solicitarse del Colegio su facturación a nombre del despacho colectivo.

Los abogados miembros de un despacho colectivo tendrán plena libertad para aceptar o rechazar cualquier cliente o asunto del despacho, así como plena independencia para dirigir la defensa de los intereses que tengan encomendados. Las sustituciones que se produzcan se atendrán a las normas de funcionamiento del respectivo despacho, sin precisar la solicitud de venia interna (porque se entiende lógicamente que el cliente —y su expediente, que es su anejo documental— son del despacho, no del abogado).

Deducimos de este precepto otra regla a favor de la consideración preeminente de la marca o nombre comercial del despacho respecto al abogado en relación al expediente: lo prioritario es qué despacho colectivo se ocupa de un asunto, lo secundario es qué persona en concreto lo hace dentro del mismo.

Se nos podrá objetar que en muchas ocasiones los clientes buscan a un abogado o abogada con nombre y apellidos para que sea ese mismo —y no otro— el que lleve su caso. Cierto es.

Lo anterior se corresponden en todo caso con el derecho del cliente a saber en cada momento qué abogado es el responsable de su asunto, quien se encarga personalmente de su asesoramiento y como se verifica éste. Y por supuesto el cliente siempre tiene derecho a abandonar ese despacho cuando no se encuentre personalmente asistido en la forma que desea.

Pero también es cierto que, con independencia de las reglas de elección del cliente, las reglas de organización del despacho deben imponerse puesto que ese letrado forma parte de una organización y de un sistema que —sea más o menos perfecto— predetermina su trabajo y condiciona la pertenencia de sus

expedientes a esa organización. Porque si no, no estaría en ella (ni él, ni sus expedientes).

Corroborando la interpretación de que los clientes son del despacho (salvo que haya otro pacto de atribución, lo que exigiría su constancia expresa) los honorarios corresponderán al colectivo sin perjuicio del régimen interno de distribución que establezcan las referidas normas.

Se completa el régimen indicando que la actuación profesional de los integrantes del despacho colectivo estará sometida a la disciplina colegial del Colegio en cuyo ámbito se efectúa, respondiendo personalmente el abogado que la haya efectuado.

Pero —y también es muy relevante regla en el orden que nos ocupa— se extenderá a todos los miembros del despacho colectivo el deber de secreto profesional, las incompatibilidades que afecten a cualquiera de sus integrantes y las situaciones de prohibición de actuar en defensa de intereses contrapuestos con los patrocinados por cualquiera de ellos.

No parece difícil deducir, en el siguiente escalón lógico, que la regla de presunción de la colectividad conlleva que también son del despacho —y no del letrado— los expedientes (que son la constatación fáctica y documental de todo lo anterior). Porque, desde el derecho romano hasta el Código Civil, lo accesorio siempre sigue a lo principal.

Existe aquí otro elemento adicional que refuerza la idea de que el cliente (y su expediente) son del despacho (y no del abogado): el artículo 28.7 señala que la responsabilidad civil que pudiese tener el despacho colectivo será conforme al régimen jurídico general que corresponda a la forma de agrupación utilizada, señalando además, que todos los abogados que hayan intervenido en un asunto responderán civilmente frente al cliente con carácter personal, solidario e ilimitado.

Y una regla de oro adicional (en previsión de que se producirán conflictos como el que ha motivado este estudio): concluye el precepto señalando que para la mejor salvaguarda del secreto profesional y de las relaciones de compañerismo, las normas reguladoras del despacho colectivo podrán someter a arbitraje colegial las discrepancias que pudieran surgir entre sus miembros a causa del funcionamiento, separación o liquidación de dicho despacho.

Esta hubiese sido quizás la regla más práctica para evitar el conflicto que terminó en la jurisdicción penal (sin que la jurisdicción penal hallara indicios que debían residenciarse en ella).

C. El ejercicio multiprofesional

Por su parte, el artículo 29 completa la gama de posibilidades de actuación de los abogados, refiriéndose a aquéllos que se asocien en régimen de colaboración multiprofesional con otros profesionales liberales no incompatibles (para lo que no hay limitación de número y sin que ello afecte a su plena capacidad para el ejercicio de la profesión ante cualquier jurisdicción y Tribunal), utilizando cualquier forma lícita en derecho, incluidas las sociedades mercantiles, siempre que se cumplan las siguientes condiciones:

a. Que la agrupación tenga por objeto la prestación de servicios conjuntos determinados, incluyendo servicios jurídicos específicos que se complementen con los de las otras profesiones.

b. Que la actividad a desempeñar no afecte al correcto ejercicio de la abogacía por los miembros abogados.

c. Que se cumplan las condiciones establecidas en el artículo 28 en lo que afecte al ejercicio de la abogacía, salvo lo expresado bajo el apartado 2 del mismo, que no resultará aplicable, o en el apartado 4 del que solamente será aplicable la obligación de dejar constancia de la condición de miembro del colectivo multiprofesional en las actuaciones que se realicen y minutas que se emitan en su ámbito.

La prueba del mecanismo obligará a hacerse constar, en los Colegios de Abogados, en el Registro Especial donde se inscribirán las agrupaciones en régimen de colaboración multiprofesional.

No se olvide en todo caso que los miembros abogados deberán separarse cuando cualquiera de sus integrantes incumpla las normas sobre prohibiciones, incompatibilidades o deontología propias de la abogacía.

En este ámbito de multiplicidad profesional (conviven abogados con no abogados) parece más difícil y complejo saber a quien corresponde el expediente cuando en este estén mezcladas varias intervenciones: piénsese en un cliente al que, además de asesorarle en temas fiscales un economista, se le asesora jurídicamente en materia litigioso-tributaria. Puede que esta mezcolanza produzca una más difícil situación de deslinde entre qué sea estrictamente jurídico y que estrictamente fiscal. Pero habrá que separar con cuidado tales ámbitos para poder saber a qué partes del expediente alcanzan las obligaciones del abogado, que en último término (y por lo menos estrictamente en cuanto a su parte del expediente) deberá mantener siempre a disposición de la organización, con las reglas y acuerdos que se hayan pactado en cada caso.

IV. LAS INFRACCIONES DE LOS DEBERES DEL ABOGADO PARA CON SU DESPACHO COLECTIVO EN RELACIÓN A LOS EXPEDIENTES QUE TENGA ATRIBUIDOS

De las reflexiones anteriores creemos que puede desprenderse una regla deductiva más o menos clara: los expedientes son del despacho y no del letrado, salvo que otra cosa expresa se haya pactado de forma individualizada.

No se pretende aquí profundizar en otras líneas de sanción de actuaciones que pueden hallar cobijo bajo otros mecanismos de derecho público. Así en el caso de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, cuando los ficheros de titularidad privada (artículo 25 LOPD), sufran cambios de responsable (artículo 26.3 LOPD), los cuales deberán comunicarse a la Agencia de Protección de Datos, bajo amenaza de sanción de no verificarse tal extremo (junto a otros supuestos de vulneración de las exigencias en materia de llevanza y custodia de archivos).

Centrándonos en la máxima esbozada (el expediente es del despacho y no del letrado), creemos que ello constituye una deducción lógica en la medida en que la incardinación del letrado en la organización colectiva es voluntaria, onerosa y sinalagmática.

Examinemos tales tres caracteres, que creemos definitorios de la solución buscada.

La voluntariedad de la incorporación supone que cuando el letrado entra a formar parte de un despacho colectivo (sea pequeño, mediano o grande) asume —en primer y principal lugar— que existen una serie de obligaciones no para con él sino para con el despacho al que pertenece la firma o el nombre bajo el que gira preferentemente su vida profesional.

La constatación de este hecho (siempre matizado, por supuesto, por las concretas reglas en que se desempeñe la actividad del letrado en la firma colectiva) conduce naturalmente a que los expedientes, que son los reflejos de la relación entre el abogado —que presta sus servicios en un despacho colectivo, no se olvide en ningún momento— y el cliente, son propiedad y pertenencia del despacho en que trabaja.

Y para ello se le abona una remuneración (sea fija, sea variable o sea parte de una y parte de otra) y para ello se asumen unas reglas de funcionamiento: las que tiene el despacho (estén o no escritas, pero mucho mejor si lo están y son conocidas, firmadas y aceptadas por quien se une a dicho despacho).

Sin embargo, cierto es que más allá de los caracteres indicados no existe una previsión expresa en tal sentido dentro del ordenamiento. Y puede que de ahí se haya deducido la falta de condena penal por estos hechos por la Audiencia

Provincial de Sevilla, en sentencia de 25 de julio de 2011. En la forma expuesta —y en relación con la retirada de expedientes de un despacho colectivo por abogados que prestaban anteriormente sus servicios en el mismo—, se estimó que esta conducta no era constitutiva de delito de hurto ni de apropiación indebida ni de revelación de secretos y ello, entre otras cosas, porque se entiende que no puede cometerse un delito contra el patrimonio cuando el objeto sobre el que recae carece de valor económico.

Ya se había expresado con anterioridad —en el mismo sentido aunque en un contexto diferente— la Audiencia Provincial de Huesca, en sentencia de 10 de mayo de 2007, se pronuncia en los siguientes términos: "*La retención de una documentación de nulo valor económico en sí misma no tiene cabida en los conceptos "dinero, efectos o valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial", todos los cuales hacen referencia a cosas con un cierto valor económico, de modo que pueda apreciarse el ánimo de lucro en el agente. Precisamente para que una conducta de esta naturaleza pueda ser calificada de delito es necesario que supere la cuantía de 400 euros, artículos 252 y 623.4 del Código Penal. La documentación contenida en las cuatro cajas de constante mención que permaneció en poder de los acusados carece de valor económico, lo que supone la inexistencia de uno de los presupuestos objetivos del delito, que ha de tener una relevancia patrimonial, por la naturaleza de tal carácter que hay que atribuir al delito de apropiación, por su inclusión en la rúbrica general de los delitos patrimoniales. Estas consideraciones sirven para rechazar la tipificación de los hechos como delito de hurto, artículo 234, dado que la sustracción o retención de esos documentos sin valor no constituyen delito de hurto o de apropiación indebida porque por sí mismos no reportan beneficio económico. Menos aun si cabe puede considerarse un delito de daños, artículo 263 del Código Penal, pues los tan repetidos documentos no han sido destruidos, inutilizados o deteriorados.*"

El principio de tipicidad penal (y su —en unas ocasiones más que en otras— inexorable lógica) no puede evitar percibir que existen otras fórmulas jurídicas para impedir o atenuar la responsabilidad que así nace. Y se encuentran bajo el amparo de diversos cuerpos legales sectoriales que inciden igualmente en la materia. Cabe indicar que tampoco es apreciable una posible agravante consistente en el abuso de confianza, puesto que tal circunstancia está implícita en el tipo de la apropiación indebida (STS de 10 de abril de 2007).

En otras sentencias, al abordar el asunto de sustracción de datos de contacto de clientes, se ha indicado que tal información no puede tener la consideración de secreto, puesto que un profesional cuyo trabajo consiste precisamente en la prestación de un servicio a un cliente conoce tales datos en atención a su ejercicio profesional, siendo tal sustracción, por tanto, innecesaria. Por otra parte, se indica igualmente que al no cederse esos datos a terceros no se está incumpliendo un eventual deber de secreto profesional.

No obstante, al contenerse en los expedientes sustraídos información de carácter confidencial y económico y no tratarse de meros datos de contacto de clientes, sí podría tener la consideración de datos personales o secretos, pero en este caso se requiere denuncia de la parte agraviada o de su representante legal, siendo los agraviados los propios clientes, titulares de dichos datos y del derecho a la intimidad en su vaso vulnerado, y no el despacho de abogados, por extraño que pueda parecer que no tenga la consideración de parte agraviada sino meramente de "*responsable, como depositaria de los expedientes de su custodia y sólo estará obligada a preservar bajo su responsabilidad y custodia la intimidad de los clientes.*"

Por tanto, no reconociéndose protección al despacho afectado por la vía penal, cabe plantearse otras vías de actuación susceptibles de, si no reparar el perjuicio causado, sí evitar la impunidad de tan graves conductas.

Para ello (y a la vista de las reflexiones más arriba recogidas) se nos antoja en primer lugar la exigencia de responsabilidad civil por incumplimiento contractual, bien basada en los propios términos del contrato específicamente pactado con la firma —siempre que exista tal contrato y cuando sus cláusulas lo permitieren—, bien basada en un quebrantamiento de la buena fe contractual.

Y a partir de este momento debemos navegar por universos jurídicos cercanos, pero ajenos al estrictamente profesional, con las típicas consecuencias de inseguridad que comporta la analogía en el mundo del Derecho.

En el caso de que se hubiese incluido en el referido contrato una cláusula de prohibición de competencia post-contractual en el sentido de abstención del intento de captación de clientes que habían otorgado su confianza al despacho, tal incumplimiento contractual podría estar demostrado, pudiendo considerarse a tal fin incluso el envío de mensajes de correo electrónico a los clientes del despacho colectivo informando del cese de prestación de servicios en el mismo y comunicando el nuevo domicilio profesional como un intento de captación de aquéllos.

Se derivaría de aquí, a modo de cautela, la recomendación de que debería incluirse una cláusula en ese sentido en los contratos a celebrar por despachos de abogados con los letrados que entrasen a prestar sus servicios en los mismos.

Cierto es que no existe una pretendida relación exclusiva entre los clientes y las firmas. Tampoco se reconoce con carácter general a los clientes respecto a los empresarios en general (SAP de Barcelona, de 13 de julio de 2005; SAP de Madrid, de 7 de octubre de 2005, y SAP de Madrid, de 9 de junio de 2006) como corriente jurisprudencial muy clara.

Sin perjuicio de lo anterior, nuestros tribunales atribuyen una especie de «titularidad» de los clientes a los empresarios (y, por qué no, podemos extrapolar el caso también a las firmas colectivas, una vez más gravados con las razonables

cargas de la aplicación analógica en las categorías jurídicas) de cara a analizar la posible deslealtad en la captación de tales clientes por anteriores miembros de la organización, poniendo la atención para tal determinación en los siguientes aspectos:

a. Que la captación de clientes no se deba al buen hacer comercial del pretendido captador desleal (SAP de Guipúzcoa, de 19 de enero de 2005).

b. Que la relación con el cliente sea directa y se base en la confianza, siendo relevante, a este respecto, que al cliente le resulte indiferente quién le presta el servicio o le vende el producto. Es decir, que el cliente prima la relación con la persona de contacto sobre la estructura empresarial del vendedor o del prestador de servicios (SAP de Madrid, de 7 de octubre de 2005, y SAP de Barcelona, de 13 de julio de 2005).

c. Que el captador ya tuviera conocimiento o contacto de esos clientes (SAP de Valencia, de 2 de diciembre de 2000).

d. Que la clientela contratara con el anterior proveedor o prestador de servicios por una marca que pertenece al competidor que presuntamente le ha arrebatado deslealmente los clientes (SAP de Madrid, de 17 de febrero de 2005).

Si bien, en principio, la captación de clientes ha de entenderse como algo lícito al no reconocerse en el ordenamiento jurídico relación de exclusividad alguna entre la Firma y sus clientes o sus trabajadores, dicha captación será considerada desleal cuando se lleve a cabo a través del engaño, utilización de fórmulas de descrédito del competidor o aprovechamiento de la reputación ajena. Para determinar la existencia o no de deslealtad en la captación de clientela, los tribunales atienden, entre otras, a las siguientes circunstancias: captación de clientes de un competidor por un antiguo trabajador de éste y utilización de listas de clientes. Muy acentuadamente se producirán o evidenciarán tales supuestos cuando, además de los clientes, se hayan desplazado los expedientes sin permiso de su anterior titular.

No obstante, ha de indicarse que la existencia de deslealtad en la captación de clientes no implica por sí misma que haya lugar al reconocimiento de indemnización, y ello puesto que sólo son indemnizables los daños actuales, reales, efectivos y evaluables económicamente, ello que dificulta una reclamación del lucro cesante. Más aún habrá una prueba cuando, además del cliente, se haya privado al despacho anterior de la base física de sus relaciones con él (el expediente).

La actuación consistente en sustraer los expedientes de clientes de un despacho en el que se prestaban servicios profesionales y posterior envío de mensajes de correo electrónico informando sobre el cese de prestación de servicios en tal

despacho, comunicando una nueva dirección profesional podría implicar la realización de publicidad vulneradora del Código Deontológico de la Abogacía y captación desleal de clientela, siendo —según alguna reciente doctrina al respecto— muy tenue la línea de división entre publicidad-información y publicidad-captación. Este es otro ribete de la situación analizada, que basta ahora con dejar esbozado.

En este sentido, el artículo 7 del Código deontológico de la abogacía, en su artículo 7, apartado k), considera como publicidad que vulnera las disposiciones previstas en el mismo aquélla que utilice medios contrarios a la dignidad de la Abogacía o de la Justicia, disponiéndose en el artículo 8 que los abogados no podrán proceder a la captación desleal de clientes. La captación de clientes por un competidor únicamente es desleal cuando se realiza con medios que acrediten tal carácter, siendo éstos principalmente el aprovechamiento de los méritos o infraestructura del competidor. Es precisamente en la identificación de tal conducta y su prueba donde suelen fallar las acciones fundamentadas en una captación desleal de clientes, lo que motiva que gran parte de esas demandas sean desestimadas.

Si bien parece que puede resultar una obviedad, debe destacarse la relación de confianza que une al cliente con su abogado (ya que a nadie se le puede imponer un asesoramiento profesional obligatorio, pues siempre será el cliente quien elija a quien quiere que le preste los servicios profesionales que precise) y que para asumir la dirección de un asunto profesional encomendado a otro letrado ha de solicitarse su venia, de no constar su renuncia, debiendo facilitarse por parte del letrado sustituido toda la documentación e información de la que se dispusiere y colaborar en lo necesario con el nuevo letrado en aras a garantizar el derecho de defensa del cliente (artículo 9 del Código Deontológico), por lo que la sustracción de los expedientes no era necesaria puesto que, de haber preferido los clientes ser asesorados por los abogados que dejaron de formar parte del despacho en cuestión, éste habría venido obligado a facilitar la documentación relativa a los casos en cuestión a los letrados que les sustituyesen.

Sí nos parece que la actuación realizada debería estar sujeta —cuando menos— a correcciones disciplinarias, puesto que podría parecer contraria a la dignidad de la profesión de abogado. La venia se califica "*como obligación, aunque se relativiza al señalarse que no implica responsabilidad civil. La responsabilidad del letrado entrante surgirá en el caso de no cumplir el deber de comunicar la sustitución o en el caso de captación del cliente como consecuencia de un comportamiento que vulnere las normas del ejercicio de la profesión.*".

Por otra parte, la actuación enjuiciada también podría ser constitutiva de un incumplimiento de los deberes de lealtad, respeto y compañerismo contemplados

en el artículo 12 del Código Deontológico que han de regir las relaciones entre abogados.

Cabe hacer referencia en este punto a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 9 de octubre de 2000, que cita reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo (sentencias de 1 de abril de 1986 y 16 de marzo de 1989) y Tribunal Constitucional (STC de 4 de abril de 1981) que proclama que las normas deontológicas de la profesión "*no son simples tratados de deberes morales sin consecuencia en el orden disciplinario, pues tales normas determinan obligaciones de necesario cumplimiento para los colegiados y responden a potestades públicas que la Ley deja a favor de dichos Colegios, de manera que las transgresiones de dichas normas deontológicas constituyen el presupuesto del ejercicio de facultades disciplinarias dentro del ámbito de los Colegios Profesionales. Por tanto, la tipificación por incumplimiento de las normas deontológicas y las reglas éticas que gobiernan la actuación profesional de los Abogados, constituyen una predeterminación normativa con certeza suficiente para definir la conducta como sancionable*".

CONCLUSIONES

Primera. En la medida en que la incardinación del abogado en un despacho individual o en una firma colectiva es voluntaria, onerosa y sinalagmática, del examen sistemático del Estatuto General de la Abogacía y de la Ley de Sociedades Profesionales parece desprenderse que los expedientes físicos —en que los letrados reflejan su trabajo y en los que se vuelcan las relaciones con los clientes— son propiedad del despacho y no del abogado que individualmente trabaja en ellos, salvo que otra cosa se haya pactado de forma expresa.

Segunda. Sin perjuicio de lo anterior, la mejor protección de los expedientes de los abogados como parte integrante del despacho individual o firma colectiva en que prestan sus servicios, se verificará mediante una cláusula expresa (a recoger específicamente en el contrato de cada profesional con su firma) alusiva a que tales expedientes son parte integrante esencial y no accesoria de la citada firma, no pudiendo disociarse de la misma en modo alguno, ni siquiera —y sobre todo— cuando alguno de los que trabaja allí se traslade a otro lugar para continuar con el ejercicio profesional.

Tercera. La sanción de las conductas contrarias a las prevenciones anteriores hallará su más correcto encaje en el ámbito del derecho privado (principal pero no exclusivamente por transgresión de la buena fe contractual y responsabilidad civil profesional), en el deontológico (a través de los correspondientes Colegios de Abogados) o incluso en el de la competencia desleal. La inclusión en delitos o faltas tipificados por el Código Penal no parece tener una viabilidad clara.

Cuarta. Las normas reguladoras del despacho colectivo podrán someter a arbitraje colegial las discrepancias que pudieran surgir entre sus miembros a causa de su separación del despacho, también en relación a los expedientes.

Informe nº 3/2011

Utilización del cloud computing *por los despachos de abogados*

I. INTRODUCCIÓN: EL CONCEPTO DEL CLOUD COMPUTING Y LOS SERVICIOS PARA LOS DESPACHOS DE ABOGADOS

Cloud Computing es un modelo de prestación de servicios tecnológicos que permite el acceso bajo demanda y a través de la red a un conjunto de recursos compartidos y configurables (como redes, servidores, capacidad de almacenamiento, aplicaciones y servicios) que pueden ser rápidamente asignados y liberados con una mínima gestión por parte del proveedor de servicios.

El modelo tiene las siguientes cinco características esenciales:

1. **Autoservicio bajo demanda**. El usuario puede acceder a capacidades de computación "en la nube" de forma automática conforme las necesita sin necesidad de una interacción humana con su proveedor o sus proveedores de servicios Cloud.

2. **Múltiples formas de acceder a la red**. Los recursos son accesibles a través de la red y por medio de mecanismos estándar que son utilizados por una amplia variedad de dispositivos de usuario, desde teléfonos móviles a ordenadores portátiles o PDAs.

3. **Compartición de recursos**. Los recursos (almacenamiento, memoria, ancho de banda, capacidad de procesamiento, máquinas virtuales, etc.) de los proveedores son compartidos por múltiples usuarios, a los que se van asignando capacidades de forma dinámica según sus peticiones. Los usuarios pueden ignorar el origen y la ubicación de los recursos a los que acceden, aunque sí es posible que sean conscientes de su situación a determinado nivel, como el de CPD o el de país.

4. **Elasticidad**. Los recursos se asignan y liberan rápidamente, muchas veces de forma automática, lo que da al usuario la impresión de que los recursos a su alcance son ilimitados y están siempre disponibles.

5. **Servicio medido**. El proveedor es capaz de medir, a determinado nivel, el servicio efectivamente entregado a cada usuario, de forma que tanto proveedor como usuario tienen acceso transparente al consumo real de los recursos, lo que posibilita el pago por el uso efectivo de los servicios.

En definitiva, desde la perspectiva de los despachos de abogados como usuarios, el modelo Cloud Computing permite acceder a una serie de servicios, que pueden ir desde el correo electrónico hasta el almacenamiento de documentos, pasando por aplicaciones de gestión del despacho, de contabilidad, de bases de datos de jurisprudencia o legislación, o de compartición de documentación e información con clientes o con otros despachos; y todo ello sin necesidad de disponer de servidores o de software en el propio despacho, con sus necesidades asociadas de mantenimiento y administración, y con las correspondientes inversiones en equipamiento y *software* y gastos en operación y mantenimiento de los mismos. Lo único que se necesita es un dispositivo, que puede ser desde un ordenador portátil hasta un *smartphone* o un iPad, y una conexión a Internet. Los datos y las aplicaciones se encuentran en algún lugar de Internet, la cual se representa frecuentemente como una nube, de ahí el término Cloud Computing.

Las ventajas técnicas y económicas del modelo son inmediatas para los usuarios. No es necesario que los despachos —especialmente los más pequeños— cuenten con personal informático propio dedicado al mantenimiento de los servidores y las aplicaciones, a la realización de copias de seguridad de la información y a velar por su integridad y seguridad. Los servicios tecnológicos pasan a ser un gasto operativo, obviándose la necesidad de inversiones en infraestructuras de breves ciclos de vida y rápida obsolescencia. El acceso a los servicios está garantizado desde cualquier lugar del mundo en el que se disponga de una conexión a Internet, y el proveedor de servicios asegura la disponibilidad del servicio y la actualización permanente de aplicaciones y sistemas.

Sin embargo, como ya sucedió en el pasado con otras innovaciones tecnológicas, surgen dudas relativas a la seguridad e integridad de la información, especialmente la que pueda tener naturaleza más sensible por su carácter confidencial, así como ciertas lógicas reservas a perder el control físico de datos confidenciales o reservados de clientes del despacho, que dejan de estar en los servidores propiedad del mismo o en discos o dispositivos que se guardan en un lugar físicamente seguro. Efectivamente, los datos en el modelo de "Cloud Computing" pasan a situarse en algún lugar indeterminado, en un servidor cuya ubicación física se desconoce.

Para ilustrar esta desconfianza, hasta cierto punto lógica, valga como ejemplo el hecho de que el Comité de Ética y Responsabilidad Profesional de la Asociación Americana de la Abogacía (*American Bar Association, Standing Committee on Ethics and Professional Responsibility*) no consideró el correo electrónico como medio válido y seguro para comunicarse con los clientes hasta el año 1999, en el que mediante la "*Formal Opinion No. 99-413, Protecting the Confidentiality of Unencrypted E-Mail*", consideró que el correo electrónico ofrecía la misma expectativa razonable de privacidad que el correo postal, el fax o el teléfono.

El propósito de este informe es señalar cuáles son los aspectos esenciales que los despachos de abogados deben de tomar en consideración a la hora de contratar servicios Cloud Computing para su actividad diaria y sus relaciones con sus clientes, para aprovechar así las ventajas de este nuevo paradigma tecnológico sin asumir riesgos jurídicos relacionados con la seguridad y confidencialidad de la información de los que se puedan derivar perjuicios tanto para el despacho como para sus clientes.

Para ello, en los apartados siguientes se desarrollan los que se han considerado tres aspectos esenciales que deben tenerse en cuenta a la hora de decidir contratar servicios de Cloud Computing por un despacho de abogados:

- La seguridad y confidencialidad de los datos.
- Territorialidad y jurisdicción aplicable.
- Aspectos esenciales del contrato de servicios que debe firmarse, tanto desde el punto de vista técnico como jurídico.

El enfoque del tratamiento que se ha dado a estos tres aspectos es eminentemente práctico; es decir, se ha tratado de establecer pautas y recomendaciones para facilitar a los despachos la interlocución con los proveedores de servicios Cloud Computing, ya que en la actualidad, como es lógico, no hay desarrollada normativa ni mucho menos jurisprudencia relacionada con los servicios de Cloud Computing, dado lo novedoso del concepto.

II. ASPECTOS TÉCNICOS Y JURÍDICOS ESENCIALES DE LOS SERVICIOS CLOUD COMPUTING

La seguridad y confidencialidad de la información es un aspecto esencial a la hora de contratar servicios Cloud por parte de un despacho de abogados. Se trata por tanto de determinar cuáles son las garantías, tanto jurídicas como técnicas, que el despacho ha de recibir por parte de su proveedor de servicios, garantías tendentes a asegurar —desde un punto de vista técnico— que la información no se va a perder o a corromper "en la nube" y también a asegurar que ningún usuario no autorizado va a disponer de acceso a esta información. Además, lógicamente, si esto por cualquier circunstancia no fuese así, deberá establecerse la oportuna garantía jurídica de que el despacho quedará indemne frente a los perjuicios que se le pueden ocasionar a él o a sus clientes. La propia Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD), establece en su art. 12.2 que "*La realización de tratamientos por cuenta de terceros deberá estar regulada en un contrato que deberá constar por escrito o en alguna otra forma que permita acreditar su celebración y contenido, estableciéndose expresamente que*

el encargado del tratamiento únicamente tratará los datos conforme a las instrucciones del responsable del tratamiento, que no los aplicará o utilizará con fin distinto al que figure en dicho contrato, ni los comunicará, ni siquiera para su conservación, a otras personas". Por tanto, el contrato de prestación de servicios entre el despacho y su proveedor de servicios Cloud ha de incorporar, por mandato legal, las previsiones necesarias para garantizar el adecuado cumplimiento de la normativa relativa a la protección de datos.

En materia de seguridad y confidencialidad, y desde un punto de vista técnico, los aspectos esenciales a tener en cuenta durante la selección del proveedor de servicios Cloud son los siguientes:

- El proveedor de servicios Cloud ha de garantizar la conservación de los datos, mediante la realización de copias de seguridad periódicas y dotando a su infraestructura de los mayores niveles de seguridad física y lógica.
- El proveedor ha de establecer mecanismos seguros de autenticación para el acceso a la información por parte de los abogados del despacho así como por parte de los clientes, en los términos que el despacho determine. Estos mecanismos han de permitir la compartición e intercambio de información sin que por supuesto sea posible que personas no autorizadas accedan a información reservada o confidencial de otros clientes o de otros abogados.
- El cifrado de los datos almacenados es una necesaria medida de seguridad. El proveedor ha de dar a conocer al despacho el nivel de seguridad ofrecido por las técnicas de cifrado de la información que aplique en sus sistemas.
- Asimismo, es fundamental acordar el procedimiento de recuperación y migración de los datos a la terminación de la relación entre el despacho y el proveedor; así como el mecanismo de borrado de los datos por parte del proveedor una vez que estos han sido transferidos al despacho o al nuevo proveedor designado por éste.

Para tomar una decisión informada sobre la oferta de cada proveedor en materia de seguridad y confidencialidad de la información, es del mayor interés que el despacho o bien quien le asesore en la selección de los servicios Cloud tenga acceso a la política de seguridad del proveedor así como a las normas internacionales y certificaciones en materia de seguridad informática con las que cuenta la infraestructura del proveedor. Entre las certificaciones de seguridad más conocidas aplicables a este tipo de infraestructura, pueden citarse las siguientes:

- ISO 27001, de la International Standards Organization, específicamente orientada a los Sistemas de Gestión de la Seguridad de la Información.

- SAS 70 (Statement on Auditing Standards, nº 70), del American Institute of Certified Public Accountants (AICPA).
- Systrust y Webtrust, igualmente del American Institute of Certified Public Accountants (AICPA).
- Certificación según el Federal Information Security Management Act (FISMA): NIST SP 800-37 "Guide for the Security Certification and Accreditation of Federal Information Systems".

Lógicamente todos estos aspectos técnicos deben de trasladarse a un contrato de servicios entre el despacho de abogados y su proveedor que recoja las garantías jurídicas necesarias en caso de incumplimiento por parte del proveedor, con la finalidad última de que el despacho no sufra perjuicio alguno.

Como hemos señalado al principio, la propia naturaleza del modelo Cloud Computing hace posible que, en principio, los datos almacenados "en la nube" se encuentren físicamente en un servidor ubicado en cualquier punto del planeta.

Esta circunstancia es muy relevante, al menos en materia de protección de datos de carácter personal, aunque también lo es desde el punto de vista de la resolución de posibles conflictos.

Centrándonos en el cumplimiento de la normativa de protección de datos de carácter personal, a la que estará obligado el despacho, se trata de protegerle frente a eventuales reclamaciones, sobre todo en aquellos casos en los que el lugar de almacenamiento de la información está sujeto a otra jurisdicción.

En primer lugar, es necesario tener en cuenta que el papel del despacho que decide poner en manos de su proveedor de servicios Cloud sus ficheros de carácter personal es el de "responsable del fichero" (art. 3 LOPD), mientras que el proveedor de servicios Cloud pasa a ser el "encargado del tratamiento del fichero" (art. 3 LOPD), estando por tanto obligado, según el art. 12 LOPD, a seguir las instrucciones del responsable del fichero en el tratamiento de los datos. Por consiguiente, si el contrato de prestación de servicios establece que el proveedor de servicios no dará a esos datos ningún otro uso que el indicado por el despacho, la extralimitación por parte del proveedor de Cloud en su calidad de encargado del tratamiento tendrá las consecuencias previstas en el art. 12.4 LOPD, en virtud de las cuales el encargado del tratamiento pasa a asumir la condición de responsable del fichero.

No todos los datos de carácter personal gozan del mismo nivel de protección. El art. 7 LOPD establece la existencia de datos especialmente protegidos, entre los que se encuentran por ejemplo los relativos a salud, orientación sexual, ideología o religión, para los cuales la medidas de protección que debe adoptar el

encargado del tratamiento del fichero son especialmente rigurosas. Así, los art. 79 y siguientes del RD 1720/2007, por el que se aprueba el Reglamento de la LOPD, establecen tres niveles de seguridad (básico, medio y alto) que se asocian a tres categorías de datos en función del nivel de protección de los mismos. Es obligación del encargado del tratamiento articular las medidas necesarias para dotar a los datos del nivel de seguridad correspondiente; y corresponde al responsable del fichero, en este caso el despacho de abogados, exigir a su proveedor de servicios Cloud que articule dichas medidas. Los art. 89 y siguientes del RD 1720/2007 desarrollan cuáles son las medidas exigibles al encargado del tratamiento para cada nivel de seguridad de los datos.

Sin embargo, la muy probable circunstancia de que los datos no se almacenen en territorio español nos obliga a contemplar qué ocurre si los datos están almacenados en otro país en el que la LOPD carece de fuerza legal. La Directiva 95/46/CE contempla en su artículo 25 la transferencia de datos personales a países terceros[1], señalando que la transferencia ha de limitarse a naciones en las que los datos cuenten con lo que se define como "un nivel de protección adecuado"[2]. En cuanto a la legislación nacional, el denominado movimiento internacional de datos está regulado en la LOPD en sus artículos 33 y 34.

Por consiguiente, hay que distinguir dos posibilidades: el caso para el que en el país en el que se ubiquen los datos exista una legislación equiparable que garantice un adecuado nivel de protección, y el caso en que no.

En el seno de la Unión Europea, son de aplicación las Directiva comunitaria sobre protección de datos (Directivas 95/46/CE y 2002/58/CE), traspuestas por los distintos estados miembros a sus respectivas legislaciones nacionales. Esta armonización normativa permite a cualquier despacho acudir a los servicios de almacenamiento de información de un proveedor de Cloud Computing que tenga sus centros de proceso de datos ubicados en la Unión Europea, sin temor a que las obligaciones en materia de protección de datos se vean incumplidas. Estas consideraciones son extensivas a los estados cuyas normativas en la materia son consideradas equiparables a la europea, así como a aquellos proveedores radicados en los EE.UU. que son considerados "*safe harbour*" (puerto seguro), por adherirse voluntariamente a este protocolo "*safe harbour*" en virtud del cual se obligan a cumplir requisitos equivalentes a los europeos en materia de protección de datos. En la página web de la Agencia de Protección de Datos pueden

---

1 http://europa.eu/legislation_summaries/information_society/l14012_es.htm.

2 La Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) informa de los países con un nivel de protección adecuado en su página web: http://www.agpd.es/portalwebAGPD/canalciudadano/preguntasciudadano/transferencias_internacionales/index-ides-idphp.php.

consultarse los países cuya regulación en la materia se considera equiparable a la europea.

Si, por el contrario, el proveedor almacena sus datos en un país cuya normativa de protección de datos no es equiparable a la europea, hay que tener en cuenta que, por un lado, es necesaria la autorización previa de la Agencia de Proyección de Datos para que el responsable de un fichero de datos de carácter personal encargue su tratamiento a una persona o empresa que reside fuera del espacio de legislación armonizada o equiparada. El procedimiento para la solicitud de la autorización se recoge en los artículos 137 a 140 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (RLOPD). Por otro lado, el contrato de provisión de servicios ha de incorporar cuantas condiciones sean necesarias para suplir la carencia de legislación y trasladar al encargado del tratamiento del fichero las mismas obligaciones que contempla la normativa europea. Para la elaboración de este tipo de acuerdos pueden tomarse como referencia las *standard contractual clauses for the transfer of personal data to third countries*[3], elaboradas por la Comisión Europea y que garantizan una adecuada protección en la transferencia de información de carácter personal a terceros países.

Es importante destacar que el responsable del fichero, en nuestro caso el despacho de abogados, es responsable de seleccionar como encargado del tratamiento del mismo a alguien que verifique los requisitos legalmente establecidos. Así, el artículo 20.2 RLOPD establece que "*Cuando el responsable del tratamiento contrate la prestación de un servicio que comporte un tratamiento de datos personales sometido a lo dispuesto en este capítulo deberá velar por que el encargado del tratamiento reúna las garantías para el cumplimiento de lo dispuesto en este Reglamento*". Esta responsabilidad se extiende a la subcontratación de servicios. Así, cuando en encargado del tratamiento subcontrate alguna actividad propia del tratamiento de los ficheros, dicha subcontratación habrá de recogerse en el contrato de prestación de servicios entre el responsable y el encargado, siendo necesaria una autorización expresa del primero en los casos de subcontratación sobrevenida no prevista en el contrato (art. 21 RLOPD).

En todos los casos, el encargado del tratamiento, conforme a lo establecido en el 82.2 ROLPD "*Si el servicio fuera prestado por el encargado del tratamiento en sus propios locales, ajenos a los del responsable del fichero, deberá elaborar un documento de seguridad en los términos exigidos por el artículo 88 de este reglamento o completar el que ya hubiera elaborado, en su caso, identificando el fichero o tratamiento y el responsable del mismo e incorporando las medidas de seguridad a implantar en relación con dicho tratamien-*

---

[3] Decisiones 2004/915/EC, 2001/497/EC, y 2002/16/EC de la Comisión Europea.

to", habrá de disponer de un documento de seguridad elaborado conforme a las previsiones del art. 88 ROLPD. Dicho documento, cuya existencia y contenidos esenciales deberían incorporarse al contrato de prestación de servicios, habrá de contemplar necesariamente los siguientes aspectos de seguridad (apartados 3 a 5 del art. 88 RLOPD):

> *3. El documento deberá contener, como mínimo, los siguientes aspectos:*
> *• Ámbito de aplicación del documento con especificación detallada de los recursos protegidos.*
> *• Medidas, normas, procedimientos de actuación, reglas y estándares encaminados a garantizar el nivel de seguridad exigido en este reglamento.*
> *• Funciones y obligaciones del personal en relación con el tratamiento de los datos de carácter personal incluidos en los ficheros.*
> *• Estructura de los ficheros con datos de carácter personal y descripción de los sistemas de información que los tratan.*
> *• Procedimiento de notificación, gestión y respuesta ante las incidencias.*
> *• Los procedimientos de realización de copias de respaldo y de recuperación de los datos en los ficheros o tratamientos automatizados.*
> *• Las medidas que sea necesario adoptar para el transporte de soportes y documentos, así como para la destrucción de los documentos y soportes, o en su caso, la reutilización de estos últimos.*
> *4. En caso de que fueran de aplicación a los ficheros las medidas de seguridad de nivel medio o las medidas de seguridad de nivel alto, previstas en este título, el documento de seguridad deberá contener además:*
> *• La identificación del responsable o responsables de seguridad.*
> *• Los controles periódicos que se deban realizar para verificar el cumplimiento de lo dispuesto en el propio documento.*
> *5. Cuando exista un tratamiento de datos por cuenta de terceros, el documento de seguridad deberá contener la identificación de los ficheros o tratamientos que se traten en concepto de encargado con referencia expresa al contrato o documento que regule las condiciones del encargo, así como de la identificación del responsable y del período de vigencia del encargo.*

No obstante, existen otros aspectos relevantes que van más allá de normativa de protección de datos de carácter personal y que conviene traer a colación. Son temas que encontrarán su mejor acomodo y resolución en el propio contrato mercantil de prestación de servicios entre el proveedor y el cliente, el despacho de abogados en nuestro caso. Por la novedad de este tipo de contratos, consideramos conveniente tratarlos a continuación.

Efectivamente, para garantizar la seguridad jurídica del servicio Cloud contratado, el contrato de prestación de servicios de carácter mercantil suscrito entre el despacho y el proveedor ha de recoger, a nuestro juicio, un conjunto mínimo de cláusulas, entre las que cabe destacar las siguientes:

- Propiedad de los datos. Es esencial que el contrato especifique que todos los datos que se van a albergar en la nube son de la propiedad del despacho, y que en consecuencia el proveedor no puede disponer de ellos ni

hacer uso de los mismos para ningún fin que no esté expresamente autorizado por el despacho.

- Cumplimiento de legislación de protección de datos de carácter personal. El proveedor ha de asumir expresamente el papel de encargado del tratamiento de los ficheros de datos de carácter personal que el despacho decida trasladar "a la nube", con todas las obligaciones propias de tal figura tal y como se recogen en la legislación española y europea. Además si el proveedor almacena la información de carácter personal en sistemas ubicados fuera de la Unión Europea, ha de asumir las obligaciones que al encargado del tratamiento de los ficheros de datos de carácter personal impone la legislación europea, con independencia de la jurisdicción aplicable al territorio en el que se localizan los centros de proceso de datos. En particular, si la localización no se encuentra entre las aceptadas por la Agencia Española de Protección de Datos, es preciso recabar autorización de la misma, y es aconsejable incluir en el contrato de servicios las cláusulas tipo propuestas por la Unión Europea.
- Seguridad en el acceso. El proveedor ha de garantizar que la información solo será accesible al despacho de abogados que contrata sus servicios, y a quienes el despacho determine con los perfiles de acceso correspondientes. Igualmente, el proveedor ha de articular los mecanismos necesarios para que los clientes del despacho puedan acceder a datos y documentos para cuyo acceso estén legitimados, pero no a aquellos que correspondan a otros clientes, estableciendo las barreras y cautelas técnicas precisas.
- Integridad y conservación. El proveedor ha de disponer de los mecanismos de recuperación ante desastres, continuidad en el servicio y copia de seguridad necesarios para garantizar la integridad y conservación de la información.
- Disponibilidad. El proveedor ha de garantizar una elevada disponibilidad del servicio, así como comprometerse a organizar las paradas programadas para mantenimiento con la suficiente antelación y dando aviso de las mismas al despacho.
- Portabilidad. El proveedor ha de obligarse, a la terminación del servicio, a entregar toda la información al despacho en el formato que se acuerde, para que éste pueda almacenarla en sus propios sistemas o bien trasladarla a los de un nuevo proveedor, en el plazo más breve posible y con total garantía de la integridad de la información.
- Consecuencias para el caso de incumplimiento del proveedor de servicios Cloud de las obligaciones anteriormente recogidas, las propias de la contratación mercantil, incluidas posibles penalizaciones así como la obliga-

ción de dejar indemne al despacho de las reclamaciones de terceros y particularmente de las de sus propios clientes por cualquier incumplimiento de las cláusulas imputable al proveedor.

Los contratos de prestación de servicios Cloud pueden ser muy extensos, al detallar todas las condiciones en las que se presta el servicio, los SLAs (*Service Level Agreement*, o Acuerdo de Nivel de Servicio) aplicables, las penalizaciones por incumplimiento, etc.

Un ejemplo ilustrativo, por lo exhaustivo, de contrato de servicios Cloud es el suscrito por una Administración Pública que externaliza servicios informáticos a un proveedor. Aunque el poder de compra de una Administración y la envergadura de los contratos suscritos por éstas les otorga una capacidad de negociación que no está al alcance de la mayoría de los despachos de abogados, este tipo de contratos sí puede servir como guía o modelo de todos los aspectos que es necesario tomar en consideración.

En el enlace siguiente puede descargarse el contrato suscrito por el Ayuntamiento de la Ciudad de Los Angeles (California, Estados Unidos), con un proveedor de servicios Cloud Computing, en virtud del cual este último proporciona a la Administración servicios de almacenamiento de datos y correo electrónico, entre otros:

http://clkrep.lacity.org/onlinecontracts/2009/C-116359_c_11-20-09.pdf

El contrato recoge un completo conjunto de cláusulas que cubren los siguientes aspectos:

1. Características técnicas de los servicios prestados.
6. Evolución futura de las características técnicas de los servicios prestados.
7. Formación al personal del cliente por parte del proveedor de servicios Cloud en el uso y administración de dichos servicios.
8. Copias de seguridad y respaldo.
9. Titularidad de los datos y derecho del cliente para recuperarlos y trasladarlos a otro proveedor. Confidencialidad de la información.
10. Documentación que el proveedor tiene que aportar al cliente. Informes periódicos.
11. Mecanismos de seguridad, como por ejemplo antivirus, puestos a disposición del servicio.
12. Duración del acuerdo y tarifas aplicables. Revisión de las tarifas.
13. Derecho del cliente para realizar auditorías de seguridad independientes.

14. Obligación del proveedor para llevar a cabo una revisión y auditoría anual de sus sistemas.
15. Compromiso de disponibilidad y mecanismo de gestión de incidencias de servicio.
16. Penalizaciones aplicables en caso de incumplimiento.

En resumen, la transición de un modelo *in premises* a un modelo Cloud es plenamente factible para un despacho de abogados, y muy aconsejable desde un punto de vista operativo y financiero. Sin embargo, es necesario que el contrato de prestación de servicios suscrito con el proveedor contemple los aspectos esenciales que se han expuesto en este documento, para garantizar que el servicio se recibe con todas las garantías técnicas y legales. En estos casos puede ser aconsejable, para mejorar la posición negociadora frente a los eventuales proveedores de servicios Cloud, agregar la demanda de varios despachos para obtener así la oferta más ventajosa posible, sin perjuicio de que una vez el proveedor inicie la prestación de servicios, cada despacho suscriba su contrato de forma individual.

Informe nº 4/2011

La regulación de los letrados asesores del órgano de administración de sociedades mercantiles y sobre la posibilidad de designar a letrados-personas jurídicas

Se ha solicitado informe sobre la posibilidad de que personas jurídicas actúen como Letrados asesores del órgano de administración de determinadas personas jurídicas en el marco de la Ley 39/1975, de 31 de octubre, sobre designación de Letrados asesores del órgano administrador de determinadas sociedades mercantiles. Cabe formular al respecto las siguientes

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

I. LA NORMA APLICABLE

La Ley 39/1975, de 31 de octubre, sobre designación de Letrados asesores del órgano administrador de determinadas sociedades mercantiles, previó la necesidad de que contaran obligatoriamente con un Letrado asesor del órgano individual o colegiado de administración las sociedades mercantiles en que concurrieran las siguientes circunstancias (debiendo adaptarse las cuantías económicas a euros):

- Las sociedades domiciliadas en España cuando su capital sea igual o superior a 50 millones de pesetas; o el volumen normal de sus negocios (correspondiente al último ejercicio) alcance la cifra de 100 millones de pesetas; o la plantilla de su personal fijo supere los 50 trabajadores.
- Las sociedades domiciliadas en el extranjero cuando el volumen de sus operaciones o negocios en las sucursales o establecimientos que tengan en España sea igual o superior a 50 millones de pesetas o la plantilla de su personal fijo supere los 50 trabajadores.

La norma no era arbitraria, sino que respondía a una necesidad sentida ya en fecha que ahora nos parece tan lejana en el tiempo, como era el año 1975. Pero curiosamente las razones de la Ley mantienen su vigencia y actualidad en el momento presente. Señala al respecto el primer párrafo del Preámbulo:

> *"Una gran mayoría de las sociedades mercantiles viene disfrutando del asesoramiento jurídico en el seno de sus órganos de dirección o de administración. Pero es lo cierto también que en otras sociedades, donde falta ese asesoramiento, se adoptan a veces acuerdos que, por ignorancia de la normativa vigente, dan lugar a actuaciones irregulares que desembocan en innecesarios conflictos ante los Tribunales".*

Los conflictos ante los Tribunales suponen un coste para las empresas. En numerosas ocasiones se trata de un coste asumible, no sólo por razón de su cuantía, sino principalmente porque supone la defensa del propio derecho o interés, cuya razonable satisfacción sólo puede alcanzarse ante los Tribunales en ciertas situaciones.

Ahora bien, ese coste deviene en inasumible cuando la sociedad mercantil se ve abocada a un conflicto *innecesario* como consecuencia del desconocimiento o de la ignorancia de su órgano administrador respecto del ordenamiento jurídico aplicable. Es más, con ser importante el daño o perjuicio que se causa a la sociedad mercantil misma, lo es más el que se causa a los socios, en quienes repercute directamente. Especialmente a aquellos socios que carecen de todo control sobre los actos o acuerdos sociales como no sea por la vía de su impugnación. Y se trata de conflictos evitables acudiendo al asesoramiento jurídico oportuno.

Los conflictos innecesarios ante los Tribunales suponen también un coste importante para el propio sistema judicial y para toda la sociedad. La pérdida de tiempo, esfuerzo y dinero que supone dedicarse a resolver conflictos evitables resultan lamentables, máxime cuando ese tiempo, esfuerzo y dinero podría dedicarse a resolver otro tipo de conflictos, éstos sí inevitables, consiguiéndose así una mayor y mejor satisfacción del interés general.

La Ley de 1975 ha venido rigiendo pacíficamente y hoy día se mantiene en vigor. Esto no significa, por supuesto, que el grado de cumplimiento de sus previsiones sea absoluto ni tan siquiera generalizado y consciente. Tampoco implica que exista un control exhaustivo sobre dicho cumplimiento o incumplimiento. Ahora bien, parece que nos encontramos ante una medida adecuada, sencilla y proporcionada para conseguir un objetivo justo.

Debe tenerse en cuenta, por otra parte, que el tejido empresarial español ha sufrido transformaciones importantes desde 1975. Esa gran evolución ha sido consecuencia de procesos internos y también de otros de carácter internacional. No cabe duda de que nuestra incorporación o adhesión a la Comunidad (Unión) Europea y la consiguiente recepción del acervo comunitario marca un hito en nuestra historia reciente.

Es cierto también que hemos asistido y estamos asistiendo a un proceso desregulador y liberalizador, especialmente en los últimos años, que debe ser tenido en cuenta para comprender la realidad social española actual.

La desregulación es necesaria siempre que con ella se favorezca la situación de determinadas empresas, ya sean públicas o privadas, suprimiendo trámites innecesarios y simplificando en la medida de lo posible sus relaciones con las Administraciones Públicas o con quien ejerce potestades públicas por delegación o atribución legal.

Pero desregular no es dejar vacíos normativos, ausencia de ordenamiento jurídico, sino suprimir de éste aquellos mecanismos y requisitos que a luz de las continuas transformaciones y evolución han dejado de ser útiles. Tal vez en este sentido resultaría más correcto referirnos, como hacen los británicos, a la "*mejor regulación*" razonable y flexible.

Muy unido a este concepto se encuentra el conocido "*principio de subsidiariedad*", utilizado en diversos ámbitos, sectores y tipos de relaciones. En lo que ahora interesa podría reconducirse a la afirmación de que las autoridades públicas deben completar, no sustituir, la acción de los individuos y de los grupos intermedios. Esto es, si los particulares y entidades privadas que operan en una determinada actividad pueden conseguir sus fines legítimos —y legales, en su caso— por sí mismos, el poder público debe abstenerse de intervenir. Solamente se legitima la intervención pública cuando los objetivos no pueden alcanzarse, esto es, con carácter subsidiario a la actuación de los privados.

Algunos podrán pensar que liberalizar también es suprimir la intervención preceptiva de los Letrados asesores en aquellas sociedades mercantiles cuya dimensión lo aconseja, según criterio del legislador. Podrán pensar que liberalizar es suprimir requisitos aunque sean aconsejables y positivos para todos: para la sociedad mercantil, sus socios, sus interlocutores, los Tribunales y la sociedad en general.

Es más, en el momento actual nos encontramos muy frecuentemente —también en parte como consecuencia del proceso privatizador— con numerosas sociedades mercantiles cuyo capital social se encuentra *atomizado*, es decir, distribuido en pequeñas cuotas entre numerosos socios. Ello conlleva que el órgano de administración se *apodera* de la sociedad, en tanto que la Junta general se convierte en un órgano con una capacidad real muy minada o limitada para controlar al administrador que, además, suele ser depositario (por las razones que sea) de gran número de delegaciones o mandatos de pequeños socios.

En estos casos, el dueño de la sociedad no tiene la aptitud efectiva para ejercitar su derecho, situándose con una preeminencia absoluta el órgano administrador o de gestión. No parece difícil concluir sin más que dicho órgano debe disponer de un asesoramiento independiente efectuado por un abogado colegiado que, al menos, confronte claramente sus propuestas con la norma jurídica de aplicación y advierta de las posibles consecuencias. Ello redundará, por su-

puesto, en beneficio del asesorado, pero principalmente también a favor de la sociedad y de los socios.

No puede olvidarse que el abogado queda sometido, en su ejercicio profesional, a la normativa legal y estatutaria, así como al fiel cumplimiento de las normas y usos de la deontología profesional. Todo ello es o debe ser, si creemos en las instituciones, garantía suficiente para el correcto ejercicio de su función.

De esta forma se sigue justificando hoy día una regulación, sin duda restrictiva, pero acorde a los criterios del Derecho de la competencia, —salvo alguna previsión concreta a la que luego nos referiremos—, que respeta la reserva de ley contenida en el art. 36 de nuestra Constitución (a pesar, incluso, de tratarse de una Ley preconstitucional) y supone una atribución profesional con carácter exclusivo y excluyente para los abogados, buscando la satisfacción del interés general.

La Ley se encuentra vigente, pero necesita una lógica adaptación interpretativa a la realidad actual. Al igual que su reglamento, aprobado por Real Decreto 2288/1977, de 5 de agosto, por el que se reglamenta el asesoramiento de los Letrados a las sociedades mercantiles a que se refiere la Ley 39/1975, de 31 de octubre. Sin duda, la norma reglamentaria se encuentra necesitada de una reflexión que la actualice o que, simplemente, la suprima.

Junto a estas normas, existen en el momento actual una serie de Leyes autonómicas reguladoras de las sociedades cooperativas que contienen menciones específicas a la necesidad de contar con un Letrado asesor.

II. FUNCIONES DEL LETRADO ASESOR

La función del Letrado asesor es precisamente la que se corresponde con su denominación, esto es, "*asesorar en Derecho sobre la legalidad de los acuerdos y decisiones que se adopten por el órgano que ejerza la administración y, en su caso, de las deliberaciones a las que asista, debiendo quedar, en la documentación social, constancia de su intervención profesional*" (art. 1.3 de la Ley).

De esta forma se garantiza la correcta separación entre las funciones que corresponden, en el caso de órganos colegiados de administración, al Secretario y al Letrado asesor. Bien es cierto que la práctica demuestra en un número muy significativo de casos que ambas funciones son ejercidas por una misma persona, posibilidad que la Ley admite.

El breve Reglamento de la Ley pretende especificar los supuestos concretos de intervención de los Letrados. Y así se refiere a los acuerdos de convocatoria de las juntas generales —tal intervención previa debe constar además en las certifi-

caciones de los acuerdos inscribibles de las juntas generales—; y en los acuerdos que adopte el órgano de administración en ejecución de acuerdos de las Juntas generales.

Los Letrados asesores se convierten así en un instrumento idóneo para garantizar una seguridad jurídica preventiva, una evitación de pleitos innecesarios y una regularidad en el tráfico jurídico-mercantil.

III. REQUISITOS PARA SER DESIGNADO LETRADO ASESOR

A. Colegiación de los Letrados asesores

Prescribe la Ley en su art. 1.2 que "*el Letrado que se designe deberá pertenecer como ejerciente al Colegio de Abogados donde la Sociedad tenga su domicilio o donde desenvuelva sus actividades, a elección de la Compañía que lo nombre*".

Es obvio que el Letrado deberá estar colegiado como ejerciente, puesto que de otra manera no podría realizar los actos propios de la profesión de abogado. Sin embargo, el requisito de la incorporación a un Colegio determinado debe entenderse hoy día superado por la regulación actual de la prestación de servicios profesionales, no sólo de ámbito nacional, sino también europeo.

El art. 3.3 de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales, tal y como ha quedado tras la profunda reforma operada por la Ley 25/2009, de 22 de diciembre (Ley Ómnibus) prevé lo siguiente:

> *"3. Cuando una profesión se organice por colegios territoriales, bastará la incorporación a uno solo de ellos, que será el del domicilio profesional único o principal, para ejercer en todo el territorio español. A estos efectos, cuando en una profesión sólo existan colegios profesionales en algunas Comunidades Autónomas, los profesionales se regirán por la legislación del lugar donde tengan establecido su domicilio profesional único o principal, lo que bastará para ejercer en todo el territorio español.*
> *Los Colegios no podrán exigir a los profesionales que ejerzan en un territorio diferente al de colegiación comunicación ni habilitación alguna ni el pago de contraprestaciones económicas distintas de aquellas que exijan habitualmente a sus colegiados por la prestación de los servicios de los que sean beneficiarios y que no se encuentren cubiertos por la cuota colegial.*
> *En los supuestos de ejercicio profesional en territorio distinto al de colegiación, a los efectos de ejercer las competencias de ordenación y potestad disciplinaria que corresponden al Colegio del territorio en el que se ejerza la actividad profesional, en beneficio de los consumidores y usuarios, los Colegios deberán utilizar los oportunos mecanismos de comunicación y los sistemas de cooperación administrativa entre autoridades competentes previstos en la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. Las sanciones impuestas, en su caso, por el Colegio del territorio en el que se ejerza la actividad profesional surtirán efectos en todo el territorio español".*

El art. 17.1 del estatuto General de la Abogacía Española contiene una norma análoga, al disponer que:

> *"Todo abogado incorporado a cualquier Colegio de Abogados de España podrá prestar sus servicios profesionales libremente en todo el territorio del Estado, en el resto de los Estados miembros de la Unión Europea y en los demás países, con arreglo a la normativa vigente al respecto. Los abogados de otros países podrán hacerlo en España conforme a la normativa vigente al efecto".*

El principio de colegiación única determina que la incorporación como ejerciente a cualquier Colegio de Abogados de España sea suficiente para ejercer válidamente la profesión y específicamente para poder ser designado Letrado asesor del órgano de administración de cualquier sociedad mercantil, con independencia de cuál sea el lugar en que ésta tenga su domicilio o donde desenvuelva sus actividades.

B. Limitación del número de sociedades a las que puede atender un mismo Letrado

El art. 2.1 de la Ley 39/1975 establece que el Letrado asesor no podrá desempeñar dicha función en más de cinco sociedades.

Se trata de una norma de difícil defensa en el momento actual. Si atendemos al año 1975 podía tener su justificación, habida cuenta los limitados medios tecnológicos con que contaban los profesionales y la consiguiente dificultad que suponía multiplicar la asistencia a un número significativo de sociedades mercantiles. Asimismo, la tradicional protección de los profesionales, buscando el acceso a un mercado limitado.

En el momento actual la limitación no tiene sentido si pretendiera justificarse en una imposibilidad física, ya que la atención al órgano de administración puede tener lugar por medios electrónicos o telemáticos en numerosas ocasiones. No obstante, esta falta de sentido no implicaría sin más la derogación de la norma.

Ahora bien, la existencia de una limitación de ese tipo afecta a las reglas más esenciales de la competencia entre profesionales, afectando a la correcta formación del mercado y, por consiguiente, la previsión legal puede entenderse derogada tácitamente por la vigente Ley 16/1989, de 17 de julio, de defensa de la competencia.

C. Naturaleza de la relación entre la sociedad y el Letrado

La relación entre el abogado y la sociedad mercantil puede ser cualquiera de las admitidas en Derecho. Y así, podrá ser de carácter laboral o de prestación de servicios. El propio art. 3 de la Ley así lo permite.

Es más, ni tan siquiera la Ley impone una contratación externa específica, que podría suponer un mayor coste económico para la empresa, sino que admite la posibilidad de que la función de asesoramiento legal o jurídico sea desarrollada por el Secretario del órgano colegiado de administración o por uno de sus administradores o directivos si en ellos concurre la condición de Letrado o abogado en ejercicio.

El Reglamento de la Ley prevé la sustitución de Letrado en caso de enfermedad, ausencia o imposibilidad accidental.

D. Llevanza por los Colegios de Abogados de un Registro especial

La Ley 39/1975 impone en su disposición adicional la llevanza de un específico Registro de Letrados asesores a los Colegios de Abogados. En estos Registros deberán constar las circunstancias personales y fecha de nombramiento del Letrado, así como la denominación, domicilio y datos de la sociedad mercantil a que preste su asesoramiento.

Los Registros serán públicos para los abogados y para las sociedades mercantiles incluidas en el ámbito de aplicación de la Ley.

IV. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL INCUMPLIMIENTO DE LA LEY

Las consecuencias jurídicas del incumplimiento de la Ley o, por decirlo con más claridad, la omisión de la intervención de Letrado asesor cuando resulta preceptiva por la disposición legal, no afecta a la validez de los acuerdos.

De esta forma, el dinamismo y la seguridad del tráfico jurídico y económico protagonizado por las sociedades mercantiles incumplidoras no se ve afectado, lo que beneficia sin duda la posición de sus contrapartes en la contratación mercantil.

Tan sólo prevé la Ley que "*el incumplimiento de lo establecido en la presente Ley será objeto de expresa valoración en todo proceso sobre responsabilidad derivada de los acuerdos o decisiones del órgano administrador*" (art. 1.4, según redacción formulada por una Ley más reciente, la nº 19/1989, de 25 de julio, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea en materia de Sociedades).

Por tanto, se deja en manos del juzgador determinar la trascendencia del incumplimiento legal en los conflictos que se produzcan como consecuencia de los acuerdos o decisiones así adoptados. Esa exigencia legal de valoración es esencial por cuanto el desprecio consciente de la Ley —que se manifiesta claramente cuando el órgano administrador carece del mínimo interés por conocer y entender la norma aplicable, lo cual se da cada vez con más frecuencia entre quienes consideran incompatibles gestión y Derecho, primando a la primera en perjuicio del segundo— debe merecer un reproche adecuado, en especial cuando genera responsabilidad de cualquier tipo.

El hecho de tratarse de una Ley cuyo incumplimiento no genera una reacción directa e inmediata ha determinado una relajación en su aplicación.

V. POSIBILIDAD DE DESIGNAR LETRADO ASESOR A PERSONAS JURÍDICAS

La redacción utilizada en la Ley 39/1975 hace referencia, no expresa pero sí tácita, a un Letrado asesor persona física. Así, exige que sea un colegiado ejerciente, lo que sólo puede predicarse —también ahora— de las personas físicas; permite que sus funciones sean asumidas por el Secretario o un miembro del órgano de dirección o de administración —aun cuando ciertamente pueden existir miembros representantes de personas jurídicas—; se prevé una limitación a cinco sociedades asesoradas —lo que resultaría absurdo en el caso de que se tratara de asesoramiento prestado por una persona jurídica—. La regulación de los supuestos de sustitución de Letrado asesor, recogida en el reglamento de la Ley, confirma esta tesis.

Sin embargo, la necesidad de interpretar las normas con arreglo a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas nos obliga a confrontar el texto legal con la realidad actual del ejercicio profesional de la abogacía en nuestro país, para concluir que resulta posible designar como Letrado asesor a una persona jurídica, con especial relevancia de las que adoptan la forma de sociedad profesional.

Tradicionalmente, el ejercicio de la profesión de abogado ha sido individual, *intuitu personae*, basado en el prestigio, la confianza y otros valores esencialmente intangibles. Se trata del modelo más clásico asociado al concepto de profesión titulada. Esa forma de desenvolverse en el mercado permanece aún hoy día, si bien empieza a ser ya una excepción frente al denominado *ejercicio colectivo* que, a su vez, es desarrollado a través de muy diversas fórmulas.

La tendencia actual en el ejercicio de las profesiones liberales y en especial de la Abogacía es la de su ejercicio en grupo, para lo que la utilización del Derecho de sociedades ofrece las mejores posibilidades.

Sin embargo, hasta fechas recientes no habíamos contado con una normativa adecuada o específica, lo que exigía acudir a las instituciones jurídicas existentes, en especial a las societarias, así como utilizar con profusión la libertad de pactos admitida por el art. 1255 del Código Civil. Ahora contamos con la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de Sociedades Profesionales (LSP).

En todo caso, el ejercicio colectivo puede llevar aparejada la constitución de una sociedad (es decir, la creación de una persona jurídica nueva) o no.

Según el tenor del art. 1.1 de la LSP, cuando se cree una sociedad que tenga por objeto el ejercicio en común de una actividad profesional, ésta deberá constituirse precisamente como sociedad profesional.

No se trata en este momento de divagar en exceso acerca de la distinción entre las sociedades de (o entre) profesionales o sociedades de intermediación —que tienen por objeto proveer y gestionar en común los medios necesarios para el ejercicio individual y en ocasiones la puesta en común de los resultados de esta actividad profesional individual, por lo que dudosamente suponen ejercicio colectivo al no prestar la sociedad servicios a terceros, sino a los propios profesionales, que mantienen un ejercicio individual— y las sociedades profesionales (o de ejercicio) —formadas por profesionales liberales para el ejercicio en común de la profesión—.

Lo cierto es que las sociedades profesionales sí implican un ejercicio colectivo directo de la abogacía. Más aun, el objeto social exclusivo de estas sociedades deberá ser la actividad profesional que desarrollen, admitiéndose las multidisciplinares, es decir, las que desarrollan simultáneamente diversas actividades profesionales.

Es obvio, en todo caso, que deberán actuar a través de profesionales personas físicas, tal y como previene el art. 5 de la LSP, al disponer que:

> *"1. La sociedad profesional únicamente podrá ejercer las actividades profesionales constitutivas de su objeto social a través de personas colegiadas en el Colegio Profesional correspondiente para el ejercicio de las mismas.*
> *2. Los derechos y obligaciones de la actividad profesional desarrollada se imputarán a la sociedad, sin perjuicio de la responsabilidad personal de los profesionales contemplada en el artículo 11 de esta Ley".*

Ahora bien, las sociedades profesionales se convierten en verdaderos centros de imputación de actos y consecuentemente de responsabilidades.

Las sociedades profesionales siguen un régimen de inscripción constitutiva en el Registro Mercantil en todos los casos, aun cuando nos encontremos ante sociedades civiles.

Por otra parte, y en esto sí se afecta de modo directo a los Colegios Profesionales, se instaura un original sistema de registro colegial. Y así, se exige la inscripción de las sociedades profesionales en los Colegios Profesionales, debiendo crear cada uno de ellos un Registro de Sociedades Profesionales (art. 8.4 LSP), con el fin de posibilitar el ejercicio de las facultades que el ordenamiento jurídico confiere a los Colegios en relación con los profesionales colegiados. Y es que las sociedades profesionales tendrán a estos efectos una consideración análoga a la de profesionales colegiados.

Estos Registros permitirán a los Colegios tener constancia clara y cierta, habida cuenta el carácter obligatorio de la inscripción, de todas las sociedades profesionales que están ejerciendo la profesión y quiénes son los profesionales que se integran en ellas. Con estos medios los Colegios Profesionales podrán cumplir su responsabilidad pública de mantener el respeto de la deontología profesional también en el ejercicio societario de la profesión, lo que es especialmente importante en el ámbito de la abogacía. Y podrán, en cuanto a la concreta materia que estamos analizando, conocer quiénes son los abogados que, por encontrarse *dentro* de una sociedad profesional, pueden actuar la función de Letrado asesor de una sociedad mercantil para la que la sociedad profesional haya sido designada.

En consecuencia, cuando se designe Letrado asesor a una sociedad profesional, ésta deberá en todo caso actuar social a través de un abogado colegiado, tal y como exige el art. 5.1 de la LSP. Se cubren así los requisitos o condiciones recogidos en la Ley 39/1975. La designación de una sociedad profesional permite, a su vez y en la mayor parte de los casos, que la sociedad mercantil receptora de sus servicios pueda disponer de un asesoramiento más especializado en diversas ramas del derecho, puesto que el ejercicio colectivo de la profesión tiene precisamente por objeto aunar diversos especialistas para un asesoramiento jurídico integral o *superespecializado*.

De los diferentes requisitos antes vistos necesarios para que se proceda a la designación de Letrado asesor no plantea problemas el de la colegiación por cuanto acabamos de ver, tampoco el de la limitación del número de sociedades que pueden ser asesoradas, puesto que cabe dar por reproducidas las observaciones y precisiones antes formuladas. La llevanza del Registro colegial especial resulta inocua a estos efectos.

Por último, sólo resta referirse a la cuestión relativa a la naturaleza de la relación entre la sociedad y el Letrado, en este caso, la sociedad profesional designada como Letrado asesor.

Es obvio que en este caso no cabe que la relación entre la sociedad profesional asesora y la sociedad mercantil asesorada sea cualquiera de las admitidas en Derecho. Y esto es así porque no cabrá la de carácter laboral. Deberá articularse pues siempre una relación de prestación (arrendamiento) de servicios.

Ahora bien, la posibilidad de que la función de asesoramiento legal o jurídico sea desarrollada por el Secretario del órgano colegiado de administración o por uno de sus administradores o directivos sigue siendo teóricamente posible si ese Secretario o administrador resulta ser, a su vez, la misma sociedad profesional designada como Letrado asesor.

Lo indicado con respecto a las sociedades profesionales resulta igualmente válido también para otras personas jurídicas que se encuentren capacitadas de acuerdo con las disposiciones legales y sus propios estatutos para ejercer la actividad profesional directamente y no se configuren como simples intermediarias en la relación entre el cliente sociedad mercantil y el abogado persona física que actúe como Letrado asesor.

VI. LA FORMACIÓN DE LOS LETRADOS ASESORES

No es objeto de este informe hacer propuestas de mejora de la regulación, sino simplemente constatar la existencia de un texto legal cuya aplicación no resulta absoluta en España. Sin embargo, al hilo de la exposición parece preciso recordar que la norma no exige ningún tipo de especialización ni de formación específica a los Letrados asesores, ni tan siquiera en derecho societario o Derecho mercantil.

Conviene recordar, en cualquier caso, que corresponde al Consejo General de la Abogacía Española ordenar el ejercicio profesional de los abogados así como autorizar la creación de Escuelas de Práctica Jurídica; y a los Colegios de Abogados la formación profesional permanente de los abogados, así como crear y mantener las citadas Escuelas de Práctica Jurídica y organizar cursos para la formación y el perfeccionamiento profesional. En este ámbito corresponde también a la abogacía y a sus corporaciones representativas adoptar iniciativas para asegurar la competencia profesional y la especialización de los abogados que actúen como Letrados asesores de sociedades mercantiles. Para ello nada mejor que avanzar también en la oferta formativa específica a los colegiados, así como en el análisis y diseño de mecanismos de acreditación de la especialización que el mercado deberá valorar.

CONCLUSIONES

Primera. La Ley 39/1975, de 31 de octubre, sobre designación de Letrados asesores del órgano administrador de determinadas sociedades mercantiles, se encuentra vigente y establece la obligación de que cuenten con un Letrado asesor del órgano individual o colegiado de administración las sociedades mercantiles en que concurrieran las circunstancias que el propio texto legal determina.

Segunda. La función del Letrado asesor es precisamente asesorar en Derecho sobre la legalidad de los acuerdos y decisiones que se adopten por el órgano que ejerza la administración y, en su caso, de las deliberaciones a las que asista, debiendo quedar, en la documentación social, constancia de su intervención profesional.

Tercera. Sólo podrán ser designados Letrado asesor los abogados colegiados como ejercientes en cualquier Colegio de Abogados de España.

Cuarta. Aun cuando la Ley limita el número de sociedades a las que puede atender un mismo Letrado a un máximo de cinco sociedades, tal previsión debe entenderse derogada tácitamente por la vigente Ley 16/1989, de 17 de julio, de defensa de la competencia.

Quinta. La relación entre el Letrado asesor y la sociedad mercantil puede ser cualquiera de las admitidas en Derecho, tanto de carácter laboral, como de prestación (arrendamiento) de servicios, admitiéndose incluso la posibilidad de que la función sea desarrollada por el Secretario del órgano colegiado de administración o por uno de sus administradores o directivos si en ellos concurre la condición de abogado en ejercicio.

Sexta. Los Colegios de Abogados deben llevar un específico Registro de Letrados asesores.

Séptima. La interpretación de la Ley con arreglo a la realidad social y normativa actual permite concluir que resulta posible designar como Letrado asesor a una persona jurídica, con especial relevancia de las que adoptan la forma de sociedad profesional.

Octava. Las peculiaridades del Letrado asesor persona jurídica no son extraordinarias, debiendo actuar siempre a través de un abogado persona física colegiado como ejerciente; y se centran principalmente en la naturaleza de la relación que le liga con la sociedad mercantil, que será de arrendamiento de servicios.

Novena. Corresponde a los Colegios de Abogados asegurar la competencia profesional y la especialización de los abogados que actúen como Letrados asesores de sociedades mercantiles.

Informe nº 5/2011

El derecho a la asistencia letrada al detenido (art. 17.3 Ce), su relación con el derecho a la defensa (art. 24.2 Ce) y posibilidades para su reforzamiento

Se ha solicitado informe sobre el derecho a la asistencia letrada al detenido (art. 17.3 de la Constitución), su relación con el derecho a la defensa (art. 24.2 CE) y las posibilidades que se pueden proponer para su reforzamiento. Cabe formular al respecto las siguientes

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

I. INTRODUCCIÓN Y RESUMEN EJECUTIVO

El presente informe pretende formular propuestas de mejora o reforzamiento de la protección del derecho a la asistencia letrada al detenido del art. 17.3 de la Constitución (CE), necesariamente vinculado con el derecho de defensa, consagrado en el art. 24.2 CE, partiendo del análisis de la situación actual en cuanto a las condiciones de ejercicio del derecho en tres concretas áreas:

> *(1) El principal foco de atención se sitúa sobre la actual imposibilidad del detenido, en nuestro Derecho procesal, de mantener con su abogado una entrevista previa a su declaración en sede policial. El problema tiene estrecha relación con una materia más amplia, como es el papel marcadamente pasivo que se ha asignado en nuestro sistema procesal y en la práctica forense al letrado que asiste al detenido.*
>
> *Desde la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) nº 196/1987 se afirma que el detenido en sede policial no está protegido por el derecho de defensa (art. 24.2 CE), sino sólo por el derecho a la asistencia letrada al detenido del art. 17.3 CE, garantía del derecho a la libertad que otorga facultades mucho más limitadas. Esta premisa ha facilitado una concepción eminentemente pasiva de la intervención del abogado en la asistencia al detenido (positivizada en el art. 520.6 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, LECr) y, en especial, ha venido a negar la posibilidad de que el detenido mantenga una entrevista reservada con su letrado previa a la declaración policial.*
>
> *A nuestro juicio son numerosas las críticas que cabe hacer a este statu quo de la cuestión y no es la menor de ellas que los Tratados Internacionales en materia de derechos humanos ratificados por España, a la luz de los cuales se deben interpretar los derechos fundamentales constitucionalizados, contemplan expresamente un derecho a preparar la defensa, lo que naturalmente debe hacerse a través de una entrevista previa a la declaración.*

(2) Se propone incorporar una previsión legal expresa para sancionar con nulidad de pleno derecho la declaración realizada en ausencia de abogado cuando la presencia de éste resulta preceptiva por imperativo constitucional.
(3) Se propone eliminar o, al menos, limitar los tres supuestos de renuncia válida al derecho a la asistencia letrada admitidos en la actualidad por la LECr.:
(i) la renuncia del imputado no detenido;
(ii) la prevista para los casos de delitos contra la seguridad del tráfico;
(iii) la relativa los supuestos en que el abogado no acude al lugar de la detención en el plazo de ocho horas previsto por la Ley.

II. LA *"ENTREVISTA PREVIA"* Y EL PAPEL DEL ABOGADO DURANTE EL INTERROGATORIO POLICIAL DEL DETENIDO

2.1. Estado de la cuestión

2.1.1. Podría afirmarse que, en la actualidad, en nuestro sistema procesal penal, nadie (esto es, ni la Jurisprudencia ordinaria ni constitucional, ni la Fiscalía General del Estado, ni la práctica policial, ni la doctrina científica mayoritaria, ni el propio Derecho positivo) parece dudar de que el abogado que asiste a un detenido *no puede entrevistarse con él antes de la declaración en sede policial.*

Es decir, parece que nadie duda de que una entrevista previa a la declaración entre abogado y detenido para *preparar* dicha declaración no sólo es una facultad que no forma parte del haz de derechos que asisten al detenido, sino que está expresamente prohibida. Que es incluso nociva. Que resulta rechazable desde un punto de vista valorativo, *principial* y se diría que hasta moral. Parece que se teme que el abogado, en esa entrevista previa, pueda "*aleccionar*" (la Consulta 2/2003, de 18 de diciembre, de la Fiscalía General del Estado emplea este mismo término) al detenido-declarante, lo que atentaría —según esta tesis— contra el principio de búsqueda de la verdad material que debe imperar en el procedimiento penal. Volveremos sobre ello más adelante.

2.1.2. El tenor literal del art. 520.6 LECr, al definir en qué consiste la asistencia del abogado al detenido, incluye en su letra c) lo siguiente: "*Entrevistarse reservadamente con el detenido* ***al término*** *de la práctica de la diligencia en que hubiere intervenido*". El precepto, con aparente claridad, situaría la entrevista reservada "*al término*" de la diligencia y no antes de su inicio.

2.1.3. Así lo entiende, en efecto, el Auto del Tribunal Constitucional ("ATC") 23/2006, de 30 de enero, al sostener que

> "*...la interpretación que sugiere el recurrente* [esto es, la existencia de un derecho del detenido a la entrevista previa con su letrado] *no sólo va más allá de lo establecido en*

> *el indicado precepto* [el art. 520.6 LECr.], *sino que* ***es contraria*** a lo en él dispuesto, no pudiendo sustentarse, por otra parte, en la idea, expuesta en la demanda de amparo, de que al contenido esencial del derecho a la asistencia letrada al detenido pertenece la necesidad de celebración, con carácter previo a la toma de declaración en sede policial, de una entrevista reservada entre el detenido y su abogado". Así, según este ATC: (i) la Ley (el art. 520.6.c) LECr) expresamente prohíbe la entrevista previa ("*...es contraria a lo en él dispuesto*"); y (ii) dicho precepto no es inconstitucional —cabe entender— en la medida en que la facultad de entrevistarse con el letrado previamente a la declaración policial no forma parte del contenido esencial del derecho del art. 17.3 CE (en otras palabras, el legislador es libre de limitar esta posibilidad sin desdibujar el derecho, sin hacerlo irreconocible).

2.1.4. Idéntica es la opinión de la Fiscalía General del Estado (FGE), expresada en las Consultas 2/2003 y 2/2005. Si bien las consultas no se refieren de modo central a este problema, lo analizan y concluyen del mismo modo que el ATC 23/2006: no existe el derecho del detenido a la entrevista previa con su letrado. Además de ofrecer un buen resumen de la jurisprudencia constitucional y ordinaria de aplicación, las consultas citadas añaden el siguiente argumento nuevo:

> *"La Ley 38/2002 zanja una vieja polémica acerca de la capacidad del letrado para entrevistarse reservadamente con su cliente con anterioridad a su declaración en Comisaría. Los trabajos preparatorios de aquel texto legal reflejan la voluntaria exclusión de lo que en el proyecto se proclamaba de forma expresa, esto es, la posibilidad de esa entrevista previa que ahora, sin embargo, sólo se admite en sede judicial (cfr. art. 775)"*[1].

2.2. Origen y fundamentación teórica del statu quo sobre la materia (en especial, la STC 196/1987)

2.2.1. Los detractores de la entrevista previa en sede policial citan invariablemente como fundamento y origen de su tesis la doctrina constitucional sobre el alcance y naturaleza del derecho fundamental a la asistencia letrada al detenido (art. 17.3 CE) contenida en la STC 196/1987, de 11 de diciembre[2].

La doctrina de la STC 196/87 ha sido reiterada posteriormente, entre otras, en las SSTC 252/1994, de 19 de septiembre; 229/1999, de 13 de diciembre; 38/2003, de 27 de febrero; 7/2004, de 9 de febrero y 208/2007, de 24 de septiembre.

---

[1] Consulta 2/2003, de 18 de diciembre. La Consulta 2/2005 repite el razonamiento con palabras prácticamente idénticas. La Ley 38/2002, cuya discusión parlamentaria citan, modificaba la LECr. para incluir los llamados "juicios rápidos" y otras reformas del Procedimiento Abreviado.

[2] Así lo hacen las ya citadas Consultas de la FGE 2/2003 y 2/2005 y el también mencionado ATC 23/2006, de 30 de enero.

En cuanto ahora importa, la STC 196/1987 niega que el derecho del detenido a la asistencia letrada guarde relación con el derecho fundamental a la defensa (art. 24.2 CE). En resumen, según esta línea de doctrina constitucional, el ámbito de protección del derecho de defensa y de asistencia letrada del art. 24.2 CE *no alcanza* al detenido en sede policial. El derecho de defensa del art. 24.2 CE se garantiza sólo al *acusado o imputado* en el seno de un proceso penal y el proceso —se sostiene— no habría comenzado aún en la fase policial (un detenido no sería un imputado ni un acusado a estos efectos). El derecho del detenido a la asistencia letrada, se dice, no es garantía del derecho de defensa sino únicamente del derecho a la *libertad* (art. 17.1 CE).

Dicho más claramente: el detenido no tiene derecho a la defensa.

Este planteamiento tiene una consecuencia importante; una consecuencia que impregnará de forma esencial el papel del abogado en la asistencia al detenido hasta convertirlo, como suele decirse, en un *convidado de piedra*.

Como se ha expuesto, en la concepción de la STC 196/1987, el detenido no es un acusado ni un imputado, no está inmerso en un proceso penal propiamente dicho y por ello carece del derecho a la defensa del art. 24.2 CE. En coherencia, el abogado que asiste al detenido *no tiene por misión defenderlo*. Su papel es esencialmente pasivo. El abogado es poco más que un garante de la libertad y la integridad física del detenido (y de que en el acta se recoja fielmente lo declarado por el detenido).

En palabras de la citada STC 196/1987, en las primeras diligencias policiales "*...la intervención del letrado responde a la finalidad, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de asegurar, con su presencia personal, que los derechos constitucionales del detenido sean respetados, que no sufra coacción o trato incompatible con su dignidad y libertad de declaración y que tendrá el debido asesoramiento técnico sobre la conducta a observar en los interrogatorios, incluida la de guardar silencio, así como sobre su derecho a comprobar, una vez realizados y concluidos con la presencia activa del letrado, la fidelidad de lo transcrito en el acta de declaración que se le presenta a la firma*".

Esta *limitadísima* concepción de la intervención del abogado en la asistencia al detenido que viene postulando nuestra doctrina constitucional es la que ha impregnado la interpretación mayoritaria. Así, la Consulta de la FGE 2/2005 sostiene, con total claridad, que

> "*...en general el derecho del detenido a ser asistido de abogado, impuesto por los arts. 17.3 CE y 520 LECr., no puede confundirse con el derecho de defensa en sentido material, y debe partirse de que aquel sólo protege al ciudadano privado de libertad de posibles irregularidades o coacciones durante la detención gubernativa y que el régimen de la intervención del abogado del detenido* ***no es activo***".

Y este perfil disminuido del papel del abogado en la declaración policial es el que parece haber quedado positivizado en el art. 520.6 LECr. El precepto pretende explicar en qué consistirá la asistencia del abogado y ofrece un catálogo de funciones propias del letrado poco intensas: solicitar la información de derechos, reconocimiento médico, solicitar la declaración o ampliación de extremos que considere convenientes, que se consignen incidencias en el acta... Y, finalmente, en el apartado c), como se dijo, "*entrevistarse reservadamente con el detenido al término de la práctica de la diligencia en que hubiere intervenido*"[3].

Esta concepción eminentemente pasiva del papel del abogado en la asistencia al detenido es la que se ha invocado para negar que la entrevista previa a la declaración policial forme parte del contenido esencial del derecho fundamental del art. 17.3 CE (el art. 24.2 CE ni siquiera resultaría de aplicación). En consecuencia, el tenor literal del art. 520.6.c) LECr, que remite la entrevista con el abogado al término de la diligencia, sería plenamente constitucional (incluso interpretado en el sentido de que el precepto prohíbe la entrevista previa).

Ahora bien, conviene no pasar por alto que esta STC 196/1987[4], tantas veces citada por los *enemigos* de la entrevista previa, como las posteriores inspiradas en la misma línea de razonamiento, *no se refieren en absoluto a la entrevista previa.* No era ése el debate al que da respuesta la STC 196/1987, sino otro completamente distinto: la constitucionalidad del art. 527.a) LECr, que impone a los detenidos incomunicados un abogado de oficio, impidiendo que puedan nombrar uno de libre elección. Y a nadie se le escapa que los debates relacionados con detenidos incomunicados se sitúan en el contexto de la lucha antiterrorista, donde encuentra justificación constitucional el recorte de garantías y derechos en atención a la gravedad de las conductas y a la protección de otros derechos fundamentales prevalentes. Desafortunadamente, a nuestro juicio, esa concepción disminuida de la asistencia al detenido, desarrollada en ese contexto excepcional, es la que se ha convertido en marco general para todos los supuestos.

2.2.2. Esta concepción recortada de la asistencia al detenido ha sido recibida por las Sentencias del Tribunal Supremo (SSTS), Sala Segunda, nº 1500/2000, de 4 de octubre (RJ 2000/9510) y nº 539/1998, de 11 de mayo (RJ 1998/4872)[5].

---

[3] En todo caso, entendemos que no cabe interpretar necesariamente que ese catálogo de funciones del abogado constituye un numerus clausus. Dicho de otro modo: no se prohíbe expresamente en el precepto que el abogado despliegue una actividad de defensa más intensa (ni que mantenga una entrevista antes de la declaración).

[4] La STC 196/1987 cuenta con dos extensos votos particulares, apoyados por un total de cinco Magistrados.

[5] Son citadas también por las Consultas de la FGE 2/2003 y 2/2005.

En ambas sentencias se niega expresamente la existencia del derecho a la entrevista previa, sobre la base de que "*...no puede confundirse el derecho a la asistencia letrada, previsto y regulado en el art. 520 de la Ley Procesal, con el derecho a una* ***preparación*** *con el letrado de la declaración a prestar...*"

El fundamento de esta conclusión se encuentra en la literalidad del art. 520.6.c) LECr, que no prevé entrevista previa sino posterior. No se analiza, por ejemplo, el hecho de que el art. 6.3 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, prevea expresamente el derecho del acusado "*a disponer de tiempo y de las facilidades necesarias para la* ***preparación*** *de su defensa*". Un tenor literal muy similar ofrece, por su parte, el art. 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966.

Se diría que para el Alto Tribunal la idea de "*preparar*" la defensa (consagrada como derecho por los Tratados Internacionales, como se ha visto) resulta tan intrínsecamente nociva para el sistema procesal (como opinaba la Fiscalía, que rechazaba el "*aleccionamiento*") que no necesita mayores argumentaciones para justificar que esa preparación no forma parte de los derechos constitucionales del detenido.

2.3. Razones para la crítica y propuesta

2.3.1. La postura mayoritaria, que deriva de la STC 197/1987 y ha cristalizado en la actual redacción del art. 520.6 LECr, supone, en la práctica, una fuerte disminución del derecho y posibilidades de defensa del detenido y es susceptible de críticas, tanto teóricas como prácticas.

> (a) La doctrina que emana de la STC 196/1987 implica que sencillamente el detenido *no tiene derecho a la defensa*, no está comprendido dentro del ámbito de protección del art. 24.2 CE. Como se ha visto, según la interpretación del Tribunal Constitucional, la CE disocia el régimen de protección de: (i) por un lado, el acusado o imputado, entendiéndose por tal la persona sometida a un procedimiento penal *stricto sensu*, quien estaría plenamente amparado por los derechos contenidos en el art. 24.2 CE; y (ii) de otro lado, el detenido, quien —supuestamente— no se hallaría incurso en un proceso penal sino en una fase previa y estaría protegido únicamente por el derecho del art. 17.3 CE ("*asistencia de abogado*"), que no se relaciona con el derecho a la defensa sino con el derecho a la libertad.
> Lo primero que puede indicarse al respecto es que resulta llamativo que la mención expresa en la CE a que "*se garantiza la asistencia de abogado al detenido...*" (art. 17.3 CE) haya servido, en la práctica, para recortar derechos a ese detenido por vía interpretativa. Dicho de otro modo: si ninguna relación guarda el derecho a la "*asistencia de abogado*" del art. 17.3 CE con el derecho a la defensa (art. 24.2 CE), ¿qué sucedería si el art. 17.3 CE desapareciera de la norma fundamental? ¿Acaso en ausencia del art. 17.3 CE, con un texto constitucional en el que sólo existieran las garantías previstas en el art. 24.2 CE, podría sostenerse seriamente que el dete-

nido no tiene derecho a ser asistido por un abogado, que sólo posee ese derecho el acusado o imputado porque en la detención policial no existe proceso penal y por tanto tampoco derecho a un proceso con todas las garantías —del que deriva el derecho a la defensa—?[6]. No parece que concurra ninguna razón de peso para entender que el derecho a la "*asistencia de letrado*" recogido en el art. 24.2 CE, unido al derecho de defensa, sea un derecho distinto a la "*asistencia de abogado*" del art. 17.3 CE. Ni para entender que la existencia del art. 17.3 CE priva al detenido de los derechos del art. 24.2 CE. Y en plano de la *mens legislatoris*, no parece que pueda entenderse que el constituyente, al mencionar expresamente el derecho a la asistencia de abogado del detenido, pretendiera disminuir su protección, sino, antes al contrario, resulta más natural, menos forzado, interpretar que buscaba potenciarla.

(b) Es necesario detenerse a analizar el argumento base de la STC 196/1987, que no es otro sino que el detenido no está sometido a un proceso penal (y por tanto no es acusado ni imputado a efectos del derecho de defensa).

La propia STC citada es consciente de la dificultad de dibujar separaciones nítidas en este campo y explica que "*es desde luego muy difícil precisar dónde se encuentra la línea que separa los conceptos de 'detenido' y 'acusado'...*" para destacar posteriormente que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha oscilado entre distintos criterios. La STC 196/1987 opta resueltamente por negar que el detenido pueda merecer la consideración de imputado o acusado y enseña que en el supuesto a examen ("*detención de una persona por la policía en diligencias de investigación criminal...*"), "*...no es posible apreciar la concurrencia de elemento inculpatorio o actuación procesal alguno* [sic] *que autoricen a entender que ha habido 'acusación'*".

No es menos cierto, sin embargo, que el propio Tribunal Constitucional ha defendido en otras sentencias, como las SSTC 135/1989 y 37/89, que la detención preventiva supone la atribución de un hecho punible y, por tanto, constituye una imputación material; y que el detenido es, desde esta perspectiva, titular del derecho fundamental a la defensa.

También podemos entender que la propia Ley considera al detenido titular del derecho de defensa. Para comprobarlo bastará recordar, en primer lugar, el tenor literal del art. 118 LECr, según el cual "*toda persona a quien se impute un acto punible podrá ejercitar el derecho de defensa, actuando en el procedimiento, cualquiera que éste sea, desde que se le comunique su existencia,* ***haya sido objeto de detención*** *o de cualquiera otra medida cautelar o se haya acordado su procesamiento, a cuyo efecto se le instruirá de este derecho.* [...]". También se puede citar el propio enunciado del Título V de la LECr. ("*Del derecho de defensa...*"); y, por último, la Exposición de Motivos del Real Decreto 118/1986, de 24 de enero[7].

(c) No sólo es difícil dudar de que la declaración policial del detenido implica una *imputación preliminar* y resulta forzado afirmar que esa declaración se sitúa extramu-

---

6 Algo no muy distinto sostiene, como se verá, la citada STC 196/1987 con respecto a la regulación de esta materia por los Tratados Internacionales sobre de derechos humanos.

7 La norma es relativa a asistencia jurídica gratuita y la mención que ahora interesa de su Exposición de Motivos es la siguiente: "La asistencia letrada al detenido o preso y la asistencia de abogado en todo tipo de procesos son instrumentos fundamentales para hacer posible la realización jurídica del derecho a la tutela judicial efectiva y de las garantías de la libertad personal consagradas en la Constitución de 1978...".

ros del proceso penal, sino que desde una perspectiva práctica y alejada de cualquier dogmatismo no parece que pueda dudarse de que esas primeras diligencias policiales, en especial la declaración del detenido, constituyen *un momento esencial del proceso penal* por su absoluta relevancia y repercusión probatoria.

Como es sabido, en la práctica, las primeras palabras del detenido (que después será imputado, procesado, acusado, etc.) condicionarán toda su defensa y sus declaraciones posteriores, ya sea porque la primera versión se confirma o porque se contradice. No parece, por tanto, que pueda encontrarse justificación suficiente para que la declaración acaso con mayor repercusión probatoria se preste en presencia de un abogado con un papel pasivo, sin posibilidad de preparar la defensa con su defendido.

Más aún, la declaración en sede policial se presta en situación de máxima *vulnerabilidad* para el detenido (por la proximidad de los hechos —generalmente—, por la ausencia de la autoridad judicial, etc.), por lo que de nuevo merece una reflexión detenida que sea precisamente en esta sede (no judicial) en la que se niegue la vigencia del derecho de defensa en toda su plenitud (con posibilidad de preparación de la defensa incluida).

(d) Las razones que se dejan apuntadas (la declaración policial reviste máxima trascendencia probatoria e implica máxima vulnerabilidad para el declarante) permiten vislumbrar cierta contradicción entre la tesis de los detractores de la entrevista previa en sede policial y el actual art. 775 LECr, que prevé expresamente, con respecto al imputado que declara ante la autoridad judicial, que "*tanto **antes** como después de prestar declaración se le permitirá entrevistarse reservadamente con su abogado...*" (excepto casos de incomunicación). En efecto, ¿qué sentido tiene permitir que quien declara en sede judicial, con las máximas garantías, tenga derecho a entrevistarse reservadamente con su abogado antes de la declaración y, al mismo tiempo, se niegue ese derecho a quien declara en sede policial, con menos garantías y desde una posición de mayor vulnerabilidad? Es cuanto menos dudoso que estas dos opciones sean plenamente coherentes.

Cabe resaltar también que la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, de Responsabilidad Penal del Menor (LORPM), en su art. 22, reconoce expresamente el derecho del menor a entrevistarse reservadamente con su abogado *"...incluso **antes** de prestar declaración*"[8].

(e) Muy probablemente, lo que late bajo la posición de los detractores de la entrevista previa es, en última instancia, una cierta *desconfianza hacia el derecho de defensa*, que bien puede encontrar su explicación en el hecho antes anotado de que la STC 196/1987 se pronunciase en un caso merecedor del máximo reproche social y jurídico como es el terrorismo.

Se ha visto cómo el Tribunal Supremo, en las SSTS de 4-10-00 y 11-05-98, niega con rotundidad que el detenido tenga derecho a *preparar* la declaración policial con su abogado (lo niega con tanta rotundidad que, se diría, en opinión del Alto Tribunal

---

[8] Curiosamente, pese al reconocimiento expreso en el precepto, determinada Fiscalía, que sostenía en todo caso la inexistencia de derecho a la entrevista previa también en este ámbito, elevó consulta a la FGE, que terminó por afirmar, en la resolución de la Consulta 2/2005, lo que ya establece claramente el artículo citado: el menor sí tiene derecho a entrevista con su letrado con carácter previo a la declaración en sede policial.

la *preparación* es tan obviamente rechazable que no merece la pena detenerse a explicar por qué lo es).

También la FGE ha sugerido que la entrevista previa sería algo nocivo, contrario a los fines del proceso, equiparándolo a "*aleccionar*" al declarante, en la Consulta 2/2003, e incluso llegando a afirmar sin ambages que podría ser "*perturbadora... a los efectos de permitir una búsqueda más eficaz de la verdad material*", en la Consulta 2/2005.

El temor de fondo parece referirse a que si el detenido se entrevista con su abogado antes de la declaración policial, el declarante *ya no dirá la verdad*, sino que serán las palabras del letrado las que saldrán por boca del defendido. Como decimos, este reproche es la cristalización de una actitud de desconfianza respecto al derecho de defensa. ¿Acaso ese "*riesgo*" para la verdad material no está presente en otras fases del proceso, como la declaración judicial en instrucción o el juicio oral? ¿Acaso en esas fases no podrá el abogado "aleccionar" al defendido? ¿Acaso se prohíbe al letrado que hable antes con su cliente y prepare la declaración en procesos penales que no implican detención en sede policial? ¿Por qué es de peor derecho el detenido en comisaría? A nuestro juicio, no existe justificación razonable para este trato diferencial.

Antes al contrario: ¿no tiene derecho el detenido, imputado, acusado, etc. a guardar silencio, a no declarar en su propia contra?; ¿y no es cierto que el ejercicio de ese derecho no puede entenderse como *ficta confessio*?; ¿y no es cierto también que sólo el testigo está obligado a decir verdad en su declaración? Al otorgar estos derechos al detenido, imputado, etc., el ordenamiento ya está optando por garantizar el derecho de defensa, sin perjuicio del objetivo de la "*búsqueda más eficaz de la verdad material*". No parece, por tanto, justificado demonizar el derecho a *preparar* la declaración en sede policial. Se trata, sin más, de una manifestación del derecho a la defensa. Lo contrario, que el propio ordenamiento procesal fuerce al declarante (o incluso despliegue en su contra una cierta coacción institucional) para que "*diga la verdad*", cuando su condición no es la de testigo, sí podría verse como contrario a los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, consagrados en el art. 24.2 CE.

(f) Se acaba de mencionar la desconfianza que expresan el Tribunal Supremo y la FGE hacia la posibilidad de que el detenido prepare la declaración policial con su letrado. Sin embargo, *los Tratados Internacionales sobre derechos humanos ratificados por España contemplan expresamente la preparación de la defensa como derecho subjetivo.*

Como se dijo, el art. 6.3 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, prevé expresamente el derecho del acusado "*a disponer de tiempo y de las facilidades necesarias para la* ***preparación*** *de su defensa*". Y un tenor literal muy similar ofrece el art. 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966. Para estas normas internacionales, por tanto, la preparación de la defensa no sólo no es algo reprobable o malintencionado, sino que constituye un derecho subjetivo del "*acusado*".

El Tribunal Constitucional, en la tantas veces citada STC 196/1987, soslayó este problema (las normas internacionales prevén derechos singularmente intensos, como el derecho a preparar la defensa) al negar que, en los Tratados, cuando se dice "*acusado*" se esté diciendo "*detenido*" (es decir, del mismo modo que se negaba que el art. 24.2 CE pudiera aplicarse al detenido, sino sólo al imputado o acusado). Según

esa interpretación, el art. 6.3 del Convenio de Roma de 1950 no otorgaría ningún derecho a quien esté detenido en sede policial porque aún no ha sido destinatario de ningún acto de acusación o imputación. Tanto es así que la STC 196/1987 llega a sostener que el estándar de protección que le ofrece el Derecho español al detenido es muy superior al de los Tratados, puesto que éstos *no mencionan expresamente al detenido*, lo que, habría que concluir siguiendo el razonamiento del Tribunal Constitucional, equivale a no reconocerle ningún derecho al detenido[9].

Este planteamiento merece, a nuestro juicio, repensarse. Parece más natural entender que cuando los Tratados se refieren al "*acusado*" como titular de los derechos emplean el término *lato sensu*, de manera que comprende también al detenido. Pese a que la STC 196/1987 cita algunas Sentencias del TEDH de los años sesenta y ochenta a favor de su tesis, lo cierto es que más recientemente, por ejemplo en la STEDH de 8 de febrero de 1996 (caso Murray vs. Reino Unido), el TEDH ha equiparado la categoría "*acusado*" del Convenio con la de "*detenido*" en sede policial a efectos de la aplicación del art. 6 del Convenio (aunque, bien es cierto, la sentencia no se refiere expresamente al derecho a preparar la defensa sino, en general, al derecho a la asistencia letrada al detenido): "*...la noción de equidad consagrada por el artículo 6 exige que el acusado tenga el beneficio de la asistencia de un abogado desde los primeros estadios del interrogatorio de policía*". En el mismo sentido puede verse la STEDH de 16 de octubre de 2001 (caso Brennan vs. Reino Unido).

En conclusión (i) si los Tratados Internacionales otorgan al acusado (*lato sensu* también al detenido) el derecho a preparar la defensa con su letrado; y (ii) si en aplicación de lo dispuesto en el art. 10.2 CE los derechos fundamentales que asisten al detenido deben interpretarse de conformidad con los Tratados; (iii) parece razonable entender que los derechos que al detenido confieren los arts. 24.2 y 17.3 CE necesariamente comprenden, dentro de su contenido esencial, la posibilidad de preparar la declaración policial con el abogado, preparación que debe realizarse, naturalmente, por medio de una entrevista previa.

2.3.2. Lo expuesto hasta aquí, especialmente la interpretación de los arts. 24.2 y 17.3 CE a la luz de los Tratados Internacionales en materia de derechos humanos, nos conduce a propugnar que el derecho a preparar la defensa, que puede concretarse en el derecho a preparar la declaración policial por medio de una entrevista previa con el abogado, forma parte del **contenido esencial de un único derecho a la defensa que protege al detenido y que está consagrado tanto en el art. 24.2 como en el 17.3 CE.**

En todo caso, dada la línea doctrinal mantenida hasta la fecha por el Tribunal Constitucional, y dada la complejidad interpretativa de la materia, resultaría absolutamente deseable que la cuestión quedase definitivamente aclarada por medio de un cambio legislativo que, como sucede en el art. 22 de la LORPM con respecto a los menores de edad y en el actual art. 775 LECr con respecto a la de-

---

9 "...en materia de asistencia letrada al detenido, nuestra Constitución es más amplia y generosa, al menos explícitamente, que dichos textos internacionales" (STC 196/1987).

claración en sede judicial, modifique el actual art. 520 LECr y establezca sin lugar a dudas el derecho del detenido en sede policial a entrevistarse reservadamente con su abogado *con carácter previo* a cualquier diligencia o declaración.

III. VULNERACIÓN DEL DERECHO DEL ART. 17.3 CE Y SANCIÓN DE NULIDAD

El derecho a la asistencia letrada del detenido del art. 17.3, segundo inciso, CE ("*se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca"*) es un derecho fundamental de configuración legal. Y encuentra desarrollo señaladamente en el art. 520 LECr. En lo que ahora importa, el art. 520.2.c) LECr confiere a *"toda persona detenida o presa*" el "*derecho a designar abogado y a solicitar su presencia para que asista a las diligencias policiales y judiciales de declaración e intervenga en todo reconocimiento de identidad de que sea objeto*".

Pese a ser de configuración legal, el derecho a la asistencia letrada no deja de ser un derecho fundamental y, por ello, en el caso de que resultara vulnerado en el seno de un procedimiento penal, en principio resultaría de aplicación lo dispuesto en el art. 11.1, segundo inciso, de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), esto es, *"no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales*". Además, el art. 238.4º LOPJ establece que serán nulos de pleno derecho los actos procesales "*cuando se realicen sin intervención de abogado, en los casos en que la ley la establezca como preceptiva"*[10].

Por tanto, en aplicación de los preceptos procesales citados, cabría entender que, en principio, cualquier declaración policial en la que el detenido declara sin asistencia letrada vulnera el derecho fundamental del art. 17.3 CE (y del art. 24.2 CE, como se expuso) y, por ende, debe acarrear la sanción de nulidad de pleno derecho prevista en los arts. 11.1 y 238.4º LOPJ para la declaración en tanto que medio probatorio, así como la nulidad en cadena de todos los actos procesales que traigan causa o estén íntimamente conectados con la declaración.

Sin embargo, se ha desarrollado entre nuestros Tribunales una práctica de tolerancia, según la cual la falta de asistencia letrada al detenido no comporta por sí misma una violación automática de los derechos fundamentales mencionados del acusado. Antes bien, se considera que la inasistencia del abogado en sede policial será relevante únicamente en la medida en que haya significado *una efectiva*

---

[10] Vid. también los arts. 225, 283.3 y 287 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

indefensión material, susceptible de incidir en las resoluciones de mérito que se dicten en lo sucesivo.

En este sentido, el Tribunal Constitucional ha afirmado en su ATC 16/1992, de 27 de enero, que "*...la falta de asistencia letrada sólo determina indefensión y una violación del citado art. 17.3 o, en su caso del art. 24.2 de la norma suprema si, como consecuencia de ella, el procesado hubiera visto perjudicada su situación procesal y generada una posterior indefensión, de tal manera que debe acreditarse la presencia de una* ***relación de causalidad*** *entre esta omisión y la Sentencia condenatoria*".

De nuevo, la tesis que mantiene el Tribunal Constitucional se compadece mal con la trascendencia tanto de la propia declaración policial, como de la intervención del abogado en esa declaración. Por el contrario, esta tesis parece una lógica prolongación de esa concepción del papel pasivo del abogado en la asistencia al detenido, que parte de la STC 196/1987 y que hemos comentado *in extenso* en el apartado anterior.

Siguiendo la doctrina apuntada, en la práctica será extraordinariamente complicado conseguir la nulidad de la declaración realizada sin la presencia de abogado, en la medida en que habrá que aportar prueba de la relación causal entre la ausencia de abogado y la existencia de un perjuicio para la situación procesal del detenido. Y ello parece harto difícil. Se obliga al detenido/imputado/acusado a que, en las fases sucesivas del procedimiento, en el momento en que invoque la sanción de nulidad para la diligencia irregular, especule o formule hipótesis sobre cuál habría sido el "*mejor consejo*" del abogado que, de haber sido seguido, habría evitado una situación de "*perjuicio procesal*" (categoría ésta, obviamente, de significado enormemente impreciso).

Pues bien, la línea del TEDH al interpretar el art. 6.3 del Convenio de Roma de 1950 parece exactamente la contraria, al menos si se atiende a la doctrina expuesta en la ya citada STEDH de 8 de febrero de 1996 (caso Murray vs. Reino Unido). Recordemos que el Tribunal afirmaba lo siguiente:

> *"El Tribunal no tiene sin embargo que especular sobre la reacción del demandante o sobre el consejo que le habría dado su abogado en el caso en el que no se le hubiera negado el acceso durante este período inicial. En estas condiciones, al demandante le afectó directamente, sin duda, la negativa a este acceso y la injerencia en los derechos de la defensa que de ello resultó".*

En definitiva, siguiendo al TEDH en la sentencia citada, cabe sostener que la falta de asistencia letrada en sede policial es *per se* lesiva para (al menos) el derecho fundamental del art. 17.3 CE, segundo inciso y, en consecuencia, debe resultar siempre en la nulidad de la diligencia (y de las actuaciones procesales derivadas), sin necesidad de formular hipótesis complejas (además de difíciles de demostrar) sobre qué resultado procesal se habría producido en el caso de que hubiera existido un letrado defensor, qué consejo habría dado, etc.

Como propuesta de *lege ferenda*, cabría modificar la redacción del artículo 520 LECr, de manera que contemple expresamente la sanción de nulidad para las declaraciones en sede policial sin la presencia de abogado defensor (esto es, se configuraría así una previsión legal expresa de nulidad, como aquéllas a las que alude el apartado 6º del art. 238 LOPJ).

IV. SUPUESTOS DE RENUNCIA VÁLIDA AL DERECHO DEL ART. 17.3 CE

En la configuración legal del derecho a la asistencia letrada (ya sea tanto derivada del art. 17.3 como del 24.2 CE) que contiene el art. 520 LECr se prevén determinados supuestos en los que la renuncia al derecho es válida:

> (a) En primer lugar y con carácter general, sólo se prevé que el derecho a la asistencia letrada es *irrenunciable* en la vertiente (en la concepción del Tribunal Constitucional antes descrita) consagrada en el art. 17.3 CE, es decir, cuando está relacionado con el derecho a la libertad, cuando el titular del derecho es el detenido o preso. Así, el art. 520.2.c) establece que "*si el detenido o preso no designara Abogado, se procederá a la designación de oficio*". La ley procesal no permite que el detenido o preso pueda renunciar válidamente a su derecho a ser asistido por un abogado, puesto que se le proporciona un letrado de oficio aunque el detenido no lo desee.
> *A sensu contrario*, los imputados no detenidos (y no presos) podrían renunciar válidamente a la asistencia letrada, incluso en el trámite de la declaración judicial en fase de instrucción.
> Cabe citar a este respecto la STS nº 1440/2002, de 9 de septiembre (RJ 2002/8327): "*...como se expone en la sentencia de esta Sala de 29 de octubre de 2001, no puede calificarse de nula, ilegítima o carente de validez la declaración del imputado ante el Juez de Instrucción por el hecho de no haber estado asistido en dicha diligencia de Letrado defensor. En efecto, esta Sala ha mantenido reiteradamente que en la primera fase del proceso penal el derecho a la asistencia letrada es, en principio, renunciable salvo que el acusado se encuentre detenido o preso en cuyo caso, si el mismo no ejercita el derecho de nombrar Abogado, el art. 520.2 c) LECrim impone la obligación de designarlo de oficio, con la única excepción del supuesto previsto en el apartado 5 del mismo precepto.*"
> (b) En efecto, como señala la sentencia que acabamos de citar, el art. 520.5 LECr prevé otro supuesto de renuncia válida al abogado, incluso en casos de detenidos o presos. Señala el precepto, literalmente, que "n*o obstante, el detenido o preso podrá renunciar a la preceptiva asistencia de Letrado si su detención lo fuere por hechos susceptibles de ser tipificados exclusivamente como delitos contra la seguridad del tráfico*". A este respecto, resulta difícil aceptar desde el punto de vista dogmático que, únicamente en atención al tipo de delito relacionado con la seguridad del tráfico, pueda habilitarse un supuesto de renuncia válida a un derecho de la trascendencia del que se trata.
> (c) Y, por último, otro supuesto de renuncia válida especialmente falto de justificación puede hallarse en el art. 520.4 LECr. En este precepto se regulan los trámites para que el detenido o preso designe a su abogado. Se prevé que la autoridad judicial y los funcionarios que custodien al detenido o preso comuniquen al Colegio de Abogados el nombre del abogado elegido por aquél. El Colegio, a su vez, notifica

la designación al abogado en cuestión y si éste no la acepta o no fuere hallado se nombrará un abogado de oficio. En lo que ahora importa, se prevé que el abogado designado debe acudir en el plazo máximo de ocho horas pero, si transcurrido dicho plazo el letrado no comparece "*injustificadamente*", el precepto permite que se practique la declaración o reconocimiento del detenido o preso "*si lo consintiere*". Por tanto, en la práctica, se trata de un supuesto adicional de renuncia válida a la asistencia letrada por parte del detenido, sin otro fundamento que la incomparecencia injustificada del letrado que había elegido o se le había nombrado.

En atención a lo expuesto, una vía adicional de potenciar el derecho a la asistencia letrada de los arts. 17.3 y 24.2 CE consistiría en eliminar o limitar los tres supuestos de renuncia válida previstos en la Ley que se acaban de describir (máxime en el caso de los dos últimos, cuya justificación dogmática parece, desde luego, insuficiente).

Informe nº 6/2011

El derecho de huelga de Jueces y Magistrados

I. ENCAJE CONSTITUCIONAL DE LOS JUECES Y MAGISTRADOS. CONFIGURACIÓN DEL PODER JUDICIAL COMO ÓRGANO CONSTITUCIONAL POR SU ORIGEN Y FUNCIONES. CONSECUENCIA DE UNA INTERRUPCIÓN EN EL EJERCICIO DE LAS FUNCIONES CONSTITUCIONALES

La Constitución española de 1978 aborda diversas referencias a los "trabajadores" y al "trabajo" en varios preceptos contenidos en el Título I, "De los Derechos y Deberes de los españoles". Por otra parte, la mención de los "funcionarios" y su estatuto viene contenida en el Título IV "Del gobierno y la Administración". En cambio, la referencia a "los jueces y magistrados" y la alusión a su "estatuto jurídico" está recogida en un Título diferente de ambos, el VI, al tratar *"Del Poder judicial"*.

Desde un punto de vista sistemático, este Título viene a continuación de los que se refieren a las Cortes (Título III), al Gobierno (IV), o las relaciones entre ambos (V). Se trata, pues, de la denominada parte orgánica de la Constitución en la que se aborda lo relativo a los poderes del Estado y sus instituciones.

Precisamente el Título VI es el único que en su rúbrica lo califica, refiriéndose al judicial, como "*Poder*". El hecho de atribuirle esa denominación no es una cuestión baladí y refleja que el Constituyente quiso asignar un especial y robustecido significado a lo que suponen en el entramado constitucional los órganos que ejercen funciones jurisdiccionales, en lo que representa la asunción de un equilibrio de poderes propio de un Estado democrático de Derecho (artículo 1.1). Ello requiere colocar en una posición relevante e independiente a estos órganos y a sus titulares, tal y como así se hace en todo el Título VI.

Al mismo tiempo, debe valorarse —por lo que posteriormente se señalará— el hecho de que la Constitución, al referirse al Parlamento y al Gobierno no los califique expresamente como "*Poder*", tal y como sí hace con el judicial. Esta circunstancia no significa que aquéllos no lo sean pues es una obviedad y es evidente, aunque no lo diga expresamente la Constitución, que son respectivamente Poder legislativo y Poder ejecutivo. Sirva este ejemplo para advertir ya ahora que un silencio del texto Constitucional no debe interpretarse de forma contraria a

lo que supone lo razonablemente constitucional. Lo contrario sería un fraude de ley y una interpretación maliciosa.

En un precepto esencial contenido en el Título Preliminar, como es el artículo 1.2, se expresa que "*La soberanía nacional reside en el pueblo español del que emanan los poderes del Estado*".

Esa alusión al *pueblo* en su conjunto como titular de la soberanía viene contenida no sólo en el artículo 66, en el que, a propósito del Poder legislativo, señala que "*Las Cortes generales representan al pueblo español...*", sino también en el artículo 117 con el que comienza el Título VI referido a otro de los Poderes del Estado, al expresar que "*La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial...*".

La vinculación y singular *status*, pues, de quienes ejercen sus funciones desde una posición de delegación del titular de la soberanía, hace que se deba ser exquisito y también riguroso para no admitir hipotéticamente que pudiera darse una interrupción en el ejercicio de las funciones atribuidas o delegadas desde el poder soberano. Ciertamente, ello se produciría si se llevase a cabo por sus titulares una dejación de atribuciones, siquiera sea de modo temporal, pues las funciones que tienen este origen delegado del poder soberano son irrenunciables y no pueden quedar en suspenso.

Así pues, quienes ejercen la tarea de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado no deben ni pueden ser considerados trabajadores por cuenta ajena, ni tampoco empleados públicos *stricto sensu* que desarrollan funciones públicas, sino algo aún mucho más relevante pues se trata de auténticos titulares de órganos con una relevancia constitucional muy nítida tanto por su configuración de origen —según lo ya expresado, en el pueblo español— como por sus funciones.

Resulta evidente que desde esta perspectiva orgánica-institucional es absolutamente impensable que, al igual que las Cortes o el Gobierno o los miembros de éstos, los órganos judiciales (cada Juez o Magistrado es en sí mismo Poder judicial) pudiese hacer dejación de su función.

Así, una huelga de quienes son y ejercen un Poder constitucional del Estado no sería sino una dejación de sus deberes constitucionales y un abandono de funciones y responsabilidades atribuidas por la Ley Fundamental y cuyo ejercicio no puede quedar en suspenso.

II. REGULACIÓN DEL DERECHO DE HUELGA EN LA CONSTITUCIÓN. VINCULACIÓN AL DERECHO DE SINDICACIÓN. REGULACIÓN EN EL REAL DECRETO-LEY 17/77, DE 4 DE MARZO. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. ATRIBUCIÓN DE SU TITULARIDAD A LOS TRABAJADORES EN EL MARCO DE LA RELACIONES LABORALES PARA LA DEFENSA DE SUS INTERESES

Ya específicamente en lo que se refiere a la regulación del derecho a la huelga con carácter general, hay que señalar que dentro del Título I de la Constitución, referido al catálogo de derechos fundamentales, se incluye el artículo 28, que contiene dos apartados. El primero se refiere al derecho a la sindicación y el segundo al de huelga.

Resulta fundamental considerar que son derechos que entre sí tienen una vinculación clara no sólo por la razón estructural de que están recogidos en un mismo precepto, sino que precisamente vienen así conjuntamente tratados en la medida en que ambos tienen un mismo fin: "la *defensa de sus intereses*", que son los de "*los trabajadores*". Precisamente estos, son "*los trabajadores*" aquellos a los que se reconoce el derecho de huelga.

Esta materia no tiene en España una regulación específica. Al respecto resulta de aplicación el Real Decreto Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre Relaciones de Trabajo. Todo el texto —de regulación más amplia que lo que es específicamente el derecho de huelga— se refiere a materias netamente laborales. Los temas de los que trata son ciertamente lejanos e incluso ajenos a lo que puede pensarse de la posición de jueces y magistrados: "*conflictos colectivos*", "*convenios colectivos*", "*despido*", "*cierre patronal*" "*reestructuración de plantillas*", etc. La misma lejanía y extrañeza de estos temas respecto los miembros de la carrera judicial y su *status* es también la regulación de la "*huelga*".

El Real Decreto Ley mencionado dedica su Título I al derecho de huelga. A él se refiere su ejercicio "*En el ámbito de las relaciones laborales*", lo cual es también ajeno al *status* de los jueces y magistrados como hipotéticos titulares de este derecho.

Además, al referirse a éste son constantes las citas de "*trabajadores*" y "*empresarios*". Todas estas nociones, conceptos y realidades son asimismo ajenas a lo que son y representan los titulares de funciones jurisdiccionales.

El citado Real Decreto Ley 17/77 fue depurado en cuanto a su conformidad a la Ley Fundamental mediante la sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981, de 8 de abril, y es la norma que rige en España en lo relativo al derecho de huelga.

Igualmente una lectura de la mencionada sentencia, que califica la huelga como un instrumento de presión sindical de los trabajadores frente a los empresarios, permite comprobar que ésta es un mecanismo extravagante y muy distante del ámbito y configuración de quienes ejercen funciones de carácter jurisdiccional.

En este sentido, hay que destacar que la mencionada sentencia 11/1981 del Tribunal Constitucional delimita por razón de los sujetos y de los fines de este mecanismo el alcance del derecho constitucional de huelga al señalar que:

> *"...es el que se atribuye a las personas que prestan a favor de otros un trabajo retribuido cuando tal derecho se ejercita frente a los patronos o empresarios para renegociar con ellos los contratos de trabajo introduciendo en ellos determinadas novaciones modificativas".*

Y que:

> *"...no nos encontramos ante el fenómeno de la huelga protegido en el artículo 28 de la Constitución cuando se producen perturbaciones en la producción de bienes y servicios o en el normal funcionamiento de estos últimos se introducen con el fin de presionar sobre la Administración Pública o sobre los órganos del Estado para conseguir que se adopten medidas gubernativas o que se introduzca una nueva normativa más favorable para los intereses de una categoría".*

III. INTENTO DE REGULACIÓN. EL PROYECTO DE LEY DE HUELGA DE 1992

Con posterioridad a la Constitución de 1978 hubo un intento de dar una regulación completa de este derecho fundamental. Sería en 1992 cuando el Gobierno presentó y remitió a las Cámaras el Proyecto de Ley de huelga y medidas de conflicto colectivo, que sería publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el 1 de junio de 1992. Continuaría con su tramitación llegando a ser aprobado por el Senado, si bien justo antes de su regreso a la Cámara baja para su aprobación definitiva en otoño de 1993 el Presidente del Gobierno disolvería las Cortes y el texto caducaría.

Desde entonces no se ha producido ningún intento de dar una regulación específica a este derecho, por lo que mantiene su vigencia el Real Decreto Ley 17/77 con las correcciones del Tribunal Constitucional efectuadas en la sentencia ya mencionada.

En todo caso, interesa aquí destacar que en ese intento *non nato* de regulación de la huelga, siempre aparece ésta referida en dicho texto como derecho de los "*trabajadores*" y con varias menciones a las "*relaciones laborales*", conceptos propios de lo que constituye el "*Estatuto de los Trabajadores*", norma ésta a la cual se remite

en varias ocasiones. Además, la titularidad de las facultades que comprende el derecho de huelga se atribuía en el artículo 5 a los sindicatos, debiendo recordarse que el derecho de sindicación *stricto sensu* es prohibido a los jueces y magistrados.

Específicamente debe tenerse en consideración el artículo 1.2, en el que se señalaba que "*Quedan exceptuados del ejercicio de este derecho los miembros de las Fuerzas Armadas y de las Fuerzas y Cuerpos de seguridad así como los Jueces, Magistrados y fiscales mientras se hallen en activo*". Por otra parte, el artículo 15.1 mencionaba, como límite a la huelga, en su párrafo octavo entre los servicios esenciales de la comunidad: "*El ejercicio por los Poderes Públicos de las funciones constitucionalmente atribuidas...*".

IV. ESTATUTOS NORMATIVOS DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS Y DE LOS JUECES Y MAGISTRADOS. LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL. LA CONSTITUCIÓN Y EL EJERCICIO DE DERECHOS DE SINDICACIÓN Y HUELGA DE LOS TITULARES DE LAS FUNCIONES JURISDICCIONALES. AUSENCIA DE COBERTURA CONSTITUCIONAL. REFERENCIA A LOS SECRETARIOS JUDICIALES

Respecto de los funcionarios públicos, el artículo 103 de la Constitución hace referencia al "*Estatuto*" de estos empleados, que debía aprobarse por ley. Aun con notable retraso desde 1978 esta norma sería aprobada mediante la Ley 7/2007, de 12 de abril. En ella, concretamente en el artículo 15, se enumeran de los epígrafes *a)* al *e)* los "*derechos individuales de ejercicio colectivo*". Más concretamente es el epígrafe *c)* el que se refiere "*Al ejercicio de la huelga, con la garantía del mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad*". Los demás derechos son regulados con más detalle en los preceptos siguientes. En cambio, el de huelga ya no recibe ninguna mención en este mismo texto legal, por lo que salvo su reconocimiento y el límite legal mencionado, ha de entenderse de aplicación para los demás requisitos y límites lo prevenido en el Real Decreto-Ley 17/1977.

En cuanto a los Jueces y Magistrados, el artículo 117 de la Constitución alude a su "*Estatuto*". Éste lo constituye la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en la que se abordan los derechos y deberes que configuran el *status* de los titulares de las funciones jurisdiccionales. Pues bien, en la mencionada ley se enumeran una serie de derechos entre los cuales alguno resulta limitado, como es el caso de la libertad de expresión cuando se trate de manifestaciones o destinatarios políticos (artículo 395.1).

Otros derechos son sencillamente prohibidos, como ocurre con el de sindicarse o pertenecer a partidos políticos (artículo 395), lo cual en ambos casos no es sino una reiteración de lo que ya establece la Constitución en el artículo 127.

En este punto, debe advertirse que esto fue objeto de debate en 1978, toda vez que en el proceso de elaboración de la Constitución algunos grupos parlamentarios, como el socialista y el comunista, defendieron que se reconociesen a los Jueces y Magistrados tales derechos y se suprimiesen las mencionadas prohibiciones. En cambio, como es sabido, no es ésta la tesis que se impondría mayoritariamente y que acabaría reflejando estas prohibiciones, desde la óptica de la *auctoritas* y la función que desempeñan los Jueces y Magistrados.

Si estos derechos les son negados constitucionalmente, procede plantearnos qué sucede con el de huelga. Ya anteriormente señalábamos la conexión del de sindicación y el de huelga mencionados en el artículo 28, con el matiz de que el primero tiene como sujeto reconocido a un genérico "*Todos*" y el segundo se refiere específicamente a "*los trabajadores*".

El derecho generalizado a la sindicación viene luego constreñido, llegando a la prohibición, al referirse a los jueces y magistrados en el mencionado artículo 127 aunque a continuación admite, remitiéndose a una ley (sería la LOPJ), el sistema de asociaciones profesionales lo cual en cierto modo es un sucedáneo de aquel derecho negado por razones conceptuales respecto a lo que supone ser titular de funciones jurisdiccionales como poder judicial que son.

Vinculados ambos derechos y negado expresamente el primero, del mismo modo y aún con mayor razón debe ser rechazado el segundo que constituye la más enérgica y excepcional medida de presión de los trabajadores agrupados en sindicatos frente a los empresarios.

Así como en el debate constituyente sí que hubo debate respecto la prohibición de integrarse los jueces y magistrados en partidos políticos y sindicatos (lo cual se mantuvo), nada se suscitó de polémica respecto la huelga. Ciertamente en el proyecto embrionario de Constitución (ni tampoco en el texto final) no se contenía (ni contiene) una prohibición expresa, no produciéndose dialéctica ni controversia sobre ello.

No obstante y a propósito del debate sobre el que sería finalmente el artículo 28.2, no pueden por menos que recogerse algunas afirmaciones formuladas por uno de los constituyentes, miembro del grupo mayoritario, el senador Royo Villanova:

> *"La huelga como recurso de equilibrio social, constituye un rasgo básico de las relaciones laborales en los sistemas de economía de mercado...Es un instrumento vital para el quehacer de los sindicatos libres, típicos de las democracias industrializadas y hasta esencial para el buen funcionamiento de las relaciones laborales en estos sistemas".*

Posteriormente, refiriéndose a la huelga según el modelo contractual y laboral afirmó que sirve respectivamente *"como instrumento de equilibrio de fuerzas en*

la negociación colectiva del trabajo" o como "medio de autodefensa colectiva en todos los aspectos de las relaciones de trabajo".

Así pues, el ámbito de la huelga se define por operar en un marco de unas relaciones laborales de los trabajadores respecto los empresarios, ámbito que es absolutamente ajeno y muy distante del que están los jueces y magistrados no sólo como personas con unas relaciones de especial sujeción respecto la Administración de justicia sino también y muy especialmente por la consideración de que son poder del Estado que ejercen funciones constitucionales en nombre del pueblo español.

Otros sujetos integrados en el concepto "personal al servicio de la Administración de justicia" como son los secretarios judiciales tienen reconocido e su Estatuto aprobado mediante el R. D 1608/2005, de 30 de diciembre, los derechos "A la libre sindicación", "A la actividad sindical" y "De huelga en los términos contenidos en la legislación general del Estado para funcionarios públicos" [artículo 82 b), c) y d)].

Sin embargo este régimen que es análogo al de los empleados públicos de carácter general no es el caso de los jueces y magistrados dado que ejercen algo de más valor que funciones públicas: las funciones constitucionales de carácter jurisdiccional de "juzgar y ejecutar lo juzgado" (artículo 117 Constitución), facultades y poderes que sin duda tienen una trascendencia mucho más intensa que el mero ejercicio de unas funciones administrativas y no constitucionales como —estas últimas— es el caso de las que corresponden a los jueces y magistrados.

V. AUSENCIA DE COBERTURA CONSTITUCIONAL DE LA HUELGA DE JUECES Y MAGISTRADOS. INTERPRETACIÓN DEL VACÍO NORMATIVO: AUSENCIA DE PREVISIÓN Y PROHIBICIÓN IMPLÍCITA DESDE LA PERSPECTIVA ORGÁNICA Y FUNCIONAL. SOMETIMIENTO A LA LEY

Así, pues, no existe ni cobertura ni previsión legal del ejercicio del derecho a la huelga de los jueces y magistrados. Pretender legal el ejercicio de ésta e invocar el RDL sería *laboralizar* estos en su función y posición en el marco constitucional, algo no solo no deseable sino también absolutamente impensable y perturbador en lo que es un Estado de Derecho.

Existe, pues, un vacío normativo. Sin embargo esta ausencia de previsión no es algo casual en el sentido de olvido del constituyente ni del legislador sino que es algo que no siendo trabajadores en el sentido laboral ni reconociéndose el derecho de sindicación (al cual el de huelga está vinculado) resulta tan impen-

sable en derecho que ni siquiera ni las Cortes constituyentes ni el legislador posterior tuvieron necesidad de recoger una formula de prohibición toda vez que esto no encaja en modo alguno en el esquema constitucional.

Así pues resultaría totalmente innecesaria y no aportaría nada nuevo que el texto constitucional o la legislación posterior, especialmente la LOPJ, hubiese recogido o recogiese de futuro una prohibición expresa de la hipótesis de que los jueces y magistrados pudiesen promover una huelga en el mismo sentido que contiene el texto Constitucional una prohibición explícita de la pertenencia a partidos políticos o a la sindicación. Sobre estos dos derechos podría haber debate o discusión que zanjó la Ley Fundamental pero ese debate no existe en el caso de la huelga por la obviedad de que desde los argumentos expuestos con anterioridad resultaría del todo impensable lo contrario.

En cualquier caso, debe hacerse una corrección a lo expresado por dos veces en el Acuerdo del Consejo General del Poder Judicial de 9 de febrero de 2009 toda vez que no es sólo el "ejercicio" de este "posible" (mejor sería calificarlo como "hipotético") derecho lo "que carece en el momento actual, de soporte normativo". Lo más correcto sería afirmar que lo que verdaderamente carece de apoyo legal es no ya su ejercicio sino la atribución de su titularidad a los jueces y magistrados. Y ello no sólo en el momento presente sino también de futuro pues una supuesta atribución futura de este derecho chocaría con la interpretación que ha de considerarse más constitucional en lo que supone la posición de los poderes constitucionales y quienes los representan y ejercen.

Por otra parte, debe considerarse que rechazada la petición de huelga esta prohibición no puede ser burlada acudiendo a subterfugios de asambleas informativas, paro o cualquier otro mecanismo que reflejase una ocultación de que verdaderamente se está acudiendo a mecanismos que pretendiesen ocultar formalmente lo que no es sino una práctica prohibida no ya por la normativa sino directamente por el órgano de gobierno de la judicatura.

VI. COLISIÓN CON EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. PREVALENCIA DE ÉSTA.

En todo caso, no puede dejar de hacerse mención al último inciso del artículo 117. 1 cuando después de expresar que "La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por jueces independientes, inamovibles, inseparables..." añade también "sometidos únicamente al imperio de la ley y al derecho". Este último inciso alude al principio de legalidad no solo como único instrumento para la resolución de los conflictos y la ausencia de cualquier mandato que no fuese el expresado.

También puede y debe ser entendido como vinculación de estos titulares de la función jurisdiccional a lo que representa el imperio de la ley. De este modo, cabría recordar que si a la luz de lo expuesto desde un punto de vista constitucional y laboral la huelga es un instrumento ajeno al ámbito de los poderes constitucionales, pretender lo contrario supondría no solo un grave desprecio del las leyes y el ordenamiento jurídico sino también un desafío al Estado de Derecho del cual ellos no solo forman parte sino que también son garantes.

Por último debe analizarse la concurrencia y, en su caso, colisión de un hipotético ejercicio del derecho de huelga con otros derechos reconocidos y protegidos constitucionalmente. De un modo particular con el derecho a la tutela judicial efectiva que es encomendada precisamente a los jueces y magistrados (artículo 24).

Al respecto, en varias sentencias se ha pronunciado el Tribunal supremo cuando a propósito de un pretendido derecho de huelga de los abogados que ejercen el turno de oficio, ha señalado que los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución

> *"…no son derechos absolutos e ilimitados, sino que tales derechos, ni en su alcance, ni en su jerarquía ni en su limitabilidad ostentan igual significación, por lo que resulta necesario, en los supuestos de colisión eventual de derechos de naturaleza fundamental, establecer una gradación jerárquica entre los mismos, por lo que la situación de conflicto denunciada, atendiendo las características de los derechos en pugna, debe resolverse en este caso a favor del proclamado en el repetidamente citado artículo 24 de nuestra Ley fundamental, no solo porque en el mismo se reconocen una serie de derechos sin los cuales no se concibe la existencia de un Estado de Derecho, sino porque aquellos protegen intereses generales, mientras que con la huelga se trata de defender intereses que, por muy respetables y fundados que sean, afecta al grupo que los plantea." (Sentencias T. S de 28 de noviembre de 1990; 29 de mayo de 1995; 21 de marzo de 1996; 21 de septiembre de 2000).*

Si esta es la doctrina consolidada respecto la asistencia letrada al detenido en caso de pretensión de ejercicio de huelga de abogados de diversos Colegios profesionales, aún con mayor intensidad debe considerarse aplicable este criterio cuando quienes promueven el ejercicio de la huelga son precisamente los encargados de dar la mayor virtualidad a lo que supone la tutela judicial efectiva: los jueces y magistrados integrantes del poder judicial.

VII. CONSECUENCIAS DE LA INOBSERVANCIA DE LA PROHIBICIÓN DE HUELGA. RESPONSABILIDAD. PRINCIPIO DE IGUALDAD Y QUIEBRA DE LA POSICIÓN CONSTITUCIONAL DEL PODER JUDICIAL. REFLEXIÓN FINAL

Producida y consumada la huelga de los jueces y magistrados deben considerarse los efectos de la realización de un acto que el órgano de gobierno de aquéllos había prohibido de modo expreso y por unanimidad en su Acuerdo de 9 de febrero. Las consecuencias de un ilícito, cualquiera que fuese su sujeto autor, debería *prima facie* tener unas consecuencias. La responsabilidad de los jueces y magistrados viene regulada en la LOPE, debiendo ser objeto de otro estudio diferente el encaje preciso de la actuación de algo prohibido de modo expreso por el CGPJ en la tipología de infracciones y sanciones contempladas en la citada Ley Orgánica. Por otra parte, el RDL invocado por los convocantes se refiere el ejercicio legal e ilegal de un derecho de huelga o no respetuoso de las condiciones previamente fijadas como servicios mínimos.

En todo caso y sin perjuicio de la valoración que debe hacer el mencionado órgano, no pueden dejar de hacerse unas consideraciones *ex post* sobre el hecho de que tuviese amplio seguimiento una huelga expresamente prohibida.

Contrasta la previsible ausencia de exigencia de responsabilidad a los promotores y a quienes no cumplieron con su obligación el 18 de febrero con lo que una actuación análoga podía dar lugar si ese mismo proceder hubiese sido llevado a cabo por trabajadores por cuenta ajena o por empleados públicos.

Más allá de lo estrictamente jurídico, no puede dejarse de intentar una profunda y abierta reflexión social de todos los operadores jurídicos que participan en la administración judicial y que son fundamentales para que la tutela judicial sea verdaderamente efectiva.

Las apelaciones desde sectores de la judicatura en el sentido de que ellos tienen los mismos derechos que los ciudadanos quiebra cuando se observa que ello no supone la atribución del correlato de los mismos deberes y las mismas responsabilidades. Especialmente en el supuesto de los demás ciudadanos sujetos a la ley y que cuando están disconformes con una decisión judicial o administrativa necesariamente han de utilizar los mecanismos legales hasta conseguir la atribución de lo pretendido. Lo cual no se ha producido en el presente caso, en el que la resolución denegatoria de la huelga promovida no ha sido objeto de recurso, único medio en Derecho para rebatir aquello con lo que no se está conforme.

En el caso de los jueces y magistrados que de modo abierto ante la sociedad han desafiado a todos, pero especialmente a su órgano de autogobierno, la per-

cepción de la ciudadanía es que se colocan por encima del la Ley y el Derecho y no sometidos ellos como prescribe el artículo 117.1 de la Constitución.

Quienes ejercen facultades jurisdiccionales necesariamente han de estar situados, en garantía de su propia función, en una posición prevalente y no igual que los demás ciudadanos. La ubicación en un mismo plano estatutario que éstos sería algo perturbador para la configuración de los poderes constitucionales del Estado, uno de los cuales es el judicial. Pero, además, lo que resulta contradictorio y grave es al mismo tiempo pretender, desde la ausencia de responsabilidades, situarse por encima de la ley que obliga a los ciudadanos y a los poderes públicos (artículo 9.1 de la Constitución).

Informe nº 7/2011

Los denominados juicios paralelos o virtuales emitidos en medios audiovisuales que representan y reproducen hechos que constituyen el objeto de un proceso penal en situación de litispendencia

Se ha solicitado informe sobre el surgimiento de un nuevo tipo de "*Juicios paralelos o virtuales"* que se emiten en los medios audiovisuales —básicamente la televisión, si bien también podría darse la misma situación en el cine— y en los que se representan y reproducen hechos que constituyen el objeto de un proceso penal en situación de litispendencia. Cabe formular al respecto las siguientes, cabe realizar las siguientes

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

I. NATURALEZA JURÍDICA DE LA REPRODUCCIÓN MEDIÁTICA DE LOS HECHOS PROCESALES: "*JUICIO PARALELO"* DE NATURALEZA ESPECIAL

Concurren en los supuestos que se acaban de identificar —las representaciones virtuales— los elementos o presupuestos que se han venido identificando como integrantes de los denominados *"Juicios paralelos*", si bien los medios de comunicación van en este caso un paso más allá de la emisión de una mera opinión o declaración de voluntad respecto de determinados hechos procesales o, al menos, expresan una opinión muy cualificada que requerirá de un tratamiento específico.

Por una parte, nos encontramos con un proceso que se sigue por unos hechos presuntamente delictivos —*litispendencia*—. No parece necesario, como en ocasiones se ha apuntado, que el proceso se encuentre en la fase de instrucción y por tanto sujeto al principio de publicidad relativo (o carácter secreto para los no personados), dado que los efectos del "*Juicio paralelo*" pueden ser tanto o más intensos si se emiten durante la fase del Juicio Oral, en la medida en que se trata de un momento procesal más próximo y ligado a la sentencia, es decir, al acto procesal en el que se materializa la función jurisdiccional y, en consecuencia, cuando los efectos de la actuación de los medios puede ser más intensa. El aspecto temporal es fundamental puesto que la consideración jurídica del "*Juicio*

paralelo" se transforma radicalmente, dependiendo de si el proceso se encuentra en situación de *litispendencia* o si, por el contrario, ya ha concluido.

Por otra parte, en estos casos se realiza un *juicio*, es decir, se *juzga*, emitiéndose un pronunciamiento de culpabilidad (o de inocencia). Debe entenderse que la recreación de los hechos va más allá incluso de la emisión de una mera opinión de que existe culpabilidad, puesto que entraría dentro del relato de hechos probados ya que el creador realiza una valoración de las pruebas, de los indicios que son conocidos o incluso, para el caso extremo de no poseer indicio alguno, se procede a manifestar la voluntad propia del creador de la representación.

Un relato que determine la comisión de unos hechos delictivos viene a ser tanto como realizar un juicio sobre la culpabilidad del acusado/imputado. Todo proceso recreado o reproducido en los medios (audiovisuales) de comunicación implica la actuación de una serie de sujetos —los que intervienen en el proceso de producción— que realizan el juicio histórico que le corresponde realizar precisamente al órgano de enjuiciamiento en la génesis de la sentencia o, en su caso, al Juez de Instrucción cuando debe adoptar alguna decisión que requiere de un juicio valorativo sobre los hechos objeto de investigación. Se materializa así virtualmente la culpabilidad del imputado/acusado, al recrearse los hechos procesales de modo que no queda duda en cuanto a la implicación y potencial culpabilidad de aquél.

Por otra parte, suele exigirse cierto ánimo de influir, al fin y al cabo perturbar o alterar, al órgano jurisdiccional. Sin embargo, tal elemento volitivo no parece un presupuesto necesario. Es más, el mismo se encuentra implícito en cualquier declaración de voluntad que se realice sobre hechos procesales estando el proceso *litispendente*.

Descartado en los casos que nos ocupan el ánimo o la finalidad puramente informativa —no se emite una declaración de conocimiento—, sólo cabe apreciar en el "*Juicio paralelo"* y en su representación mediática un ánimo de influir sobre el ejercicio de la función jurisdiccional.

En consecuencia, la figura analizada permite acoger el concepto tradicional de "*Juicio paralelo"*, conforme al cual se trata de un proceso generado, instrumentado y reproducido respecto de unos hechos objeto de un proceso *litispendente* ante un órgano jurisdiccional, por parte de medios de comunicación, que se erigen así en jueces, para proporcionar al ciudadano telespectador un relato de los hechos, aparentando que los mismos han sucedido en la realidad y determinando finalmente la culpabilidad del sujeto pasivo del proceso penal y, todo ello, con la finalidad de influir en la función jurisdiccional del correspondiente órgano.

El "*Juicio paralelo"* es sustancial y cualitativamente distinto de la cobertura informativa exhaustiva realizada por los medios de comunicación respecto de pro-

cesos que se están tramitando y que, como tal, responde a factores sin duda legítimos: el derecho a la información de la sociedad, el principio de publicidad de las actuaciones judiciales (lo que, no obstante, vendría sumamente condicionado en la fase de instrucción), el interés general de algunos procesos. Ahora bien, cuanto más *"juicio"* se contiene y menos transmisión de datos o conocimiento se proporciona a la sociedad, tales fundamentos ceden, hasta el punto de desaparecer.

Con todo, la representación audiovisual de los hechos es una figura que franquea cualquier límite de los que generalmente se han analizado —los naturales y propios de los "*Juicios paralelos*"—, por lo que la difusa línea que delimita hasta dónde pueden llegar los derechos potencialmente en conflicto, debe ser trazada de nuevo, en la medida en que no nos encontramos ante la institución con sus perfiles tradicionales, sino con unos nuevos perfiles más invasivos, lo que implica la necesidad de revisar la ponderación de derechos fundamentales en conflicto.

Nos encontramos pues ante una recreación/representación virtual —que no mera opinión— de los hechos, ajustada a la forma en que la persona que se ha encargado de su creación (director, guionista, productor, etc.) estima que han sucedido los hechos que son el objeto del proceso penal. El notorio poder de lo audiovisual es el elemento específico que requiere de un análisis jurídico particular.

La institución, perfilada de este modo, supone una colisión de derechos que exige un análisis de las áreas en conflicto o los límites de actuación de los medios de comunicación. Por una parte, requiere un análisis desde el punto de vista de los principios procesales y derechos fundamentales de naturaleza procesal en el ámbito de los cuales se podría estar produciendo una injerencia, tales como la presunción de inocencia o el derecho de defensa, la independencia de los jueces que conocen del proceso (ya sea en la fase de instrucción o de Juicio oral), el derecho a un juicio justo o al proceso debido con todas las garantías, el derecho al honor y a la propia imagen.

Por el flanco contrario de la colisión, deben analizarse los derechos que se estarían ejercitando por el medio de comunicación, tales como el derecho fundamental a la libertad de expresión u opinión y la libertad de información. Se trataría de los derechos limitados o vulnerados en caso de adoptar alguna decisión restrictiva sobre las potenciales representaciones mediáticas que se pudieran rodar y que se pretendieran emitir.

II. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS "*JUICIOS PARALELOS*": LAGUNA LEGAL Y RECURSO A LA JURISPRUDENCIA

Con el fin de determinar los límites de los derechos en conflicto es necesario analizar el régimen jurídico de la institución de los "*juicios paralelos*" para comprobar cuáles son las soluciones legales aplicables al caso o, en su caso, la jurisprudencia que haya resuelto conflictos similares.

El tratamiento normativo de estos aspectos es inexistente, no ha sido previsto en norma alguna, bien de naturaleza procesal, bien de naturaleza material. Ni siquiera el tratamiento doctrinal es abundante. Esto, que genera problemas en relación a los "*juicios paralelos*" normales o tradicionales, es un importante óbice para abordar las implicaciones jurídicas de las representaciones audiovisuales.

Se ha tratado de buscar un punto de apoyo, en cuanto a la regulación normativa de la institución, en el art. 686 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que establece las muestras de aprobación o desaprobación durante el Juicio Oral.

> ***"Artículo 686.*** *Se prohíben las muestras de aprobación o de desaprobación".*

Entendiendo que quien transgreda tal prohibición puede ser amonestado, multado o expulsado de la Sala en la que se desarrolla el acto del Juicio, en virtud del art. 684 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal:

> ***"Artículo 684.***
> *El Presidente tendrá todas las facultades necesarias para conservar o restablecer el orden en las sesiones y mantener el respeto debido al Tribunal y a los demás poderes públicos, pudiendo corregir en el acto con multa de 5.000 a 25.000 pesetas las infracciones que no constituyan delito, o que no tengan señalada en la Ley una corrección especial.*
> *El Presidente* ***llamará al orden a todas las personas que lo alteren, y podrá hacerlas salir del local si lo considerase oportuno, sin perjuicio de la multa a que se refiere el artículo anterior.***
> *Podrá también acordar que se detenga en el acto a cualquiera que delinquiere durante la sesión, poniéndole a disposición del Juzgado competente.*
> *Todos los concurrentes al juicio oral, cualquiera que sea la clase a que pertenezcan, sin excluir a los militares, quedan sometidos a la jurisdicción disciplinaria del Presidente. Si turbaren el orden con un acto que constituya delito, serán expulsados del local y entregados a la Autoridad competente".*

Con carácter general, el art. 191 de la Ley Orgánica del Poder Judicial recoge un contenido muy similar, precisando algún extremo:

> ***"Artículo 191.*** *A los efectos de lo dispuesto en el artículo anterior, los que perturbaren la vista de algún proceso, causa u otro acto judicial, dando* ***señales ostensibles de aprobación o desaprobación, faltando al respeto y consideraciones debidas a los jueces****, tribunales, Ministerio Fiscal, abogados, procuradores, secretarios judiciales, médicos forenses o resto del personal al servicio de la Administración de Justicia, serán amonestados en el acto por quien presida y ex-*

pulsados de la sala o de las dependencias de la Oficina judicial, si no obedecieren a la primera advertencia, sin perjuicio de la responsabilidad penal en que incurran".

Más allá de la evidencia de la imposible aplicación de tales preceptos a cualquier representación mediática, *"juicio paralelo"* u opinión vertida en prensa sobre el contenido de un proceso, el contenido del precepto puede constituir una base consistente para extraer algunas conclusiones.

Es cierto que jurídica, incluso físicamente, la aplicación de tal precepto es imposible —ni siquiera acudiendo a la analogía— puesto que resultando complicado amonestar, mucho menos procede expulsar —cabría preguntar de dónde—, a una persona que formula dichas muestras de aprobación fuera de la Sala del Tribunal.

En una interpretación literal es evidente que el sujeto pasivo de la norma se contrae a los asistentes al juicio y que su objeto son las muestras de aprobación o desaprobación que se realicen por aquéllos durante el transcurso del juicio. Por ello, supondría una interpretación excesivamente amplia aplicar tal precepto a las muestras de aprobación o desaprobación que se formulen por distintos medios fuera de la Sala de vistas. Es más, la prohibición que venimos analizando y su aplicación deben entenderse como una manifestación de la necesidad del buen orden durante las sesiones del juicio y de la función de policía de sala que debe desarrollar el Juez o Presidente del Tribunal. No es una regulación sobre el ejercicio de la libertad de expresión respeto de los aspectos procesales con carácter general.

No obstante, es cierto que la aprobación o desaprobación pueden afectar al ánimo de la persona cuya intervención sea objeto de tales muestras y, según los casos, a su necesaria independencia y a la objetividad de su testimonio —puede ser el caso de un testigo, perito, agente de la policía judicial que acude a ratificar diligencias probatorias de carácter preconstituido, o el propio acusado—.

Tal vacío legal y la existencia de un conocido caso sometido a *"Juicios paralelos"* fueron las causas de la Declaración institucional del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 25 de enero de 1995, en la que el Consejo, en unos duros términos, formulaba la siguiente consideración y petición:

"El Consejo ha de recordar que, respecto a este fenómeno, existe en España, como en otros países, un vacío legal, que debe colmarse cuanto antes con normas que conciten un sólido y amplio consenso social y en las que ***se tutele el derecho al honor y el derecho a un juicio justo y se conjuren los riesgos de cercenar derechos fundamentales y libertades*** *—como la de información y opinión— de las que depende decisivamente el carácter genuinamente democrático de la vida política".*

Tal declaración no encuentra respuesta en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que ofrece escasas soluciones al respecto —en cuanto al necesa-

rio equilibrio perfilado por el Consejo General del Poder Judicial—, puesto que siempre se inclina hacia el lado de la libertad de expresión e información —sin realizar en muchas ocasiones una adecuada delimitación de los ámbitos de ambos derechos—. Aunque también es cierto que el Tribunal Constitucional no ha dictado pronunciamientos relevantes sobre auténticos "*Juicios paralelos*" trascendiendo de la mera creación de un debate, alimentación de la opinión pública o formulación de opiniones, que es lo que el Tribunal Constitucional, de modo incorrecto, viene entendiendo por "*Juicio paralelo*".

Puede citarse, por todas las resoluciones, el contenido del Auto de 26 de junio de 1991, en el que se establece lo siguiente como fundamento para inadmitir un recurso de amparo:

> *"examinar la supuesta vulneración del derecho a un Tribunal independiente a causa de las presiones desatadas por los medios de comunicación (alegación 5ª). El art. 24 garantiza a todo acusado un conjunto de derechos: a un proceso con todas las garantías (inciso 7 del ap. 2); a ser juzgado por un Juez imparcial (implícito en el derecho anterior, y asimismo en el derecho al Juez legal ex art. 24.2.1); a la defensa (inciso 2 del ap. 2); y a no sufrir indefensión (inciso final ap. 1). De este conjunto de derechos parece razonable deducir, como hace el recurrente, que* ***la Constitución brinda un cierto grado de protección frente a los juicios paralelos en los medios de comunicación, en la medida en que pueden interferir el curso del proceso penal, y prejuzgar y perjudicar su defensa en el seno del proceso*** *(dejando, pues, al margen la consideración de eventuales repercusiones en derechos sustantivos, como p. ej. al honor y los restantes del art. 18).* ***Esta inicial protección, no obstante, se encuentra contrapesada seriamente. Externamente, por las libertades de expresión e información que reconoce el art. 20; pues aunque los derechos que dimanan del art. 24 suponen límites al ejercicio de tales libertades*** *(art. 20.4 en cuanto hace referencia al «respeto a los derechos reconocidos en este Título»; en este sentido también la STEDH Barfod, de 22 de febrero de 1989), lo contrario es igualmente cierto. Internamente, la protección del acusado frente a los media encuentra límites dentro del propio art. 24, porque* ***la publicidad no sólo es un principio fundamental de ordenación del proceso, sino igualmente un derecho fundamental*** *(inciso 5 del art. 24.2)".*

En este caso no parece lógico sostener que el principio de publicidad procesal ampare la emisión de opiniones o, más aún, de "*Juicios paralelos*" en la medida en que a través de éstos no se proporciona un conocimiento de lo que sucede en el proceso, sino de la opinión de un tercero.

Continúa el Tribunal señalando lo siguiente:

> *"La demanda de amparo acumula hechos heteróclitos para dar cuerpo a su alegación de parcialidad de los juzgadores debido a presiones de la opinión pública contra el acusado. Los episodios manan de tres fuentes distintas, que pueden servir para agruparlos en clases de distinto significado y trascendencia constitucional(…) 2) De los medios de comunicación, prensa y TVE, a los que se imputan las actuaciones siguientes: a) reseñar la manifestación susodicha; b) retransmitir imágenes del cadáver del recluso fallecido, al comentar el juicio en horas de máxima audiencia; c) poner en boca del acusado las declaraciones más ridículas, inveraces y desenfocadas; d) opinar sobre cuestiones reservadas al Tribunal, como concesión de libertad,*

estimación de prueba, etc. (sic); e) dirigir de manera preponderante acusaciones contra el Director del centro penitenciario; Examinemos cada uno de estos conjuntos de aseveraciones: (…) 2) Respecto a la campaña de prensa y televisión, cabe observar con carácter general que las afirmaciones que se efectúan en la demanda de amparo son gratuitas, y no vienen avaladas por ningún dato o indicio objetivo. Que se emitan noticias sobre unos hechos criminales no trasluce un ánimo tendente a crear un determinado estado de opinión acerca de los mismos. Y aun suponiendo que la indignación pública hubiera sido creada por el sesgo dado a las noticias, y no por los hechos mismos, ni se muestra que tal indignación haya perjudicado en nada al ejercicio de los derechos de defensa del acusado en el seno del proceso; ni se ve cómo en modo alguno las hipotéticas corrientes de la opinión pública hubieran podido influir en unos Magistrados profesionales, llamados a conocer de los hechos y los argumentos de las partes a través de los cauces del juicio oral, y llamados a decidir colegiadamente y rodeados de todas las garantías propias del Poder Judicial, de entre las que cabe destacar su independencia y sumisión al imperio de la Ley (art. 117.1º de la Constitución Española).

*Por lo demás, **que los «media» se hagan eco de lo ocurrido durante el juicio no sólo no merece en principio reproche constitucional alguno, sino que forma parte de las garantías del propio acusado frente a quienes ejercen potestad pública y como tales se encuentran protegidas como derecho fundamental por los arts. 24 y 120 de la Constitución** (STC 30/1982. Que la televisión retransmitiera fotografías del fallecido constituye una actividad de difusión que también aparece salvaguardada por la Constitución, en su art. 20, al versar sobre una realidad social que reviste interés público, por análogas razones por las que queda sometida a instrucción y representación criminal ex officio, y siempre que consistiera en información obtenida al margen de la causa, y sin transgredir ninguna limitación legítimamente ordenada por la autoridad judicial (STC 13/1985. Que se atribuyan a un procesado las declaraciones más ridículas, inveraces y desenfocadas no puede verosímilmente afectar el juicio del Tribunal, precisamente por ser de ese tenor; y, por añadidura nada se refleja en la sentencia de la Audiencia que haga ver que los Magistrados hubieran descuidado su deber de atender exclusivamente a la prueba practicada en el juicio oral y a las manifestaciones del acusado en el ejercicio de su derecho a la «última palabra» del art. 739 Ley de Enjuiciamiento Criminal. Finalmente, ni siquiera se intenta explicitar en qué consistieron las supuestas opiniones vertidas en la prensa acerca de los elementos determinantes del juicio, reservado al Tribunal de la causa, ni se ofrece la más mínima referencia sobre el impacto que tales opiniones hubieran podido tener en la sentencia pronunciada por él, que desde luego no se refleja en su texto de manera patente (parámetros expuestos por la Comisión Europea de Derechos Humanos, Decisión de 22 de julio de 1963, núm. 1793/1963).*

*La preocupación ante el riesgo de que la regular Administración de Justicia pueda sufrir una pérdida de respeto, y que la función de los Tribunales pueda verse usurpada, si se incita al público a formarse una opinión sobre el objeto de una causa pendiente de sentencia, o si las partes sufrieran un pseudo juicio en los medios de comunicación, ha sido considerada una preocupación legítima por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el marco del Convenio de Roma, inserto en la arquitectura constitucional en virtud del art. 10.2 de la Constitución (STEDH Sunday Times, 26 de abril de 1979, F. 63). **Mas en la misma sentencia del Tribunal no ha dejado de subrayar la extraordinaria importancia que tiene una opinión pública libre, vivificada por el nervio central de la libertad de expresión. La Administración de Justicia requiere la cooperación de un público ilustrado. Los Tribunales, no pueden operar en el vacío**. Aun cuando son el foro adecuado para resolver los conflictos, ello no impide que en otros ámbitos se desarrolle una discusión previa, tanto en publicaciones especializadas como en la prensa periódica o, en general, en los círculos públicos. Así como los*

medios de comunicación de masas no deben traspasar los linderos trazados en interés de una serena administración de la Justicia, igualmente les corresponde ofrecer información e ideas concernientes a los asuntos llevados ante los Tribunales, lo mismo que en cualquier otro ámbito de interés público. No solamente tienen los «media» dicha función de diseminar noticias y opiniones: los ciudadanos tienen derecho a recibirlas (F. 65). Todas estas observaciones son directamente trasladables al espacio en el que se cruzan los derechos enunciados por el art. 24 de la Constitución con las libertades reconocidas por el art. 20 de nuestra Carta Magna, máxime cuando se ha decretado la apertura del juicio oral, pues, si bien en la fase instructora la vigencia de la presunción de inocencia y del derecho al honor del imputado, así como las exigencias del secreto instructorio en orden a obtener el éxito de la investigación, constituyen, todos ellos, límites constitucionales más estrictos al ejercicio del derecho a transmitir información veraz, ***una vez decretada la apertura del juicio oral, rige el principio de publicidad absoluta e inmediata*** *(art. 668 LECrim, con las únicas limitaciones de dicho precepto y las de los arts. 684 y 686-687),* ***en tanto que garantía procesal tendente a salvaguardar el derecho fundamental a un proceso público del art. 24.2, así como instrumento para fortalecer la confianza del pueblo en la independencia e imparcialidad de sus Tribunales****".*

Es evidente que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional no ha evolucionado para tratar el conflicto que se produce en los auténticos "*Juicios paralelos*", pues incluso cuando cita la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos únicamente selecciona aquellos pasajes que son favorables a sus tesis, obviando cualquier otra consideración respecto de las potenciales limitaciones que se pueden introducir a la libertad de expresión o de información en casos de intromisión en procesos penales en curso. Por ello se hace necesario un análisis de la cuestión desde el punto de vista del citado Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Derecho comparado.

III. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS —EL *LEADING CASE "SUNDAY TIMES VS. REINO UNIDO"*— Y ALGUNAS EXPERIENCIAS EN EL DERECHO COMPARADO

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha abordado el conflicto de derechos que se produce en los "*Juicios paralelos*" a raíz de algunas experiencias de Derecho comparado que han llegado a su conocimiento y que le han exigido interpretar el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que establece lo siguiente:

«1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas, sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. ***El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión, a un régimen de autorización previa.***

2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ***ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la Ley, que cons-***

> ***tituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática****, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la saludo de la moral,* ***la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial****».*

El *leading case* respecto de dicho artículo ha sido el resuelto por la Sentencia de 26 de abril de 1979 —*Sunday Times c. Reino Unido*—, caso en el cual los Tribunales nacionales habían vertido la siguiente doctrina en relación con la institución británica del *Contempt of Court:*

> *"(…) cuando un asunto está ante los Tribunales y se desarrolla con celeridad (…) nadie debe comentarlo de una forma tal que cree un peligro real y grave que atente contra la equidad del proceso, como, por ejemplo, influyendo en el juez, en el jurado o en los testigos, prejuzgando la falta de bondad de una de las partes (…) incluso si el autor de los comentarios cree que son realmente exactos, comete un desacato al Tribunal si prejuzga la verdad antes que el Tribunal la haya establecido (…) Además nadie debe (…) someter a una de las partes a presiones desleales para forzarla a desistir o a renunciar a su defensa o a consentir un acuerdo sobre la base de que no hubiera aceptado de otra forma (…)*
> *Todo lo que suponga un juicio previo de un caso o de una cuestión lo considero criticable, a causa no sólo de sus posibles repercusiones sobre el caso, sino también de los efectos secundarios, que todavía pueden ir más lejos. Los medios de comunicación responsables harán lo que esté en su mano para ser objetivos, pero los espíritus mal informados, ligeros o parciales se verían tentados, de esta forma, de influir en el público. Si se deja a la gente libre para descubrir por sí sola la verdad, podría dar como resultado una falta de respeto a las vías legales; si se permite a los medios de comunicación juzgar a las personas y a las causas impopulares, se encontrarían en una situación de clara desventaja ante la ley. La jurisprudencia existente en materia de desacato engloba la mayoría de los casos de "Juicios previos". Si se erigiese en regla general el que no fuese lícito prejuzgar las cuestiones pendientes ante los Tribunales, no creo que sufriese la libertad de prensa, y el Derecho sería, en mi opinión, más claro y más fácil de aplicar en la práctica".*

El Tribunal resume la postura de los órganos jurisdiccionales británicos para pasar a dictar la doctrina aplicable al respecto:

> "Las razones por las que la Cámara de los Lores ha estimado que el proyecto de artículo era objetable pueden resumirse brevemente de la siguiente manera (apartado 29 a 33 supra):
> *– "Juzgar previamente" la cuestión de la negligencia hubiera llevado consigo una falta de respeto a las vías legales o una intromisión en la Administración de la Justicia.*
> *– Era con la intención de exponer a la Distillers a juicio público y previo sobre el valor de su argumento, hecho criticable, ya que es un medio de disuadir a las partes para que se dirijan a los Tribunales.*
> *–Hubiera sometido a la Distillers a presiones y perjuicios resultantes de un juicio previo sobre los puntos en litigio, ya que el derecho de "contempt" está destinado a impedir poner obstáculos a un recurso ante los Tribunales.*

> *–El juicio previo de la prensa hubiera provocado inevitablemente respuestas de las partes y suscitado el peligro de un "proceso en la prensa", incompatible con una buena Administración de la Justicia.– Los Tribunales deben proteger a las partes contra los perjuicios que se derivan de un juicio previo que les arrastra hacia el remolino de una publicidad previa al juicio propiamente dicho".*

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos determina como aspecto fundamental del conflicto que se produce al emitir "*Juicios paralelos"* y base que inspira toda su jurisprudencia respecto de dicha materia, lo siguiente:

> *"Si se agitan con antelación los puntos en una forma tal que el público se forma sus propias conclusiones, se corre el riesgo de perder el respeto y la confianza en los Tribunales. Además,* ***si el público se habitúa al espectáculo de un pseudoproceso en los medios de comunicación pueden darse, a largo plazo, consecuencias nefastas para el prestigio de los Tribunales como órganos cualificados para conocer de los asuntos jurídicos****".*

Además de tal consideración general, justifica las limitaciones que se pueden introducir a la emisión de "*Juicios paralelos"* para garantizar la presunción de inocencia (recientemente reproducido en la Sentencia de 15 de julio de 2003 "*Ernst y otros c. Bélgica")* de la siguiente manera:

> *"El Tribunal considera que los motivos invocados por los tribunales internos se concilian con* ***el fin legítimo de proteger el derecho de A. y de B. a un proceso equitativo en cumplimiento de la presunción de inocencia y de su vida privada. La injerencia tenía pues la finalidad de garantizar el respeto de los derechos de personas que, no habiendo sido aún juzgadas, se les presumía inocentes.*** *Tenía también como finalidad la buena Administración de la Justicia evitando toda influencia externa sobre el curso de ésta. Estos objetivos corresponden a la protección de «la reputación y de los derechos ajenos» y a la garantía de la «autoridad y la imparcialidad del poder judicial», en la medida en que se ha interpretado que esta última parte de la frase engloba los derechos que gozan los individuos como querellantes en general".*

Otro criterio de ponderación que impone el Tribunal es el del interés público del proceso como causa que puede justificar la emisión de opiniones e información:

> *"…las circunstancias de la causa, una* ***mera crónica policial, no constituyen una preocupación de interés público, implicando concretamente que la opinión pública deba ser informada de ello de forma prioritaria****. De ello se deduce que el respeto escrupuloso de la presunción de inocencia debería aquí prevalecer sobre la libertad de información".*

De hecho, el Tribunal ha considerado en ocasiones que la libertad de expresión de los periodistas podía prevalecer sobre otros intereses legítimos, concretamente cuando se tratase de asuntos sobre cuestiones de interés público (Sentencias *"Fressoz y Roire y Worm"* y "Du Roy y *Malaurie" contra Francia*). En este caso, no parece que la fama o popularidad que vaya ganando un determinado proceso a lo largo de la tramitación del mismo sea elemento que justifique el ejercicio sin

límites de las libertades de expresión e información, sino que las causas que integran el interés público deben existir con carácter abstracto y general —carácter o relevancia pública de los imputados, delitos relevantes para el interés público, etc.—. En consecuencia, si no existe más interés general que el propio que puede suscitar una crónica de sucesos, no debe entenderse justificado un ejercicio sin límites de los derechos de libertad de expresión y libertad de información que, en cualquier caso, no incluirán la posibilidad de emitir juicios y opiniones sobre cuestiones que se encuentra *sub iudice*.

El Tribunal exige que cualquier injerencia o limitación a las que alude el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos esté prevista de modo expreso y accesible en una Ley (sentencia de 29 de agosto de 2002 "*Gianolini c. Italia*"):

> *"El Tribunal recuerda que las palabras «prevista por la Ley» que figuran en los artículos 8 a 11 del Convenio significan en primer lugar que* ***la medida enjuiciada debe tener una base en la legislación interna, pero implican también la calidad de la Ley: exigen la accesibilidad de ésta a las personas en cuestión y una redacción lo suficientemente precisa para permitirles prever, hasta un grado razonable en las circunstancias de la causa, las consecuencias que pudiesen resultar de un acto determinado*** *(ver, entre otras, Sentencia Maestri contra Italia [GS], núm. 39748/1998, ap. 30, TEDH 2004-I). Concretamente, una norma es «previsible» cuando ofrece cierta garantía contra las actuaciones arbitrarias del poder público".*

Ejemplos de Leyes de dicha naturaleza se encuentran, por ejemplo, en la Ley francesa sobre la Libertad de Prensa, de 29 de julio de 1881, en cuyo art. 38.1 se contiene la siguiente previsión:

> *"Se prohíbe publicar los actos de acusación o cualquier otro acto de procedimiento penal o correccional antes de ser leídos en audiencia pública, so pena de la multa prevista para las infracciones de 4ª clase".*

A su vez, el artículo 9.1 prevé que:

> *"Cuando, con anterioridad a cualquier condena, una persona en prisión preventiva, investigada o que es objeto de una citación para comparecer ante la justicia, de una requisitoria del Fiscal de la República o de una denuncia constituyéndose en parte civil se presente públicamente como culpable de hechos que son objeto de una investigación o de una instrucción judicial, el juez podrá, incluso por procedimiento de urgencia, ordenar la inserción en la publicación en cuestión, sin perjuicio de la reparación del daño sufrido y de la prescripción toda clase de medidas en aplicación de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, de un comunicado a fin de hacer cesar el ataque a la presunción de inocencia, y ello a expensas de la persona física o jurídica responsable del ataque".*

El Derecho austríaco (tratado también por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Worm*), también recoge un precepto en el que se hace clara alusión al tratamiento de los *"Juicios paralelos"*, concretamente en el art. 23 de la

Ley de Medios, titulado "*Influencia abusiva en un procedimiento penal*", que prevé lo siguiente:

> *"Todo aquél que evoque en el curso de un procedimiento penal, tras la inculpación (...) [y] antes de la resolución en primera instancia,* ***el resultado probable de la instancia o el valor de un medio de prueba de forma que pueda influir en el resultado del procedimiento****, estará sujeto a una pena de hasta 180 días de multa".*

Por otra parte, la jurisprudencia estadounidense se ha centrado básicamente en la protección del sujeto pasivo del proceso, estableciendo una serie de pautas para que los órganos jurisdiccionales le protejan de todas aquellas intromisiones que pueden producirse a través de los medios de comunicación, en virtud de la aplicación de la Sexta Enmienda —atinente al derecho a un juicio justo—. En el caso "*Sheppard v. Maxwell"* (1966) se estableció que:

> *"...los procesos no son como las elecciones, que pueden ganarse usando los mítines, la radio y los periódicos, porque nadie puede ser castigado por un crimen sin una acusación limpiamente hecha y un proceso limpiamente desarrollado en un Tribunal libre de prejuicio, pasión, excitación o poder tiránico (...), poniendo en entredicho que el órgano jurisdiccional no hubiese limitado "publicidad ilegal, que saturó a la comunidad" y que no controlase las "influencias perjudiciales en la sala del juicio".*

No obstante, esta jurisprudencia fue matizada y modulada en la sentencia del caso "*Nebraska Press Association v. Stuart" (*1976), exigiendo que los órganos jurisdiccionales, antes de proceder a limitar el derecho de información y las opiniones sobre los procesos —lo cual suponía una restricción intolerable a la Primera Enmienda—, debían acudir a mecanismos alternativos de las órdenes excluyentes, que podrían suponer desde el cambio de circunscripción territorial a las instrucciones o aislamiento del Jurado.

Teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos procede realizar un análisis de los efectos que el desarrollo y difusión de las representaciones audiovisuales genera sobre los distintos derechos que se encontrarían en conflicto en el ámbito de la institución. Partiendo de tal análisis —que lógicamente habrá de seguir los dictados de la jurisprudencia—, se podrán extraer algunas conclusiones sobre la ponderación y el límite de cada derecho.

IV. EFECTOS SOBRE LA INDEPENDENCIA Y EXCLUSIVIDAD DE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES: POTENCIAL VULNERACIÓN DEL DERECHO A UN PROCESO CON TODAS LAS GARANTÍAS

Además de la independencia a nivel orgánico, es decir del Poder Judicial como poder público del Estado, que tiene su principal manifestación en el autogo-

bierno materializado en la figura del Consejo General del Poder Judicial, existe la independencia como garantía constitucional del Juez y con referencia al ejercicio concreto de la función jurisdiccional.

Esta independencia personal se encuentra proclamada en la propia Constitución (*"La Justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados* ***independientes****..."* —art. 117.1 CE—) y tiene una serie de manifestaciones, que vienen caracterizadas por aquellos aspectos personales o materiales respecto de los que el Juez debe mantener la independencia, permaneciendo autónomo, *guardando las distancias*. Por ello se distinguen distintos elementos en esa independencia judicial: la imparcialidad o independencia respecto de las partes procesales y el objeto del proceso; la independencia interna o respecto de los órganos superiores del Poder Judicial; y la independencia respecto de las presiones sociales (económicas, políticas, familiares, etc.), dentro de la cual se podría ubicar sin lugar a dudas la que procede de los medios de comunicación cuando los mismos son utilizados como cauce para realizar "*Juicios paralelos*".

Por otra parte, la exclusividad determina que corresponde a los órganos jurisdiccionales en exclusiva la resolución de los litigios y conflictos jurídicos. En particular, la exclusión de que cualquier otro sujeto —con la salvedad de los árbitros en las materias reguladas por normas de derecho dispositivo— imponga una decisión en un determinado litigio, que supone la manifestación de la exclusividad en sentido positivo, está prevista en el art. 117.4 de la Constitución:

> *"3. El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado,* ***corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las Leyes****, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan".*

Por ello cualquier *juicio* que se emita por terceros ajenos a los órganos jurisdiccionales supone cierta intromisión en esa exclusividad. Es cierto que el hecho de "*juzgar*" por parte de órgano no investido de la Jurisdicción carece de cualquier eficacia desde el punto de vista jurídico o formal. Ahora bien, desde un punto de vista material, la emisión de un juicio implica la acción natural de *juzgar* y cuando tal juicio se divulga o emite públicamente se interfiere de hecho en el desarrollo de la función jurisdiccional del órgano que tiene encomendada la resolución del asunto.

En cualquier caso, el principio que realmente se encuentra afectado es el de la independencia de los jueces integrantes de los órganos jurisdiccionales, en la medida en que recrear los hechos que van a ser enjuiciados tendrá una influencia y presión directa sobre el ejercicio de la función jurisdiccional, en el sentido de pretender fijar *a priori* la veracidad de unos hechos, a la que sólo se puede llegar mediante la valoración de las pruebas que realiza el juzgador o, más bien, los jueces que lo integran. Es decir, con la recreación se ofrece un resulta-

do —además con todo atisbo de credibilidad gracias a los medios que existen—, generando una apariencia o sensación de veracidad y afectando la formación del conocimiento, de la sana crítica de quien lo presencia.

Si el juzgador —el Juez o, más aún, el Jurado— presencia o ha presenciado previamente la recreación/presentación es evidente que se puede ver influido, que puede resultar *contaminado* procesalmente, en la valoración que debe realizar al enjuiciar los hechos y concluir con el relato de hechos probados. Cuando se trata del órgano de enjuiciamiento, estas consideraciones se basan en la misma razón por la que dicho órgano no ha podido intervenir en la instrucción, es decir, el contacto con los hechos objeto del proceso que no proceda de las vías procesales ordinarias —ya sea por haberlo instruido o por haberlo presenciado en la reproducción— puede *contaminar* procesalmente al órgano jurisdiccional.

Se ve más que colmada la exigencia establecida en la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 29 de agosto de 1997 (el antes citado caso "*Worm c. Austria"),* en cuanto a la naturaleza del riesgo de intromisión en la independencia judicial:

> *"Para que dichas restricciones puedan justificarse a efectos del Convenio, parece imperativo que se establezca* ***que las informaciones o las ideas en cuestión sean susceptibles de implicar un riesgo real y serio*** *—y no simplemente hipotético— para la "seguridad nacional", "la divulgación de informaciones confidenciales", o por último* ***"la autoridad y la imparcialidad del poder judicial"****. Ahora bien, el Tribunal de Apelación de Viena consideró que dicha cualificación del riesgo era inútil para el establecimiento del delito previsto en el artículo 23 de la Ley de medios" (apartado 17º de la sentencia).*

Es notorio que la recreación y reproducción de los hechos que son objeto de un proceso penal, el modo como sus creadores entiendan que se han producido, es un "*riesgo real y serio"* para la autoridad y la imparcialidad del Poder Judicial.

En consecuencia, se ve perturbada la independencia de los órganos jurisdiccionales, lo que implica —como sucede ante otros fenómenos que la afectan— la necesidad de adoptar medidas que eviten la injerencia por parte de quien realiza la representación y la divulga. De otro modo la imparcialidad e independencia de los órganos jurisdiccionales puede quedar en entredicho e integrar una potencial vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías, una de las cuales es precisamente la independencia jurisdiccional.

V. AFECTACIÓN DEL DERECHO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

El derecho a la presunción de inocencia se consagra en el art. 24.2 de la Constitución, dentro del elenco de derechos fundamentales y garantías procesales del proceso penal consagradas en la Carta magna. Implica que nadie puede ser

declarado culpable sin que existan pruebas de cargo que acrediten los hechos constitutivos de la responsabilidad penal y que la carga de probar tales hechos corresponde a las partes acusadoras.

En ocasiones se ha defendido ante afirmaciones y conductas que proceden de terceros ajenos al proceso, cualquiera que sean los contenidos difundidos, que no existe conflicto alguno con el derecho a la presunción de inocencia, en la medida en que lo garantizado son los derechos del imputado frente al legislador y el órgano jurisdiccional, pero no frente al público o la sociedad.

A tal tendencia se opone el propio Tribunal Constitucional que, en su sentencia 109/1986, de 24 de septiembre, fija una doble vertiente del derecho fundamental: una intraprocesal —frente al legislador y los órganos jurisdiccionales— y otra extraprocesal —frente a los terceros—.

> *"El derecho a ser presumido inocente, que sanciona y consagra el apartado 2º del art. 24 de la Constitución, además de su obvia proyección como límite de potestad legislativa y como criterio condicionador de las interpretaciones de las normas vigentes, es un derecho subjetivo público que posee su eficacia en un doble plano. Por una parte,* ***opera en las situaciones extraprocesales y constituye el derecho a recibir la consideración y el trato de no autor o no partícipe en hechos de carácter delictivo o análogos a éstos y determina por ende el derecho a que no se apliquen las consecuencias o los efectos jurídicos anudados a hechos de tal naturaleza en las relaciones jurídicas de todo tipo****".*

Bastaría con atender a dicha configuración constitucional del derecho para excluir la posibilidad de realizar representaciones o reproducciones virtuales de los hechos procesales escenificando la culpabilidad del imputado/acusado, en la medida en que se le está considerando autor de unos hechos constitutivos de ilícito penal sin ningún tipo de resolución jurisdiccional —ni siquiera habiéndose practicado la prueba— que determine la posibilidad de vencer la presunción de inocencia.

No obstante lo anterior, se ha comentado que la operatividad práctica de la perspectiva extraprocesal del derecho de presunción de inocencia es escasa, en la medida en que el propio Tribunal Constitucional la excluye del potencial control en sede de recurso de amparo, así en la propia sentencia 109/1986:

> *"Cuando el derecho a la presunción de inocencia es cuestionado, el control de la jurisdicción constitucional, en sede de amparo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas,* ***impone una revisión de las actuaciones llevadas a cabo por los poderes públicos y señaladamente por los órganos del Poder Judicial****, que permita constatar si ha existido o no violación del derecho con el fin de restaurarlo o preservarlo en su caso".*

La exclusión de la presunción de inocencia extraprocesal a partir de tal mención implica una interpretación restrictiva, porque se supone que la vulneración del derecho en dicho ámbito estará tutelada por la actuación de los órganos del

Poder Judicial y que, en caso de no cumplir correctamente su función, podrá ser revisada en virtud del contenido de la propia sentencia.

En cualquier caso, tal exclusión y la situación que se aprecia en la realidad —la ausencia de mecanismos eficaces de tutela del Derecho en este ámbito es notoria—, sirven de base para llamar la atención sobre el hecho de que se trata del flanco del derecho a la presunción de inocencia más desprotegido. Tal desprotección exige una actuación en el ámbito de los medios de comunicación que establezca unos límites claros en relación con la presunción de inocencia como un factor fundamental que acote o, más bien, excluya la existencia de *"Juicios paralelos"*.

VI. ALTERACIONES DEL DERECHO FUNDAMENTAL DE DEFENSA

La existencia de "*Juicios paralelos"* de carácter audiovisual incide de un modo directo en el derecho fundamental a la defensa, en la medida en que resultará extraordinariamente difícil abstraerse de la existencia de tales recreaciones, que formarán parte o serán causa de una importante corriente de opinión pública que rodee al proceso.

En este caso, puede argumentarse contra tal perturbación que la existencia de dicha presión no tendría por qué influir en el desarrollo del proceso, en el que intervienen profesionales que no deberían verse afectados por la opinión pública o por lo que se divulgue en televisión o en el cine.

Ahora bien, el fundamento de la afectación del derecho de defensa encuentra una base sólida en la potencial vulneración de la independencia del órgano jurisdiccional y en las presiones que éste sufre por la existencia del "*Juicio paralelo"*. Teniendo en cuenta que el órgano jurisdiccional puede (o potencialmente podría) estar influido por lo que acontece en ese ámbito extraprocesal, se hace difícil sustraer del ejercicio de la defensa la referencia a tales fenómenos y abstraerse de su contenido. Por una parte, podría parecer que se rehúye el debate y, por otra, no entrar en dichos aspectos puede llevar a omitir la respuesta a algunas cuestiones *"procesales"*, dejando cabos sueltos en la defensa.

A mayor abundamiento, los medios o fuentes de prueba —testigos, peritos— pueden estar a su vez influidos por el conocimiento de esa realidad virtual descrita en los "*Juicios paralelos"*, lo que puede determinar una modificación de las técnicas de defensa para depurar al testigo o al perito de las potenciales perturbaciones e influencias, que de otra manera sería innecesaria, haciendo del ejercicio de la defensa una actividad más natural acorde a las exclusivas necesidades de la realidad procesal.

El problema que presenta la potencial injerencia o afectación del derecho de defensa en estos casos es que se produce de una forma metajurídica, exclusivamente psicológica, por lo que tiene escasa virtualidad práctica en la medida en que no se produce una vulneración que pudiéramos denominar *típica* del derecho de defensa, por lo que su tutela es prácticamente imposible. Así, el efecto que genera la existencia de un "*Juicio paralelo"* —por muy amplio que sea su conocimiento en la sociedad y entre las personas que participan en el proceso— no es de carácter estrictamente negativo, en cuanto interdicción de la indefensión, puesto que se trata de realidades ajenas al proceso que no implican la merma o supresión de alguna de las posibilidades u opciones de defensa; sino que estaríamos ante una afectación del derecho de defensa en sentido positivo —en cuanto imposición de su ejercicio en uno u otro sentido—, lo cual no tiene una incidencia claramente constitucional.

El Tribunal Constitucional ha considerado que para que exista una vulneración del derecho de defensa con relevancia constitucional se debe producir una "*limitación de los medios de defensa producida por una indebida actuación de los órganos jurisdiccionales"* (SSTC 26/1993 de 5 de enero; 98/1987 de 10 de junio; 64/1986, de 21 de mayo) que "*debe alcanzar una significación material produciendo una lesión efectiva, o, en otras palabras, menoscabo real y efectivo del derecho de defensa"* (STC 52/1997, de 20 de enero), es decir, que "*entrañe mengua real del derecho a intervenir en el proceso en el que se ventilan intereses concernientes"* (STC 151/1996, de 30 de septiembre).

Concretando aún más el Tribunal Constitucional ha dicho que se requiere que "*los órganos judiciales hayan impedido u obstaculizado en el proceso el derecho de las partes a ejercitar su facultad de alegar y justificar sus pretensiones para que le sean reconocidas*" (SSTC 140/1996, de 16 de septiembre; 98/1987 de 10 de junio, 89/1986 de 1 de julio, 48/1986 de 23 de abril, 70/1984 de 11 de junio). Por ello la indefensión (en su aspecto constitucional) no nace de la mera infracción de las normas procesales, sino que requiere de una materialización de la privación de los medios de defensa con los consiguientes perjuicios al justiciable. Es lo que establece el Tribunal en reiterada jurisprudencia:

> *"El concepto de indefensión de relevancia constitucional tiene un significado material, más allá de la observancia de las formas procesales, y que no coincide enteramente con la figura jurídico-procesal de la indefensión, pues la indefensión constitucionalmente relevante comporta la introducción de factores diferentes del mero respeto de las normas procesales y del rigor formal de enjuiciamiento, consistiendo en la prohibición del derecho de defensa y en un perjuicio real y efectivo de los intereses afectados por la decisión judicial..." —SSTC 196/1990 de 29 de noviembre, 145/1990 de 11 de octubre, 31/1989 de 13 de febrero, 155/1988 de 22 de julio, 93/1987 de 3 de junio, 84/1984 de 24 de julio, etc.—.*

A la vista de dicha jurisprudencia no puede apreciarse que la existencia de "Juicios paralelos" genere una vulneración del derecho de defensa en su sentido

constitucional, pues no genera indefensión. Ahora bien, siendo la afectación manifiesta se hace necesario algún tipo de actuación para proporcionar una tutela suficiente al derecho de defensa aún cuando no se llegue a producir formalmente tal indefensión.

VII. DERECHOS A LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN

La Constitución recoge en sus arts. 20.1.a) y 20.1.d) los derechos a la libertad de expresión y a la libertad de información, en cuyo ámbito podría encontrar amparo la emisión de "*Juicios paralelos*" a través de la representación y divulgación audiovisual de hechos procesales. Conforme a la sentencia del Tribunal Constitucional 6/1998, de 21 de enero, la libertad de expresión tiene por objeto pensamientos, ideas y opiniones, concepto amplio en el que deben incluirse las creencias y los juicios de valor, mientras que el derecho a comunicar información versa sobre hechos, siempre y cuando tengan la consideración de noticiables.

En el desarrollo de "*Juicios paralelos*" se produce un teórico ejercicio de la libertad de expresión, incluso de la libertad de información, en la medida en que sosteniéndose que los hechos procesales han acaecido de un determinado modo que determina la culpabilidad del imputado/acusado —es decir, una opinión—, se representa, se graba y se difunde —aparentemente se informa—.

Ahora bien, el ejercicio de tales derechos está sometido a unos límites que no pueden ser sobrepasados pues en otro caso se entenderá que las expresiones y opiniones (en nuestro caso también imágenes y diálogo) difundidas no estarían amparadas por los derechos. Con carácter general se hace así referencia, como elementos que determinan el ámbito de los derechos fundamentales, a las expresiones formalmente injuriosas o vejatorias en el caso de la libertad de expresión y la veracidad e interés público de la información en el caso de la libertad de información, si bien es cierto que la primera también supone un límite de la libertad de expresión.

En el caso de los *"Juicios paralelos"* resulta muy complicado determinar si existe suficiente cobertura de ambas libertades para la representación de los hechos procesales atribuyendo al imputado/acusado la participación en los mismos y, en consecuencia, afirmando la existencia de responsabilidad penal. Las causas generadoras de las dudas sobre el amparo de los derechos fundamentales podrían sintetizarse en las siguientes:

– La atribución a una persona la comisión de un delito puede no realizarse de forma injuriosa o vejatoria, pero constituye una vejación en sí misma e integra una conducta típica, como es la prevista en relación con el delito

de calumnias. En cualquier caso, parece que si la opinión vertida —atribución de delito— fuese veraz, el ejercicio de la libertad de expresión sería correcto y realizado dentro de los límites constitucionalmente admisibles.

– La veracidad de lo representado y difundido justificaría, conforme a ambos derechos fundamentales, su licitud. Ahora bien, tal veracidad sólo podrá afirmarse una vez se produzca la tramitación del proceso penal, por lo que los potenciales daños y perniciosas influencias del "*Juicio paralelo*" ya se habrán producido.

– El interés público que genera el proceso objeto del "*Juicio paralelo*" justificaría la difusión de la representación mediática, lo que *a sensu contrario* determina que si no existe tal relevancia pública la divulgación del Juicio no resultaría justificada.

Así las cosas, el ejercicio de las libertades de expresión y de información debe ponerse en tela de juicio en relación con las representaciones mediáticas, porque se encuentran, cuando menos, en los límites de ambos derechos, resultando muy difícil de justificar el amparo que éstos les deberían proporcionar.

VIII. PONDERACIÓN DE DERECHOS Y NECESIDAD DE IMPLANTAR UNA REGULACIÓN NORMATIVA COMPLETA

De lo expuesto hasta ahora se deduce que la existencia de representaciones mediáticas en las que se expongan o presenten los "*Juicios paralelos*" transciende de los derechos del sujeto pasivo o de los principios subjetivos que rigen los órganos jurisdiccionales, para afectar al proceso como tal, como relación jurídica que debe desarrollarse dentro de unos parámetros legalmente establecidos y conforme a unos principios generales que se engloban en la garantía o derecho denominado *juicio justo* o *proceso debido*.

Con los "*Juicios paralelos*" se atenta contra este principio porque se distorsionan los elementos esenciales que se integran en tal derecho. En particular, implica la necesidad de que el ciudadano sea juzgado por un órgano jurisdiccional imparcial y a través de un proceso con todas las garantías. El primer aspecto falla dado que no se podrá saber a ciencia cierta si el Tribunal sigue siendo absolutamente imparcial. El segundo se encuentra manifiestamente limitado al influirse considerablemente en el derecho de defensa y en el derecho a la presunción de inocencia —aún en su vertiente extraprocesal—.

Estas reflexiones nos llevan a concluir la necesidad de regular estos "*Juicios paralelos*" como auténticas instituciones procesales en la medida en que, a pesar de

su carácter extraprocesal, se trata de instituciones con una manifiesta influencia en el proceso.

A pesar de que resulta evidente la injerencia en los derechos y principios de naturaleza procesal, no lo es menos que el "*Juicio paralelo*" puede, no sin ciertas dudas, pretender ampararse en las libertades de expresión y de información. Por ello y a la vista de la sacralización de las mismas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, se requiere que la ponderación de intereses y la potencial limitación de la libertad de expresión y de información se prevea normativamente de forma expresa. En fin, se debería proceder a desarrollar el art. 10.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos:

> *"2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades,* ***podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley****, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la saludo de la moral,* ***la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial****".*

En los términos que prevé la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (caso "*Worm c. Austria"*):

> *"…la salvaguarda de la autoridad e imparcialidad del poder judicial puede exigir la imposición de restricciones en la libertad de expresión —art. 10, formas de debate público sobre asuntos pendientes ante los Tribunales—".*

El propio Tribunal Constitucional reconoce esa línea jurisprudencial y el contenido del art. 10, si bien no ha avanzado lo necesario en dicha línea. Así, la sentencia 136/1999, de 20 de julio, establece lo siguiente:

> *"Ha de admitirse como natural y, en los términos expuestos, como conveniente en una sociedad democrática, que se haya suscitado debate público sobre un proceso que, según evoca la Sala sentenciadora, presenta la singularidad de encausar a los dirigentes de una formación política. Mas, aceptado esto, debemos tener presente, con el* ***TEDH, que, cuando las declaraciones sobre procesos en curso intenten llevar al público a la conclusión de que los acusados son culpables, prediciendo la condena se justifican restricciones en la libertad de expresión de quien así actúe****, y ello, en particular, cuando la declaración cuestionada se emita* ***en términos tan absolutos que sus destinatarios tengan la impresión de que la jurisdicción penal no puede sino dictar una Sentencia condenatoria*** *(asunto Worm, aps. 51 y 52). Estos postulados no son predicables de las declaraciones que se citan en la demanda de amparo".*

El Tribunal Constitucional está identificando, sin duda, la existencia de "*Juicios paralelos",* pues es evidente que una representación mediática predice en términos absolutos una parte fundamental de la sentencia de condena, como es el relato de *hechos probados.* Esto les hace merecedores de una intervención norma-

tiva que proporcione de modo expreso al órgano jurisdiccional competente en el proceso penal los instrumentos necesarios para evitar dichas injerencias en el proceso. Se debe recordar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos exige que la potencial restricción de la libertad de expresión ha de estar prevista de modo expreso y convincente en una Ley:

> *"De forma general, **la «necesidad» de una cierta restricción en el ejercicio de la libertad de expresión debe establecerse de manera convincente.** Ciertamente, corresponde en primer lugar a las autoridades nacionales el evaluar si existe una «necesidad social imperiosa» susceptible de justificar esta restricción, ejercicio para el que disponen de un cierto margen de apreciación. Cuando se trata de la prensa, como en este caso, el poder de apreciación interno choca con el interés de la sociedad democrática de asegurar y mantener la libertad de prensa. Del mismo modo, conviene conceder una gran importancia a este interés cuando se trata de determinar, como lo exige el apartado 2 del artículo 10, si la restricción era proporcional al fin legítimo perseguido" (Sentencia de 27 de marzo de 1996, Caso "Goodwin contra Reino Unido").*

Aunque lo lógico es que los medios para restringir la divulgación de la representación mediática estén atribuidos al correspondiente órgano jurisdiccional, también cabe apreciar la idoneidad de otras soluciones.

Una posible solución sería de carácter administrativo y vendría determinada por la intervención de los Consejos Audiovisuales en la aplicación de un Código jurídico y ético de los medios de comunicación, conforme al cual no cabe interferir en la función jurisdiccional con la realización de "*Juicios paralelos*" más allá de lo que un correcto y adecuado ejercicio de las libertades de expresión e información determina. Sin embargo, no parece que el Anteproyecto de Ley General de la Comunicación Audiovisual haya considerado la necesidad de proceder a regular esta materia.

Ahora bien, la incardinación en el ámbito del derecho fundamental de defensa y de otros derechos del justiciable permite considerar que una futura Ley Orgánica reguladora del derecho de defensa podría resultar el texto idóneo para abordar necesariamente este problema tan grave y tan sentido en nuestra sociedad.

CONCLUSIONES

Primera. La representación o recreación audiovisual y divulgación televisiva de hechos que constituye el objeto de un proceso penal —ya se encuentre en su fase de instrucción o de Juicio Oral— constituye un supuesto específico de "*Juicio paralelo*", que presenta una particular intensidad debido al medio utilizado para emitir una opinión sobre la responsabilidad penal del imputado o acusado.

Segunda. Dicha actuación carece de regulación en el ordenamiento jurídico español y además no ha sido tratada particular y suficientemente por nuestra jurisprudencia. En consecuencia, procede acudir a la doctrina emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en interpretación del art. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos relativo a la libertad de expresión.

Tercera. La representación audiovisual de los hechos procesales supone una injerencia negativa para distintos principios del proceso y derechos fundamentales de la persona afectada: independencia y exclusividad de los órganos jurisdiccionales —por la evidente injerencia de los creadores de la representación y del medio que lo difunde en la función jurisdiccional de *juzgar*—; en el derecho a la presunción de inocencia —entendido en su faceta extraprocesal a ser tratado el imputado o acusado en la opinión pública como no culpable, lo que resulta constitucionalmente tan amparable como la presunción intraprocesal—; y en el derecho de defensa —en la medida en que es importante que la estrategia defensiva que se va a desplegar en un proceso penal se abstraiga de la emisión de un *"Juicio paralelo"* en los medios de difusión—.

Cuarta. Por otra parte, con carácter general, la emisión del *"Juicio paralelo"* consistente en la representación mediática podría entenderse que supone un ejercicio de las libertades de expresión e información. Ahora bien, los límites que se han impuesto a tales derechos pone en tela de juicio el recurso a los mismos: inexistencia de expresiones injuriosas o vejatorias —realmente se está imputando un delito sin fundamento alguno, lo que integra la conducta típica de calumnias, lo que a estos efectos estaría excluido de la libertad de expresión—; el interés público de muchos de los procesos sobre los que recaen los "*Juicios paralelos"* es más que discutible y muchas veces es la propia difusión que hacen los medios la que alimenta y hace crecer tal interés; por último, el recurso a la veracidad para justificar la representación mediática incurre en un absurdo porque es imposible fijar la certeza jurídica de los hechos mientras no exista un pronunciamiento jurisdiccional, por lo que dicho fundamento decaería por completo.

Quinta. A la vista del conflicto de derechos se hace necesario regular normativamente la posibilidad de que el órgano jurisdiccional pueda someter a ponderación las circunstancias existentes y, en su caso, limitar la divulgación de la representación mediática con el fin de proteger los principios y derechos alterados o vulnerados.

La incardinación en el ámbito del derecho fundamental de defensa y de otros derechos del justiciable permite considerar que una futura Ley Orgánica reguladora del derecho de defensa podría resultar el texto idóneo para abordar necesariamente este problema tan grave y tan sentido en nuestra sociedad.

Informe nº 8/2011

Las posibilidades de reacción del abogado en caso de retraso en las audiencias públicas

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

Es notorio que en la celebración de las audiencias públicas ante los Juzgados y Tribunales se incurre frecuentemente en retrasos sobre el horario previsto. Ello produce un evidente perjuicio para los Abogados que han de intervenir, así como para los demás asistentes, por lo que deberían articularse las medidas oportunas que evitaran, al menos, aquellos retrasos que resultan previsibles desde el mismo momento en que se hace la convocatoria para su celebración.

En algunas ocasiones el retraso se debe a circunstancias imprevisibles relativas al comienzo de las sesiones diarias o al desarrollo de las audiencias públicas que se hayan celebrado con antelación. Sin embargo, las más de las veces el retraso podría haber sido evitado si el Juzgado hubiera planificado correctamente los horarios de audiencia. En muchos caos es perfectamente previsible que los jueces y funcionarios no estarán preparados para comenzar la audiencia en la hora prefijada, sea porque se convoca antes de la hora habitual de inicio de la jornada de audiencias, sea porque se convoca sin considerar el previsible retraso que supondrá la celebración de las audiencias convocadas con anterioridad.

Por ello, podrían y deberían articularse los mecanismos que obliguen al responsable de elaborar la agenda judicial a que fije los días y horas de celebración evitando que se produzcan los retrasos que sean previsibles. Sin embargo, las escasas normas que se refieren a los referidos retrasos no resultan eficaces para evitarlos, lo que obliga a una reflexión sobre las actuaciones que se lleven a cabo para reducir los supuestos en que Abogados, testigos, peritos o justiciables tienen que estar en los pasillos de los Juzgados esperando, a veces un largo periodo, hasta que son llamados a la Sala de audiencias.

Mientras no se modifique el sistema de fijación de la agenda judicial, corresponde a los jueces y magistrados la determinación de los días y horas en que se convoca la celebración de las audiencias públicas, por lo que deben establecerse los mecanismos procedentes para vigilar y exigir que los Jueces y magistrados realicen las convocatorias evitando retrasos.

Las normas que se refieren a esta cuestión son, en esencia, el Estatuto General de la Abogacía Española (EGAE), que prevé la actuación que corresponde llevar

a cabo por el Abogado en caso de retraso, y la Ley Orgánica del Poder Judicial, que contempla los supuestos en que el retraso constituye una infracción disciplinaria de los Jueces y Magistrados.

Sin embargo, en la práctica no es frecuente que los Abogados actúen en la forma prevista por el EGAE para el caso de retraso, ni es usual que el Consejo General del Poder Judicial sancione a los Jueces responsables.

En el presente informe se plasman algunas reflexiones sobre las causas de que no haya denuncia ni sanción y sobre las posibles vías de solución.

Algunas de las reflexiones que se hacen en este informe se verán modificadas necesariamente cuando se reforme la Oficina judicial, atribuyendo quizás la fijación de la agenda judicial a las Secretarías, y se apliquen nuevas tecnologías en el seguimiento de la actividad judicial, como prevé la Hoja de Ruta para la Modernización de la Justicia publicada por el Consejo General del Poder Judicial el pasado mes de abril de 2009. Sin embargo, lo que aquí se va a exponer resulta hoy de plena utilidad, tanto para destacar las actuales carencias como para señalar posibles vías que se apliquen también a los instrumentos que resulten de ese proceso de modernización de la Justicia.

II. LA SITUACIÓN ACTUAL: LOS RETRASOS SON FRECUENTES Y LAS SANCIONES INFRECUENTES

A efectos de considerar la situación actual de la cuestión, hemos analizado la jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo sobre el régimen disciplinario de los Jueces y Magistrados, así como la última Memoria del Consejo General del Poder Judicial, y la conclusión consiste simplemente en la constatación de que, aunque hay frecuentísimos retrasos en la celebración de las audiencias, son muy pocos los procedimientos disciplinarios que se tramitan y muchos menos los que terminan en la imposición de sanción al Juez o Magistrado responsable.

2.1. Jurisprudencia

Desde el 1 de enero de 2007, de un total de algo más de 150 sentencias del Tribunal Supremo relativas a régimen disciplinario de los jueces y magistrados, se han elegido al azar y examinado las siguientes sentencias del Tribunal Supremo:

- STS 30 de diciembre de 2008 (JUR2009/46827)
- STS 23 de diciembre de 2008 (JUR 2009/34480)
- STS 18 de diciembre de 2008 (JUR 2009/24661)

- STS 18 de diciembre de 2008(JUR 2009/24660)
- STS 18 de diciembre de 2008 (JUR 2009/24669)
- STS 18 de diciembre de 2008 (JUR 2009/24659)
- STS 18 de diciembre de 2008 (JUR 2009/24654)
- STS 18 de diciembre de 2008 (JUR 2009/24651)
- STS 1 de diciembre de 2008 (JUR 2009/24917)
- STS 1 de diciembre de 2008 (JUR 2009/24919)
- STS 1 de diciembre de 2008 (JUR 2009/24918)
- STS 27 de noviembre de 2008 (JUR 2008/387044)
- STS 24 de noviembre de 2008 (JUR 2008/387165)
- STS 6 de octubre de 2008 (RJ 2008//7483)
- STS 29 de septiembre de 2008 (RJ 2008/7448)
- STS 29 de septiembre de 2008 (RJ 2008/7449)
- STS 24 de septiembre de 2008 (RJ 2008/7240)
- STS 17 de julio de 2008 (RJ 2008/6816)
- STS 14 de julio de 2008 (RJ 2008/6762)
- STS 14 de julio de 2008 (RJ 2008/6761)
- STS 14 de julio de 2008 (RJ 2008/6774)
- STS 6 de junio de 2008 (RJ 2008/6333)
- STS 16 de mayo de 2008 (RJ 2008/5275)
- STS 14 de abril de 2008 (RJ 2008/3755)
- STS 10 de abril de 2008 (RJ 2008/2435)
- STS 26 de marzo de 2008 (RJ 2008/2359)
- STS 26 de marzo de 2008 (RJ 208/2361)
- STS 17 de marzo de 2008 (RJ 2008/2335)
- STS 13 de marzo de 2008 (RJ2008/2317)
- STS 10 de abril de 2008 (RJ 2008/2437)
- STS 26 de febrero de 2008(RJ2008/1956)
- STS 26 de febrero de 2008 (RJ2008/1955)

- STS 22 de febrero de 2008 (RJ2008/1951)
- STS 18 de febrero de 2008(RJ2008/1529)
- STS 18 de febrero de 2008 (RJ2008/1940)
- STS 14 de febrero de 2008 (RJ 2008/1527)
- STS 14 de febrero de 2008(RJ 2008/1833)
- STS 21 de enero de 2008(RJ2008/1656)
- STS 21 de enero de 2008 (RJ 2008/430)
- STS 5 de diciembre de 2007(RJ2008/894)
- STS 5 de diciembre de 2007(RJ 2008/893)
- STS 5 de diciembre de 2007 (RJ 2007/8980)
- STS 4 de diciembre de 2007 (RJ 2007/8976)
- STS 3 de diciembre de 2007 (RJ 2008/481)
- STS 27 de septiembre de 2007 (RJ 2007/7027)
- STS 16 de julio de 2007 (RJ 2007/8073)
- STS 3 de mayo de 2007 (RJ 2007/5816)
- STS 8 de febrero de 2007(RJ 2007/616)

Sólo en una de ellas, la de 3 de mayo de 2007, el recurrente es un Colegio de Abogados que recurre una decisión de archivo de una queja deducida por conducto del Colegio, que traslada a denuncia de un Letrado (Colegio de Abogados de Pontevedra y Consello da Avogacía Galega).De las sentencias citadas, sólo cinco se refieren a supuestos en que se ha impuesto la sanción al Juez o Magistrado responsable, interponiéndose por éste el recurso contencioso administrativo. De ellas, dos acaban con sentencia estimatoria por apreciar caducidad y tres (una de ellas referida al caso de la sanción a un Juez de Paz Sustituto por falta grave) acaban confirmando la sanción.

Todas las demás sentencias citadas se refieren a recursos interpuestos por los denunciantes contra acuerdo de archivo de Consejo General del Poder Judicial y son desestimatorias en cuanto al fondo o declarativas de la inadmisibilidad del recurso contencioso administrativo, principalmente por falta de legitimación activa del recurrente.

Sólo cinco sentencias han sido dictadas en recursos interpuestos por Abogados denunciantes de infracciones que les han afectado en su ejercicio como abogados. Una ha sido dictada en recurso interpuesto por una Procuradora. To-

das ellas son sentencias desestimatorias o que declaran la inadmisibilidad del recurso.

2.2. Memoria del Consejo General del Poder Judicial

Según la Memoria del Consejo General del Poder Judicial de 2008 (aprobada por el pleno el 28 de mayo de 2008), durante 2007 se incoaron 41 expedientes disciplinarios, de los que ninguno fue por incumplimiento de horarios de audiencia pública, y se resolvieron 47 expedientes, de los que 27 terminaron con sanción decidida por el Pleno, la Comisión Disciplinaria o las Salas de Gobierno o Presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia (sólo 1 por incumplimiento injustificado y reiterado del horario de audiencia pública).

A la vista de datos como los anteriores, se han vertido críticas contra el sistema sancionador por corporativismo, derivado de que el órgano encargado de la sanción sea el Consejo General del Poder Judicial (o las Salas de Gobierno para infracciones menores). Recuerda SURROCA CASAS (en "Régimen disciplinario de los Jueces", Diario La Ley, 19 de febrero de 2009), que ello no sucede en países como Alemania, donde la función disciplinaria se ejerce por el Ministerio de Justicia.

III. INEXISTENCIA DE UN SISTEMA EFICAZ DE VIGILANCIA Y SANCIÓN

De este modo, actualmente no existe un sistema eficaz de vigilancia y represión de los supuestos en que se fija la agenda judicial incurriendo en negligencia que se traduzca en retrasos en la celebración de las audiencias.

Aunque se sufre con frecuencia el retraso, son pocos los casos en que se denuncia y menos aún los supuestos en que la denuncia termina con la imposición de una sanción al responsable.

La solución debe buscarse en el establecimiento de los medios adecuados de vigilancia y denuncia y en la elaboración una regulación que garantice que las denuncias se traduzcan, cuando proceda, en la correspondiente sanción. En este sentido, deben hacerse determinadas reflexiones sobre la tipificación de la infracción por retraso en la celebración de las audiencias y sobre la intervención del Abogado como cauce para la denuncia o comunicación de los supuestos de retraso que sufra en su actuación profesional.

3.1. Tipificación de infracciones disciplinarias cometidas por el Juez

Debe considerarse que en la redacción actual de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), sólo son infracciones disciplinarias las tipificadas específicamente como muy graves, graves o leves en los arts. 417, 418 y 419 LOPJ, de manera que no se recoge una cláusula general que considere infracción leve cualquier infracción de los deberes del juez que no se haya tipificado como grave o muy grave.

En particular, el retraso en la audiencia pública sólo está contemplado como falta grave (o muy grave) y sólo para el caso de que sea reiterado e injustificado. En efecto, el art. 418 considera falta grave "*el incumplimiento injustificado y reiterado del horario de audiencia pública y la inasistencia injustificada a los actos procesales con audiencia pública que estuvieran señalados, cuando no constituyan falta muy grave*" (art. 418.9 LOPJ).

Distinto es el caso de la desatención o desconsideración del Juez con el Abogado, que puede ser falta leve o grave, y que no exige reiteración. Pero no puede considerarse que el retraso pueda ser considerado falta leve como supuesto específico de desatención, aunque obligue al Abogado a esperar injustificadamente. Ello por cuanto la LOPJ, al tipificar las infracciones, diferencia entre el tratamiento de la desatención al Abogado y el tratamiento del retraso, lo que obliga también al intérprete de la Ley a diferenciar ambos supuestos.

De este modo, se echa en falta una regulación que permita establecer medios de corrección de los retrasos sin tener que esperar a que éstos sean de tal importancia que determinen la existencia de falta grave y la sanción correspondiente. La tipificación del retraso injustificado como infracción leve cuando no concurra la nota de reiteración, facilitaría la persecución de esta injustificable conducta sin tener que esperar a que se repita para poder perseguirla y evitarla. Además sería coherente con la consideración del retraso injustificado como un supuesto específico de desatención hacia el abogado y los demás intervinientes en la vista.

3.2. La denuncia del retraso

En la denuncia del retraso podría tener un papel importante el Abogado, pues, siendo conocedor de las normas de aplicación, es uno de los que conoce y sufre el retraso, al afectarle directamente en su ejercicio profesional.

En este sentido, el art. 40 del EGAE prevé que

> *"Los abogados esperarán un tiempo prudencial sobre la hora señalada por los órganos judiciales para las actuaciones en que vayan a intervenir, transcurrido el cual podrán formular la correspondiente queja ante el mismo órgano e informar del retraso a la Junta de Gobierno del correspondiente Colegio para que pueda adoptar las iniciativas pertinentes".*

Sin embargo no es frecuente que los Abogados actúen en la forma prevista en el citado artículo, pues ello les puede predisponer negativamente para con el Juez y no se traduce en ningún beneficio para el abogado ni en una solución al retraso. El Abogado suele preferir soportar el retraso y celebrar el acto, evitando tener que volver en otro momento.

En efecto, por un lado, la queja ante el propio órgano jurisdiccional causante del retraso puede provocar malestar en el Juez o magistrado responsable, que le predisponga contra el Abogado o la causa que defiende.

Por otro lado, al realizarse la comunicación ante el propio órgano judicial responsable del retraso, no resulta eficaz para la represión al responsable.

Por lo demás, el Abogado informará al Colegio de Abogados para que éste tome unas "iniciativas pertinentes" que el Estatuto no concreta y que en la práctica se han traducido, a lo más, en su reflejo en los informes del art. 175.3 LOPJ.

Por otro lado, tampoco es frecuente que el Abogado denuncie el retraso al Consejo General del Poder Judicial pues, además de suponer un enfrentamiento contra el Juez responsable, carece de virtualidad ya que sólo hay infracción si existe reiteración en el retraso. Téngase en cuenta que, al exigirse reiteración, no basta con que un Abogado comunique el retraso que ha sufrido, sino que deben ser varios los Abogados que, dentro del periodo de prescripción de la falta, comuniquen el retraso que se sufre en un mismo Juzgado.

De este modo, en caso de que, en un asunto determinado, un Abogado sufra un retraso injustificado sobre el horario previsto y se vea obligado a esperar hasta que el Juez tenga a bien llamar a las partes citadas a la audiencia prevista, sólo puede acudir a lo previsto en el artículo 40 del EGAE, pero no puede denunciar infracción disciplinaria pues ésta no se produce con un solo retraso (el que sufre el Abogado en cuestión) por muy importante que éste sea, sino por la reiteración en esa conducta por parte del Juez.

El Abogado prefiere, en la práctica, soportar el retraso, celebrar la vista, y evitar mayores complicaciones.

En definitiva, dos razones determinan que el Abogado individualmente no presente denuncia por infracción disciplinaria del Juez o Magistrado: por un lado el desincentivo que supone el temor a que la denuncia indisponga al Juez o Magistrado contra el Abogado o su cliente, lo que se pueda traducir en un trato más riguroso o incluso en una *predisposición* a quitarle la razón en la resolución que dicte sobre el asunto litigioso en cuestión. Y, en segundo lugar, que no es fácil, sobre todo en los partidos judiciales en los que hay más de un Juzgado, que el mismo Abogado conozca de un retraso del mismo Juzgado y lo denuncie (y se notifique la iniciación del procedimiento disciplinario o las diligencias informativas) antes del plazo de prescripción de un año (art. 416 LOPJ)

Por todo ello, son escasísimos los casos en que se llega a imponer sanción por la infracción prevista en el art. 418.9 LOPJ (que, además, normalmente va *acompañado de sanción por desatención o retraso).*

IV. LA INTERVENCIÓN DE LOS COLEGIO DE ABOGADOS PARA FORMULAR DENUNCIA Y PARA RECURRIR CONTRA EL ACUERDO DE ARCHIVO

Conforme a lo expuesto, la protección del Abogado frente a las esperas injustificadas para celebrar audiencias y la denuncia de la infracción disciplinaria que suponen, no debe dejarse sólo a la iniciativa del Abogado sino que resulta fundamental la intervención de los Colegios profesionales, que no temen una consecuencia en el proceso judicial y que pueden centralizar la información sobre los sucesivos retrasos a efectos de denunciar la reiteración necesaria para la apreciación de la infracción disciplinaria.

Pero deben realizarse algunas reflexiones sobre la legitimación del Colegio para actuar en esta materia y sobre el procedimiento que debieran seguir para llevar a cabo una actuación eficaz.

4.1. Sobre la legitimación de un Colegio de Abogados para denunciar y para interponer recurso contencioso administrativo

Para formular denuncia no se establece en la LOPJ requisito específico alguno. Así, el art. 423 LOPJ se refiere en general a la posibilidad de iniciar procedimiento disciplinario mediante denuncia, y añade que *"toda denuncia sobre el funcionamiento de la Administración de Justicia en general y de la actuación de los Jueces y magistrados en particular será objeto, en el plazo de un mes, de informe del Jefe del Servicio de Inspección, quien podrá proponer el archivo de plano".*

En materia de legitimación activa para interponer recurso contencioso administrativo contra la decisión de archivo del expediente disciplinario, la jurisprudencia constante que se recoge en las sentencias citadas es que los arts. 423 y 425 de la Ley Orgánica del Poder Judicial no atribuyen legitimación al denunciante para recurrir contra las resoluciones dictadas en materia de responsabilidad disciplinaria de Jueces y Magistrados, sino que en cuanto a la legitimación ha de estarse a las reglas generales establecidas en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

En particular, considera la jurisprudencia que el denunciante tiene legitimación activa para interponer recurso contra el acuerdo de archivo si lo que demanda es que, anulándose el mismo, el Consejo General del Poder Judicial

desarrolle las actividades investigadoras que le corresponden. Sin embargo, considera que el recurrente no tiene legitimación activa para pedir la imposición de una sanción. Esto es, el Tribunal Supremo admite "*la legitimación del denunciante para acudir a la vía contencioso administrativa cuando lo que se pretende en el proceso no es la imposición de una sanción al magistrado denunciado sino que el Consejo General del Poder Judicial acuerde la incoación del oportuno procedimiento y desarrolle una actividad de investigación y comprobación a fin de constatar si se ha producido por parte de ese Juez una conducta irregular que merezca una respuesta en el marco de atribuciones de dicho Consejo General*" (STS 18 de diciembre de 2008, JUR 2009/24654).

En este sentido, el denunciante no tiene legitimación para pedir que, sin realizar nuevos actos de investigación, el Consejo General del Poder Judicial califique los hechos de manera diferente. Esto es, no se admite la legitimación si "*lo que se viene a postular no es que se inicie una investigación para averiguar si son o no ciertos determinados hechos, sino que, a partir de unos hechos denunciados y aceptados como reales y ciertos por el Consejo, se altere por este la calificación jurídica que les ha otorgado y, como consecuencia de esa diferente calificación, dicho Consejo inicie actuaciones sancionadoras contra el magistrado denunciado*" (STS 6 de octubre de 2008, RJ 2008/7483).

En el único caso examinado en que recurre un Colegio de Abogados, que había dado traslado de la denuncia que le remitió un Abogado, la STS de 3 de mayo de 2007 declara la inadmisibilidad del recurso. Pero no porque la Corporación recurrente (que también era denunciante) no pudiera interponer recurso, sino porque no ejercita la pretensión de que se investiguen los hechos para determinar su certeza, sino que pretende que se califiquen de determinada manera. En efecto, como afirma el Tribunal Supremo, se inadmite porque no se denuncia que el Consejo General del Poder Judicial no haya realizado una función investigadora, ni se pide que se continúe la investigación, sino *porque "la censura que más concretamente se hace al CGPJ es no haber dado significación disciplinaria al hecho, expresamente admitido en el Informe del Servicio de Inspección, de que la Juez denunciada no permitió a un Abogado, que compareció como denunciado en un Juicio de Faltas, permanecer sentado en estrados mientras se le tomaba declaración"*

4.2. Sobre el procedimiento que se debe seguir por el Colegio de Abogados que reciba la comunicación del Abogado

Los Colegios de Abogados, como los de Procuradores, deben, conforme al art. 175.3 LOPJ, emitir informe en los procedimientos disciplinarios. En efecto, establece este artículo que *"el expediente de inspección se completará con los informes sobre el órgano inspeccionado, que podrán presentar los respectivos Colegios de Abogados y Procuradores, en todo aquello que les afecte. A tal fin, serán notificados, con la suficiente antelación, respecto a las circunstancias en que se lleve a cabo la actividad inspectora"*

La jurisprudencia sobre este precepto es escasa, pudiéndose citar la STS de 17 de enero de 1997 (RJ 1997/346), que señala que tal *trámite "sólo es preceptivo respecto de las inspecciones ordinarias relativas al funcionamiento del órgano jurisdiccional, pero no lo es cuando…se trata de un expediente disciplinario concerniente a depurar la conducta de un Juez o Magistrado"*.

Pero, aparte de esa actuación, los Colegios de Abogados pueden siempre actuar como denunciantes, tal y como se ha señalado anteriormente al hacer referencia a la legitimación para ser denunciante. Así, los Colegios que recibieran las quejas o incidencias de los Abogados podrían, sin necesidad de especificar si la queja la reciben de uno u otro Abogado, ciudadano (cliente), Procurador, o de otro interesado, tramitar las denuncias de los incidentes de los que tuvieran conocimiento.

Para ello debiera organizarse un protocolo de actuación que, por un lado, favoreciera la recepción de las denuncias de los colegiados y de cualquier otro interesado en el procedimiento; por otro lado, mantuviera el anonimato sobre el origen de la comunicación; y por otro, tuviera la agilidad suficiente para reunir los datos correspondientes a sucesivos retrasos y presentar denuncia en un tiempo inferior al de prescripción.

Así, por un lado, se debería establecer la posibilidad de denuncias de incidencias a través de *internet*, a través de buzones que podrían instalarse en los recintos de los Colegios de Abogados en las sedes judiciales u otras formas que facilitaran que los Abogados u otros interesados pudieran presentar sus quejas.

Algo así se recoge en la Memoria del Colegio de Abogados de Madrid de 2008, en la que se afirma, en relación con el servicio de "Observatorio de la Justicia y de los Abogados" que en 2008 se recibieron 310 "incidencias" de colegiados, frente a las 185 de 2007, gracias a la aplicación de nuevas herramientas informáticas.

Por otro lado, dentro de los Colegios debiera establecerse un procedimiento que permita que, de manera ágil (para evitar la prescripción), las denuncias de que conozca el Colegio se reúnan, se procesen los datos, y se formulen las denuncias ante el Consejo General del Poder Judicial.

Por otro lado, aunque debe identificarse el denunciante, que será el Colegio de Abogados de que se trate, debiera mantenerse el anonimato sobre quién, si uno u otro Abogado, testigo, perito o ciudadano, ha hecho la comunicación al Colegio.

Es también importante reflexionar acerca de cuál haya de ser el medio de prueba en que deba apoyarse la denuncia del Colegio para acreditar el retraso injustificado y reiterado. No puede exigirse al Abogado que requiera del Secretario judicial la constancia en Acta del retraso, pues el efecto sería precisamente el de poner en evidencia cuál es el Abogado que tome la iniciativa en la denuncia de la

infracción disciplinaria, con lo que se perdería la posibilidad del anonimato. No es frecuente que en las Actas (ni en las grabaciones) se identifique exactamente la hora en la que tiene lugar su inicio. Por ello, para acreditar el retraso habría de exigirse que con carácter general se extendiera el acta de las audiencias haciendo constar la hora de celebración, sin necesidad de que lo solicitaran los Abogados intervinientes, pues el art. 146 LEC señala con claridad la necesidad de que en el acta se hagan constar "los datos relativos al tiempo y lugar".

CONCLUSIONES

Aunque es frecuente que los Juzgados se retrasen en la celebración de las audiencias públicas sobre el horario previsto, y no es infrecuente que el retraso sea significativo, no son frecuentes ni las denuncias ni las sanciones a los Jueces y Magistrados responsables.

La razón de lo anterior está en que, conforme a la LOPJ, la infracción disciplinaria por retraso sobre el horario exige la nota de reiteración en la conducta; y en que los Abogados que conocen y sufren el retraso en muy pocas ocasiones presentan denuncia contra el Juez responsable.

Los Abogados no presentan denuncia contra el Juez o Magistrado responsable de la infracción, por un lado, porque conocen sólo de singulares retrasos pero no de la reiteración en el retraso que pueda producirse en otros juicios en que no actúan; y, por otro lado, porque la denuncia puede traducirse en una indisposición del Juez responsable contra el Abogado y contra la causa que defiende.

Los Abogados hacen muy infrecuente aplicación de lo previsto en el art. 40 de Estatuto General de la Abogacía Española, pues ello redunda en tener que volver al Juzgado en una nueva fecha y en el riesgo de indisposición del Juzgador para con el Abogado o su cliente y, además, no se traduce en denuncia de infracción disciplinaria del Juez, pues ello exigiría reiteración en la conducta.

Lo anterior aconseja una intervención de los Colegios de Abogados, recogiendo información sobre las incidencias y, caso de producirse reiteración, denunciando la infracción disciplinaria al Consejo General del Poder judicial. El procedimiento interno en el Colegio debe ser ágil para evitar prescripción de la falta; debe facilitar la comunicación del abogado mediante la instalación de buzones en las sedes judiciales y la utilización masiva de medios telemáticos; y debe, en lo posible, evitar la expresa referencia a la identidad de quien haya comunicado la incidencia al Colegio. Es importante que se exija con carácter general que las actas de la audiencia emitidas por el Sr. Secretario judicial recojan la hora en la que se celebran, conforme exige el art. 146 LEC.

Informe nº 9/2011

El tratamiento en IVA de las cuotas satisfechas a los colegios profesionales por sus miembros

I. INTRODUCCIÓN

Se plantea el tratamiento que debe darse a efectos de Impuesto sobre el Valor Añadido ("**IVA**") a las cuotas colegiales que deben satisfacer los miembros de los Colegios Profesionales según sus estatutos, como contraprestación por los servicios prestados por éstos en cumplimiento de sus fines.

II. CONSIDERACIONES GENERALES

Las operaciones realizadas por los Colegios profesionales están sujetas al IVA, al ser realizadas por una entidad que tiene la condición de empresario o profesional y cumplir el resto de los requisitos establecidos en el apartado uno del artículo 4 de la Ley 37/1992, del Impuesto sobre el Valor añadido ("**LIVA**").

Sin embargo, según establece el artículo 20.Uno.12º LIVA, están exentas del IVA:

> *"Las prestaciones de servicios y las entregas de bienes accesorias a las mismas efectuadas directamente a sus miembros por organismos o entidades legalmente reconocidos que no tengan finalidad lucrativa, cuyos objetivos sean exclusivamente de naturaleza política, sindical, religiosa, patriótica, filantrópica o cívica, realizadas para la conservación de sus finalidades específicas, siempre que no perciban de los beneficiarios de tales operaciones contraprestación alguna distinta de las cotizaciones fijadas en sus estatutos.*
> *Se entenderán incluidos en el párrafo anterior los Colegios profesionales, las Cámaras Oficiales, las Organizaciones patronales y las Federaciones que agrupen a los organismos o entidades a que se refiere este número.*
> *El disfrute de esta exención requerirá su previo reconocimiento por el órgano competente de la Administración tributaria, a condición de que no sea susceptible de producir distorsiones de competencia, según el procedimiento que reglamentariamente se fije".*

Por su parte, el Real Decreto 1624/1992, de 29 de diciembre, que aprueba el Reglamento del Impuesto sobre el Valor Añadido, establece en su artículo 5 lo siguiente:

> *"El reconocimiento del derecho de los sujetos pasivos a la aplicación de las exenciones a que se refieren los números 6 y 12 del apartado 1 del artículo 20 de la Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido, se efectuará por la Delegación o Administración de la Agencia Estatal de Administración Tributaria en cuya circunscripción territorial radique el domicilio fiscal del sujeto pasivo, previa solicitud del interesado.*
> *El reconocimiento del derecho a que se refiere el párrafo anterior, surtirá efectos respecto de las operaciones cuyo devengo se produzca a partir de la fecha de la solicitud. La eficacia de dicho reconocimiento quedará además condicionada a la subsistencia de los requisitos que, según lo dispuesto en la normativa del Impuesto, fundamentan la exención".*

De acuerdo con lo anterior, los servicios que los Colegios profesionales prestan a sus miembros en el cumplimiento de sus fines están exentos de IVA, siempre y cuando (i) se remuneren con cargo a las cuotas colegiales fijadas en sus estatutos y (ii) el derecho a la exención se haya reconocido por la Delegación o Administración de la Agencia Estatal de Administración Tributaria en cuya circunscripción territorial radique el domicilio fiscal del Colegio en cuestión.

CONCLUSIONES

Teniendo en cuenta lo anterior, debe concluirse lo siguiente: no deberá girarse IVA sobre las cuotas o cotizaciones que fijan los estatutos de los Colegios profesionales para sus miembros y que constituyen la contraprestación de los servicios prestados por tales Colegios a sus miembros en el cumplimiento de sus fines, siempre y cuando la exención correspondiente haya sido reconocida por la Delegación o Administración de la Agencia Estatal de Administración Tributaria en cuya circunscripción territorial radique el domicilio fiscal del Colegio del que se trate.

Informe nº 10/2011

La aplicación del recurso cameral permanente a la actividad profesional de los abogados

Se ha solicitado informe sobre la aplicación del recurso cameral permanente a la actividad profesional de los Abogados. Cabe formular al respecto las siguientes

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

I. INTRODUCCIÓN

Debemos tomar como punto de partida que la Ley 3/1993, de 22 de marzo, Básica de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación, actualizó el marco jurídico de las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación. La primera regulación de estas instituciones se remonta al año 1886, cuando por Real Decreto de 9 de abril se reconoció este carácter a las asociaciones de comerciantes, industriales y navieros. En 1901 se les confirió el carácter de establecimientos públicos. Posteriormente, mediante la Ley de Bases de 1911 se instauró el modelo, todavía vigente, de adscripción forzosa y pago obligatorio de cuotas.

Las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación se configuran como Corporaciones de derecho público con personalidad jurídica y plena capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines, siendo a su vez órganos consultivos y de colaboración con las Administraciones Públicas, sin menoscabo de los intereses privados que persiguen. Su estructura y funcionamiento deberán ser democráticos. En este sentido, el régimen de electores viene fijado por el artículo 6 de la Ley 3/1993, el cual establece:

> *"Artículo 6. Electores.*
> *1. **Las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, que ejerzan actividades comerciales, industriales o navieras en territorio nacional**, tendrán la condición de electores de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación, dentro de cuya circunscripción cuenten con establecimientos, delegaciones o agencias.*
> *2. En especial, se considerarán actividades incluidas en el apartado anterior, las ejercidas por cuenta propia, en comisión o agencia, en el sector extractivo, industrial, de la construcción, comercial, de los servicios, singularmente de hostelería, transporte, comunicaciones, ahorro, financieros, seguros, alquileres, espectáculos, juegos, actividades artísticas, así como los relativos a gestoría, intermediación, representación o consignación en el comercio, tasaciones y liquidaciones de todas clases, y los correspondientes a agencias inmobiliarias, de la propiedad industrial, de valores negociables, de seguros y de créditos.*

En todo caso, estarán excluidas las actividades agrícolas, ganaderas y pesqueras de carácter primario y los servicios de Agentes y Corredores de Seguros que sean personas físicas ***así como los correspondientes a profesiones liberales no incluidas expresamente en el párrafo anterior.***
3. Se entenderá que una persona natural o jurídica ejerce una actividad comercial, industrial o naviera cuando por esta razón quede sujeta al Impuesto de Actividades Económicas o tributo que lo sustituya".

Es de especial relevancia la exclusión explícita de los profesionales liberales que se hace con carácter general en el apartado segundo de este artículo, ya que son sólo los electores de las Cámaras los que se hallan obligados al pago del Recurso Cameral Permanente, tal y como se recoge en el artículo 13 de la citada Ley:

"Artículo 13. Obligación de pago y devengo.
1. Estarán obligados al pago del recurso cameral permanente establecido en el artículo anterior, las personas físicas o jurídicas, así como las entidades a que se refiere el artículo 33 de la Ley General Tributaria que, durante la totalidad o parte de un ejercicio económico, ***hayan ejercido las actividades del comercio, la industria o la navegación a que se refiere el artículo 6 y, en tal concepto, hayan quedado sujetos al Impuesto de Actividades Económicas.***
2. El devengo de las exacciones que constituyen el recurso cameral permanente, así como la interrupción de la prescripción, coincidirán con los de los impuestos a los que, respectivamente, se refieren".

En cuanto a la gestión del Recurso Cameral Permanente, la Ley 3/1993, de 22 de marzo, Básica de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación, *establece lo siguiente:*

"Artículo 14. Recaudación del recurso cameral permanente.
1. La recaudación de los diversos conceptos del recurso cameral permanente corresponderá a las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación, tanto en período voluntario como en vía de apremio, y se desarrollará con sujeción a las mismas disposiciones dictadas para aquellos tributos a las que las respectivas exacciones se refieren, con las excepciones establecidas en la presente Ley.
Para el ejercicio de la función recaudatoria en vía de apremio, las Cámaras podrán establecer un convenio con la Agencia Estatal de la Administración Tributaria. En su caso, el convenio deberá ser conjunto para todas las Cámaras.
2. Las liquidaciones de las exacciones del Recurso Cameral permanente reguladas en los párrafos a, b y c del apartado 1 del artículo 12 de esta Ley, se notificarán por las entidades que tengan encomendada su gestión dentro del ejercicio siguiente al del ingreso o presentación de la declaración del correspondiente impuesto y los obligados al pago deberán efectuarlo en la forma y plazos previstos para las liquidaciones tributarias que son objeto de notificación individual. Finalizado el período de pago voluntario, el cobro de las cuotas impagadas será tramitado conforme al procedimiento de recaudación en vía de apremio.
3. Las gestiones relativas al recurso cameral permanente y que resulten atribuidas a las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación, serán ejercidas por aquella Cámara en cuya circunscripción radique la Delegación u Oficina de la Administración Tributaria en

la que debe realizarse el ingreso o presentarse la declaración del tributo a que se refieran las respectivas exacciones.
4. Las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación a quienes esté atribuida la función recaudatoria del recurso cameral permanente, deberán poner a disposición de las demás Cámaras y de su Consejo Superior las participaciones en las cuotas de dicho recurso que, respectivamente, les correspondan, de acuerdo con lo señalado en el artículo siguiente, dentro del plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a aquel en que se hubiese efectuado el cobro.
A partir de la expiración del indicado plazo, procederá el abono de los intereses legales de demora, sin perjuicio de las responsabilidades de otro orden en que hubiesen podido incurrir por omisión dolosa del reparto.
5. En todo lo referente al procedimiento de recaudación, tanto en período voluntario como en vía de apremio, recargos, intereses, aplazamientos, garantías y responsabilidades, se aplicará la normativa vigente para los tributos a los que se refiere el recurso cameral permanente, sin perjuicio de la prelación para el cobro, que corresponderá, en todo caso, a los créditos tributarios".

Por consiguiente, la normativa tributaria de aplicación al recurso cameral es esencialmente la misma que es de aplicación a los tributos a los que se refiere la definición de dicho recurso cameral. Esta definición se establece en el artículo 12 de la Ley 3/1993, según el cual:

"Artículo 12. Recurso cameral permanente.
1. El recurso cameral permanente estará constituido por las siguientes exacciones:
***Una exacción del 2 % que se exigirá a los obligados al pago del Recurso Cameral que estén sujetos y no exentos del Impuesto sobre Actividades Económicas** y que se girará sobre cada una de las cuotas municipales, provinciales o nacionales de este impuesto que aquellos deban satisfacer.*
Las Comunidades Autónomas con competencia normativa en la materia podrán elevar la alícuota cameral contemplada en el presente apartado hasta que ésta alcance el 9 % de la base fijada en el párrafo anterior. La recaudación originada por este incremento será atribuida exclusivamente a las cámaras de la respectiva Comunidad Autónoma en la forma que ésta determine.
Salvo lo dispuesto en el párrafo siguiente, la cuota cameral mínima que deberán satisfacer por esta exacción los obligados al pago de la misma será de 60 euros por cada cuota nacional, provincial y municipal del Impuesto sobre Actividades Económicas que les sean exigibles. El citado importe se actualizará anualmente de acuerdo con el índice de precios al consumo.
Cuando una empresa deba abonar 26 o más cuotas por esta exacción del Recurso Cameral a una misma cámara el importe que ésta deberá liquidar por cada una de las cuotas mínimas será el resultante de la aplicación de la siguiente escala:

Número de cuotas mínimas	*Importe por cada cuota mínima Euros*
De 1 a 25	*60*
De 26 a 100	*30*
Más de 101	*10*

Las cantidades fijadas para cada tramo se aplicarán al número de cuotas comprendidas en él, con independencia de las que deban abonar por las cuotas correspondientes a los demás tramos.
Una exacción del 2 por 1.000 girada sobre los rendimientos a que se refiere la Sección 3 del Capítulo primero del Título V de la Ley 18/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, cuando deriven de actividades incluidas en el artículo 6 de la presente Ley.
Una exacción del 0,75% girada sobre la cuota líquida del Impuesto de Sociedades en el tramo comprendido entre una y 5.000 millones de pesetas de cuota. Las alícuotas aplicables a las porciones de la cuota líquida del Impuesto sobre Sociedades que superen el indicado límite, se reducirán en 0,10 puntos porcentuales para cada tramo adicional de mil millones de pesetas de cuota, siendo, por lo tanto, del 0,05% el tipo aplicable a los tramos que excedan de once mil millones de pesetas.
2. Los beneficios de las sociedades a las que, por ser de aplicación el régimen de transparencia fiscal, sean imputados a sus socios, integrarán las bases de los mismos a efectos del recurso cameral permanente en la forma en que corresponda a su carácter de personas físicas o jurídicas.

En resumen, el recurso se calcula en base al IAE, al IRPF o al Impuesto de Sociedades, de la siguiente manera:

- Impuesto sobre Actividades Económicas (en adelante IAE): base del cálculo para aquellas empresas que no se encuentran exentas de este impuesto. Es un 2% de la tarifa del IAE, con carácter general.
- Impuesto de Sociedades: Es la base del cálculo para las empresas exentas del IAE y que estén obligadas a declarar el Impuesto de Sociedades. En este caso es un porcentaje sobre la Base Imponible, en el caso de Canarias, es la Base Imponible previa a la aplicación de la RIC (Reserva para Inversión en Canarias).
- Impuesto sobre la Renta IRPF: Es la base para el calculo de la cuota de los autónomos, es un 0.15% de los rendimientos netos positivos que han obtenido por actividades empresariales.

II. APLICACIÓN A LOS DESPACHOS DE ABOGADOS

Desde la entrada en vigor de la Ley 3/1993, se plantearon numerosos litigios ante los Tribunales por parte de profesionales o empresarios que consideraban que su actividad no estaba incluida en el ámbito definido por el ya citado artículo 6, y que por tanto se encontraban exentos del pago del recurso cameral permanente. Con carácter general, los tribunales (tanto económico-administrativos como contencioso-administrativos) fallaron a favor de las Cámaras, y obligaron por tanto a los demandantes al pago del recurso cameral. En este sentido, es muy relevante el hecho de que el Tribunal Constitucional, en la STC 107/1996, de 12 de junio, declarase constitucionales los artículos 6, 12 y 13 de la Ley 3/1993, de

22 de marzo, básica de las cámaras oficiales de comercio, industria y navegación, que establecían la adscripción obligatoria a las Cámaras de aquéllos que cumplieran los requisitos establecidos por la Ley.

La citada sentencia de 12 de junio de 1996, dictada en respuesta a la cuestión de inconstitucionalidad promovida por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, establece la constitucionalidad de la adscripción obligatoria en base a que "*la afiliación obligatoria a los entes corporativos se justifica, en lo que ahora importa, por las características de los fines de interés público que se persigan y de las que ha de resultar, cuando menos, la dificultad de obtener tales fines sin recurrir a aquella afiliación*". Y, según el Alto Tribunal, esos fines de interés público no podían alcanzarse de otra manera, y así "*se justifica la asunción por las Cámaras de las funciones públicas que les atribuye «ante la imposibilidad de que fuesen desarrolladas eficazmente por una multiplicidad de asociaciones representativas de intereses muchas veces contrapuestos»*"

Esta sentencia contó con el voto discrepante del Magistrado D. Álvaro Rodríguez Bereijo, a la sazón Presidente del Tribunal Constitucional; voto al que se adhirieron otros tres magistrados:

> *"Estimo que esta adscripción contraviene el derecho a la libertad de asociación consagrado en el art. 22 C.E., pues las funciones y fines públicos que tienen encomendados por la Ley ahora cuestionada son insuficientes para legitimar o justificar la restricción de un derecho fundamental de libertad para no asociarse (libertad negativa de asociación, art. 22 C.E.), que es trasunto del principio general de libertad, «valor superior» del ordenamiento, consagrado en el art. 1.1 de la Constitución, que encuentra en el libre desarrollo de la personalidad el fundamento de su orden político (art. 10.1 C.E.)"*
> *"En aplicación de esta doctrina constitucional, fundada en el art. 22.1 C.E., hemos declarado la inconstitucionalidad parcial de la legislación de Cataluña sobre Cámaras agrarias (una legislación, sea dicho de pasada, también posconstitucional y democrática como la ahora cuestionada de 1993), la derogación por inconstitucionalidad sobrevenida de la normativa estatal preconstitucional sobre dichas Cámaras y, también, la de la legislación sobre las Cámaras Oficiales de la Propiedad Urbana".*

Esta tendencia jurisprudencial ha experimentado un vuelco sustancial tras la Sentencia de 17 de julio de 2006 del Tribunal Constitucional (STC 225/2006), la cual en esencia hace suyos los argumentos del voto particular formulado por D. Álvaro Rodríguez Bereijo.

En la demanda de amparo se imputaba a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid núm. 1769, de 5 de diciembre de 2001, una vulneración del derecho de asociación del demandante de amparo, en su dimensión negativa de derecho a no asociarse (art. 22.1 CE), al obligar a los profesionales liberales que ejercieran su actividad a través de personas jurídicas, a pertenecer a la Cámara Oficial de Comercio e Industria correspondiente. En el caso sometido al TC la actividad del recurrente era profesional y no de carácter comercial por lo que,

según la demanda, se vulneraba su derecho fundamental de asociación, al obligársele a pertenecer a la Cámara y a contribuir a su sostenimiento cuando, en realidad, la propia Cámara le hacía la competencia en su actividad profesional de asesoramiento (como se desprende expresamente del inciso final del art. 2.3 de la Ley 3/1993). El recurrente aducía, además, que la naturaleza de su actividad quedaba patente en su declaración del IRPF, en la que tributaba como un profesional liberal y no como un comerciante por los rendimientos obtenidos de sus sociedades, sin que cambiase la naturaleza de su actividad profesional el que la realizase a través de una o varias personas jurídicas. No obstante, la Cámara de Comercio no le consideraba un profesional sino un comerciante y en base a esta opinión se veía obligado a pertenecer a la misma y a pagar el recurso cameral.

En el caso citado, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, a la vista de la amplitud de fines previstos en los estatutos de ambas sociedades y teniendo en cuenta que esas actividades no se prestaban exclusivamente por los socios, sino también con medios ajenos y mediante la participación en otras sociedades, había considerado que las actividades realizadas por el recurrente excedían de las actividades profesionales que le hubieran permitido no ser elector de conformidad con lo dispuesto en el art. 6.2, segundo párrafo, de la Ley 3/1993, de 22 de marzo. Consideraba la sentencia del TSJ de Madrid, recurrida en amparo, que las mencionadas sociedades no se dedicaban únicamente al ejercicio de profesiones liberales a través de sus socios, sino que realizaban asimismo tareas de mediación, gestión y prestación de servicios, "lo que comporta la ordenación por cuenta propia de medios de producción y de recursos humanos, o de uno de ambos, con la finalidad de intervenir en la distribución de servicios" (Sentencia de 5 de diciembre de 2001 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, FJ 2)

Frente a esta postura, el Tribunal Constitucional, teniendo en cuenta la naturaleza profesional de la actividad realizada por el recurrente, y considerando instrumental el dato de que se realizase a través de dos sociedades que tributaban en régimen de transparencia fiscal, consideró que la Sentencia de 5 de diciembre de 2001 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid llevaba a cabo una interpretación restrictiva de la exclusión contenida en el art. 6.2 de la Ley 3/1993, de 22 de marzo, respecto de las profesiones liberales, y prescindía del carácter excepcional que debe de tener la adscripción forzosa a las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación respecto del principio general de libertad como valor superior del ordenamiento jurídico ex art. 1.1 CE (STC 107/1996, de 12 de junio, FJ 4). El carácter excepcional de la adscripción obligatoria a estas Corporaciones de Derecho público, sostiene el TC, conlleva una interpretación de las excepciones legalmente previstas (el tan citado art. 6.2, segundo párrafo de la Ley 3/1993, de 22 de marzo) que debe de ser, si no amplia, sí al menos no restrictiva de las actividades excluidas del pago del recurso cameral.

En base a estos fundamentos, el TC falló que la Sentencia de 5 de diciembre de 2001 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que anuló la Resolución de 25 de junio de 1998 del Tribunal Económico-Administrativo de Madrid sobre la no obligada adscripción del recurrente a la Cámara de Comercio e Industria de Madrid, vulneró el derecho fundamental de asociación del recurrente, en su vertiente negativa de derecho a no asociarse (art. 22 CE).

Por consiguiente, tras esta sentencia del TC parece claro que los profesionales liberales, realicen éstos su actividad como personas físicas o a través de instrumentos societarios, están incluidos en el ámbito de exclusión de la adscripción forzosa a las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación ya que el ámbito de esta exclusión no debe en ningún caso ser interpretado de forma restrictiva tras este pronunciamiento del Tribunal Constitucional.

Por otra parte cabe destacar que desde la publicación de la citada sentencia del Tribunal Constitucional, las salas de lo Contencioso de los Tribunales Superiores de Justicia, así como la del Tribunal Supremo, han venido ajustando sus resoluciones a la nueva doctrina emanada del Tribunal Constitucional, fallando que no están sujetas al pago del recurso cameral las personas físicas o jurídicas que no se encuadran claramente en la categoría de electores fijada en la Ley 3/1993.

Así, valgan como botón de muestra las sentencias del Tribunal Supremo STS 3724/1009, de 30 de abril de 2009; STS 5833/2008, de 3 de octubre de 2008; o STS 4297/2008, de 15 de julio de 2008; en todas las cuales se desestima la pretensión de la representación procesal de las Cámaras de extender la condición de electores a, por ejemplo, "*sociedades mercantiles sujetas al Impuesto sobre Actividades Económicas, aunque en la definición de su objeto social se mencione la prestación de servicios*".

En la primera de las sentencias citada, STS 3724/1009, de 30 de abril de 2009, la empresa Eurobureau S.A. presentó reclamación económico-administrativa ante el Tribunal Económico-Administrativo Regional de Madrid contra la liquidación del recurso cameral permanente correspondiente al ejercicio 1999. El TEAR, por resolución de 24 de junio de 2002, estimó la reclamación y anuló la liquidación girada al entender que el reclamante, al encuadrarse su actividad en el epígrafe 842 del IAE (servicios financieros y contables), quedaba excluido de la condición de elector de las Cámaras de Comercio en aplicación de lo dispuesto en el artículo 6.2, párrafo 3º de la Ley 3/1993, de 22 de marzo. La Cámara de Madrid, disconforme con esta resolución, acudió al Tribunal Superior de Justicia de Madrid, el cual por sentencia de fecha 15 de septiembre de 2006 desestimó el recurso presentado, fundamentando su fallo de la siguiente manera:

> CUARTO.– Dados los términos en que la actora plantea el recurso se trata de determinar si la entidad emplazada como codemandada a la que se giró la liquidación

> del recurso cameral permanente del ejercicio de 1999 sobre la cuota líquida del Impuesto sobre Actividades Económicas Eurobureau, S.A. tiene la condición de elector de las cámaras oficiales de comercio, industria y navegación y por tanto si se haya obligada al pago de dicho recurso cameral permanente.
> El criterio de la condición de elector y de obligado al pago del recurso cameral permanente de las sociedades de profesionales liberales cuando, por la amplitud de su objeto social, su ámbito de actuación excede de mero ejercicio o desarrollo de tales profesiones por sus socios, ha sido mantenido respecto de la sociedad Eurobureau SA en las sentencias estimatorias números 1586 de 19 de junio de 2002, recaída en el recurso 1441/99 y 1585 de 17 de diciembre de 2003, dictada en el recurso 865/2001.
> No obstante lo anterior, se impone un necesario cambio de criterio por aplicación de la doctrina del Tribunal Constitucional expresada en la sentencia de 17 de julio de 2006, recaída en el recurso de amparo número 149/2002, en la que se estima que, a pesar de la amplitud del objeto social (se trataba del socio de una sociedad en régimen de transparencia fiscal dedicada a la prestación con medios propios a ajenos de servicios profesionales de asesoramiento y apoyo a la gestión sobre materias tributarias económicas y jurídicas de forma directa o mediante la realización de investigación y publicaciones o la participación en otras sociedades, muy similar al objeto social de la entidad Eurobureau SA), había de estarse a la "naturaleza profesional de la actividad" y "no llevar a cabo una interpretación restrictiva de la excepción legal a favor de las profesiones liberales establecida por el artículo 6.2.2 de la Ley 3/1993 de 22 de marzo, sin tener en cuenta el carácter excepcional de la adscripción forzosa a las Cámaras frente al principio general de libertad como valor superior del ordenamiento que conlleva una interpretación de las excepciones, sino amplia, si, al menos, no restrictiva de las actividades excluidas del pago del recurso cameral.

Nuevamente disconforme, la Cámara acudió al Tribunal Supremo, interponiendo recurso de casación en interés de Ley, y solicitando que se acogiese su tesis según la cual "*en nuestro ordenamiento vigente no pueden acogerse a la excepción contemplada para las profesiones liberales en el artículo 6.2 de la Ley 3/1993, Básica de las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación, las sociedades mercantiles, aunque en la definición de su objeto social se mencione la prestación de servicios profesionales*". Tanto la Abogacía del Estado como la Fiscalía entendieron que el recurso presentado por la representación procesal de la Cámara de Comercio e Industria de Madrid debía ser desestimado, postura que fue acogida por la Sala, al entender que no cabía en modo alguno rectificar la doctrinal del Tribunal Constitucional, establecida en la tan mencionada sentencia de 16 de julio de 2006.

En la segunda sentencia citada, STS 5833/2008, de 3 de octubre de 2008, el supuesto de hecho es diferente, ya que en esta ocasión el Tribunal Económico-Administrativo Regional de Cataluña desestimó, con fecha 6 de marzo de 2003, la reclamación económico-administrativa presentada por la empresa Alfa Gamma S.A. contra la liquidación del recurso cameral permanente correspondiente al ejercicio 2000, argumentando que "*actualmente la doctrina mercantil ha superado*

el concepto estricto de actos de comercio como actos en masa realizados por los comerciantes y mercaderes, para dar entrada al concepto jurídico de empresa como conjunto organizado de factores de producción que concurre a un mercado de productos, bienes y servicios —en general—, es decir, no estrictamente para ofrecer y demandar mercaderías." Con base a ello, y aún reconociendo que la reclamante prestaba servicios a terceros que pueden rozar los cometidos de determinadas profesiones, se afirmaba el carácter de electora de aquella, pues *"estamos esencialmente ante una actividad o actividades de servicio constitutivas de empresa que, entendemos, están plenamente incluidas en el antes citado artículo 6º de la Ley 3/93, sin que quepa aplicar ninguna de las excepciones tipificadas en la norma...*".

La empresa Alfa Gamma S.A. interpuso recurso ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, la cual con fecha 18 de diciembre de 2006 estimó el recurso y anuló tanto la resolución del TEAR como la liquidación del recurso cameral, fundamentando su fallo en que:

> SEGUNDO.– Esta Sala venía desestimando este tipo de recursos por entender, en definitiva, que se trataba de supuestos incardinables en el art. 6 de la Ley de Cámaras, pero debe rectificar tal interpretación a la vista de la reciente sentencia del Tribunal Constitucional 225/2006, de 17 de julio, que concede el amparo solicitado reconociendo a la recurrente su derecho de asociación en su vertiente negativa, como derecho a no asociarse (art. 22 de la Constitución), y anulando la sentencia dictada por una Sala de lo Contencioso que confirmó la liquidación cameral.

La Cámara de Comercio, Industria y Navegación de Barcelona presentó ante el Tribunal Supremo recurso de casación en interés de Ley contra la citada sentencia del TSJ de Cataluña, recurso que fue desestimado por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo al entender que no cabía en modo alguno rectificar la doctrinal del Tribunal Constitucional, establecida por sentencia de 16 de julio de 2006.

En la tercera sentencia citada, STS 4297/2008, de 15 de julio de 2008, nuevamente el TEAR de Madrid estimó la reclamación económico-administrativa contra la liquidación del recurso cameral, presentada por la empresa Arthur Andersen Asesores Legales y Tributarios y Cía, dedicada a la asesoría. Posteriormente, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid desestimó el recurso interpuesto por la Cámara de Comercio e Industria de Madrid, fundamentando su fallo en la STC de 16 de julio de 2006. Finalmente, el Tribunal Supremo vuelve a desestimar el recurso de casación en interés de Ley presentado por la Cámara, por idénticos motivos a los esgrimidos en los casos anteriormente citados.

Valga igualmente como ejemplo del cambio de criterio de los Tribunales, en este caso de los Superiores de Justicia, la reciente sentencia de la Sala de lo Contencioso del de Madrid, que con fecha 3 de marzo de 2010, en su sentencia 2382/2010, fundamenta su fallo de la siguiente manera:

CUARTO: El objeto social de la entidad ASCOM ASESORÍA SERVICIOS, S.L., según se desprende del art. 2 de los estatutos, cuya copia ha sido aportada mediante certificación del Registro Mercantil, consiste en lo siguiente: "La sociedad tiene por objeto la prestación de servicios de asesoría de empresas en materia económica, contable, jurídica, fiscal, de comunicación, de administración y servicios auxiliares. Podrá desarrollar estas actividades de forma directa, pero también de forma indirecta, mediante su participación en otras sociedades mercantiles con objeto idéntico o análogo. Quedan excluidas del objeto social las actividades propias de las compañías sometidas a la ley reguladora del mercado de valores y cualesquiera otras sometidas a régimen legal especial" Además, dicha sociedad está dada de alta en el Impuesto sobre Actividades Económicas, epígrafe 841, "servicios jurídicos"

Esta Sala en reiteradas sentencias entendió que en estos casos, la descripción del objeto social excedía del mero ejercicio de una actividad profesional a través de los socios que la integraban, incluyéndose labores comerciales, de mediación, que iban más allá del límite negativo o exclusión del art. 6.2 y 3 de la Ley 3/93.

QUINTO: Ahora bien, la sentencia del Tribunal Constitucional nº 225/2006 de 17 de julio, recurso de amparo 149/2002, en un caso prácticamente idéntico al aquí enjuiciado, estimó la pretensión del particular al considerar que el órgano judicial realizó una interpretación restrictiva del art. 6.2 párr. segundo L 3/1993, de 22 marzo al considerar que las actividades prestadas por las sociedades en las que participaba el demandante excedían de las actividades profesionales excluidas del recurso cameral, reconociendo su derecho "a de asociación en su vertiente negativa, como derecho a no asociarse".

SÉPTIMO: En el caso debatido en este recurso concurre una sustancial similitud, pues tanto del objeto social como del epígrafe del Impuesto sobre Actividades Económicas en el que está inscrita la sociedad cuestionada en este recurso, se deduce la naturaleza preponderantemente profesional. En consecuencia, dada la sustancial similitud entre los supuestos analizados en este proceso y en el que fue objeto de la sentencia del Tribunal Constitucional, la Sala se vio obligada a modificar el criterio que vino manteniendo en estos casos, lo que conduce a la desestimación del presente recurso.

Se trataba, en este caso, de una empresa dedicada al asesoramiento y a los servicios jurídicos. El TSJM, tras la sentencia del TC, modifica su criterio para declarar exenta a esta empresa del pago del recurso cameral.

Merece la pena citar, por último, la Sentencia 1986/2010 de la Sala de lo Contencioso del TSJM de fecha 24 de febrero de 2010, que declara al despacho de abogados CREMADES CALVO SOTELO ABOGADOS, S.L. exento del pago del recurso cameral permanente en aplicación de la ya reiterada doctrina del Tribunal Constitucional.

CONCLUSIONES

Con base en lo anterior y a modo de conclusión, puede sentarse que tras la STC 225/2006, de 17 de julio, las sociedades que se dedican al desempeño de actividades que no puedan incluirse claramente entre las de industria, comercio y navegación no son electoras de las Cámaras de Comercio, y no están por tanto

sujetas al pago del recurso cameral. En particular, las sociedades dedicadas a la prestación de servicios profesionales, entre ellos el ejercicio de la Abogacía, están exentas de este pago, y así está siendo reconocido por los Tribunales.

Por consiguiente, parece claro que la pauta de comportamiento de estas empresas, ante la indebida liquidación del recurso cameral permanente, debe ser presentar la oportuna reclamación económico-administrativa ante el Tribunal Económico Administrativo Regional correspondiente, fundamentando su reclamación en el carácter no restrictivo que ha de darse a las excepciones incluidas en el artículo 6 de la Ley 3/1993, Básica de las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación, según doctrina del Tribunal Constitucional establecida en sentencia de 16 de julio de 2006, que considera que una interpretación restrictiva de dicha norma lesiona el derecho constitucional a la libertad de asociación (o de no asociarse). Igualmente, la reclamación debe fundamentarse en la nueva tendencia jurisprudencial surgida tras la sentencia del Alto Tribunal, y de la que son claro botón de muestra las que se han citado en este informe.

Informe nº 11/2011

La regulación de la función de "lobby" por los despachos de abogados en la Unión Europea

Lobby es un término anglosajón que hace referencia a la actividad dirigida a influir en la toma de decisiones políticas y legislativas en función de los intereses de determinados grupos de personas, instituciones o empresas. El origen del término se debe, según parece, al lobby del Hotel Willard de Washington, al cual acudía con asiduidad el Presidente Ulysses S. Grant, y que se encontraba frecuentado por representantes de diferentes grupos de interés, los cuales trataban de acceder al Presidente aprovechando su presencia allí.

La defensa de intereses personales, colectivos o empresariales mediante la actividad de lobby tiene una amplia tradición en los Estados Unidos, donde hunde sus raíces en el "derecho de pedir - *right to petition*", introducido en la Constitución de los Estados Unidos a través de su Primera Enmienda. Es por ello que el ejercicio del lobby está ampliamente regulado en los Estados Unidos, donde se han ido promulgando diversas normas que, en esencia, se encuentran orientadas a un objetivo de transparencia, de manera que la actividad del lobby sea conocida y reconocida, la identidad del grupo de interés al que representa sea pública, y sus relaciones con los altos cargos de los poderes ejecutivo y legislativo se rijan por una normas éticas. El número, cada vez mayor, de altos cargos que pasan en un momento de sus carreras a la actividad de lobby, para incluso volver a la Administración posteriormente, en un mecanismo conocido como *revolving door*, ha provocado un endurecimiento de las incompatibilidades impuestas a los cargos de la Administración. Así, en el primer día de su mandato, el Presidente Barack Obama firmó la orden ejecutiva titulada *Ethics Commitments By Executive Branch Personnel*[1], la cual establece entre otras cosas que los cargos públicos deben asumir por escrito los siguientes compromisos:

- Prohibición de aceptar regalos de lobbies.
- "*Revolving door*". Los cargos públicos se abstendrán de participar en actividades de lobby durante los dos años siguientes a su salida de la Administración.
- Los lobbistas registrados que pasen a trabajar para la Administración no podrán intervenir en las áreas de interés de los lobbies para los que tra-

---

[1] http://www.whitehouse.gov/issues/ethics/

bajaban durante los dos años siguientes a su incorporación a la Administración. Esta prohibición será extensiva a quienes hubiesen desarrollado actividades de lobby en algún momento durante los dos años anteriores a su incorporación a la Administración.

- Los cargos públicos que abandonen la Administración asumirán, durante los dos años siguientes a su desvinculación, la restricción de sus contactos, conforme lo estipulado en la sección 207(c) del título 18 del United States Code, con la institución pública para la que trabajaban y con los empleados de ésta.
- Adicionalmente, los cargos públicos que abandonen la Administración se comprometen a no desarrollar actividades de lobby por el resto de la legislatura.
- Los lobbies son institucionalmente aceptados en los Estados Unidos[2], y sus ejercientes han de estar inscritos en los registros establecidos al efecto, existiendo una prolija regulación destinada a fijar las condiciones en la que los lobbies pueden desarrollar su labor. No obstante, esto no ha evitado la corrupción y el escándalo en las relaciones entre los lobbies y la Administración, siendo el reciente caso de Jack Abramoff, enviado a prisión por corromper a altos cargos, uno de los más conocidos.

En Europa, los lobbies no han sido institucionalmente reconocidos y, por tanto, regulados, hasta hace relativamente poco, pese a que vienen desarrollando una intensa labor en el ámbito de la Unión Europea, donde se estima que hay más de 15.000 lobbistas con residencia en Bruselas, y más de 2.500 oficinas permanentes en la capital belga que representan intereses de grupos concretos. El pasado 11 de mayo de 2011, el Parlamento y la Comisión Europea suscribieron un acuerdo[3] para la creación de un registro conjunto, denominado *Transparency Register*[4]. Aunque inicialmente limitado a estas dos instituciones europeas, el acuerdo abre el Registro al resto de instituciones y organismos de la Unión, animándoles a incorporarse al mismo. Todas las organizaciones que desarrollen una actividad de representación o defensa de intereses tienen la obligación de inscri-

---

[2] Manteniendo siempre el estricto régimen de incompatibilidades expuesto, del que merece la pena destacar que extiende sus efectos a cualquier actividad de lobby, mientras que en España los cargos públicos son incompatibles para trabajar en empresas sobre cuyo sector tuvieron capacidad de decisión, pero paradójicamente sí pueden trabajar en fundaciones o asociaciones empresariales, que son precisamente los vehículos habituales para el ejercicio del lobby.

[3] http://europa.eu/transparency-register/pdf/agreement-transparency-register_en.pdf.

[4] http://europa.eu/transparency-register/index_en.htm.

birse en el Registro, aportado la información requerida, la cual pasa a ser pública y consultable a través de la página web del Registro.

El Anexo I del acuerdo establece las categorías de lobbies contempladas:

"Transparency Register"

Organisations and self-employed individuals engaged in EU policy-making and policy implementation

Sections		Characteristics/remarks
I - Professional consultancies/law firms/self-employed consultants		
Subsection	Professional consultancies	Firms carrying on, pursuant to contract, activities involving lobbying, promotion, public affairs and relations with public authorities
Subsection	Law firms	Law firms carrying on, pursuant to contract, activities involving lobbying, promotion, public affairs and relations with public authorities
Subsection	Self-employed consultants	Self-employed consultants or lawyers carrying on, pursuant to contract, activities involving lobbying, promotion, public affairs and relations with public authorities
II - In-house lobbyists and trade/professional associations		
Subsection	Companies & groups	Companies or groups of companies (with or without legal status) carrying on in-house, for their own account, activities involving lobbying, promotion, public affairs and relations with public authorities
Subsection	Trade, business & professional associations	
Subsection	Trade unions	
Subsection	Other similar organisations	
III - Non-governmental organisations		
Subsection	Non-governmental organisations, platforms and networks and similar.	Not-for-profit organisations (with or without legal status), independent from public authorities, political parties or commercial organisations. Includes foundations, charities, etc.
IV - Think tanks, research and academic institutions		
Subsection	Think tanks and research institutions	Specialised think tanks and research institutions dealing with the activities and policies of the European Union
Subsection	Academic institutions	Institutions whose primary purpose is education but that deal with the activities and policies of the European Union
V - Organisations representing churches and religious communities		NB: Churches themselves are not concerned by the register.
Subsection	Organisations representing churches and religious communities	Legal entities, offices or networks set up for representation activities
VI - Organisations representing local, regional and municipal authorities, other public or mixed entities, etc.		NB: Public authorities themselves are not concerned by the register.
Subsection	Local, regional and municipal authorities (at sub-national level)	Legal entities, representation offices, associations or networks set up to represent local, regional and municipal authorities (at sub-national level)
Subsection	Other public or mixed entities, etc.	Includes other organisations with public or mixed (public/private) status.

Como puede verse, la sección I incluye específicamente a los despachos de abogados "*law firms*", que desempeñan tareas de lobby, relaciones con la Administración o promoción de intereses de sus clientes.

El Anexo II, por su parte, recoge la información que ha de ser aportada al Registro, y que será accesible al público a través de éste. En resumen, dicha información incluye la identificación del lobby, los ámbitos y áreas en las que desempeña su labor, las iniciativas legislativas sobre las que han desarrollado su actividad de lobby, los ingresos anuales derivados de la actividad de lobby, así como la eventual financiación pública recibida de la Unión Europea. Por consiguiente, los despachos de abogados que desarrollen o pretendan desarrollar una actividad de lobby en Bruselas tienen que darse de alta en el Registro a través de su web[5], y aportar los datos citados.

Los lobbies registrados disponen de acceso a las instalaciones del Parlamento y la Comisión para poder desarrollar su labor, la cual siempre deberá regirse por el código de conducta aprobado por el Registro e incorporado al ya citado acuerdo entre Parlamento y Comisión:

CÓDIGO DE CONDUCTA

En sus relaciones con las instituciones de la UE, miembros, directivos y otro personal, los agentes registrados:

a) Se identificarán por su nombre y entidades para las que trabajan o a las que representan. Igualmente, declararán qué intereses y objetivos defienden así como los clientes a los que representan.

b) No obtendrán o tratarán de obtener información, pronunciamientos o decisiones mediante presión indebida o comportamiento inapropiado.

c) En sus tratos con terceros no pretenderán mantener relaciones con instituciones de la Unión Europea, ni llevarán a equívocos a terceros ni a empleados o representantes de instituciones de la Unión.

d) Se asegurarán de la información que faciliten al registro es correcta, completa y se encuentra actualizada.

e) No venderán a terceros copias de documentación obtenida de las instituciones de la Unión.

---

5 http://ec.europa.eu/transparencyregister/public/ri/registering.do?locale=en#en.

f) No inducirán al personal de las instituciones de la Unión, cualquiera que sea su cargo o nivel jerárquico, a desarrollar comportamientos y conductas contrarios a los códigos éticos a los que este personal se encuentra sujeto.

g) En el caso de que contraten a personas que hayan desempeñado previamente una actividad profesional en el seno de las instituciones de la Unión, no inducirán a estas personas a violar sus obligaciones de confidencialidad en relación a los asuntos que hubiesen conocido por razón de su empleo.

h) Informarán a sus clientes y representados de sus obligaciones en relación a las instituciones de la Unión, y en particular de este código de conducta.

El apartado a) del código de conducta es el que incide en la transparencia, al exigir a todos los lobbies que expongan abiertamente qué intereses representan y qué objetivos persiguen en nombre de qué clientes. El incumplimiento del código de conducta puede dar lugar a sanciones que, en el peor de los casos, pueden conllevar la exclusión del Registro y la prohibición de acceder a las instalaciones del Parlamento Europeo por un periodo de dos años.

En España la actividad de los lobbies y grupos de presión carece de regulación específica. Así, el documento del Parlamento Europeo de 2003 "*Lobbying in the european union: current rules and practices*"[6], despachaba el caso español con un escueto "*Spain: There are no rules governing the activity or registration of pressure groups*", que contrastaba vivamente con el nivel de detalle dedicado al Reino Unido o Alemania, por ejemplo.

La actividad de lobby, como mecanismo de expresión y defensa de los intereses de personas o de organizaciones, es legítima, y constituye un mecanismo de expresión de la Sociedad Civil y de participación de ésta en la conformación de las políticas públicas y de la legislación. Sin embargo, para que esta actividad se desarrolle en términos de igualdad entre todos los actores interesados, y para que los decisores públicos dispongan de la posibilidad de contrastar los opiniones e intereses de todos los agentes de la Sociedad Civil concernidos por una determinada medida o norma, es imprescindible establecer mecanismos de transparencia y participación que regulen la actuación de los lobbies y que eviten la eventual monopolización de la actividad por algunos agentes que consigan primar sus intereses mediante la exclusión de otros grupos. Igualmente, es esencial articular sistemas que eviten y penalicen aquellas prácticas no éticas tanto de los lobbies como de los cargos públicos a los que aquellos tienen acceso.

Para conseguir todo lo anterior, medidas como los registros públicos recientemente implantados en la Unión Europea resultan de utilidad, y sería de esperar

---

6 http://ec.europa.eu/civil_society/interest_groups/docs/workingdocparl.pdf.

que este tipo de regulación vaya haciéndose un sitio también a nivel nacional, dada la inexistencia de normativa española específica para los lobbies y sus relaciones con los poderes públicos.

Informe nº 12/2011

El tratamiento jurídico-procesal de las situaciones de maternidad y paternidad concurrentes en las abogadas y abogados que ejerzan la defensa procesal

Se ha solicitado informe acerca del tratamiento jurídico-procesal de las situaciones de maternidad y paternidad concurrentes en las abogadas y abogados que ejerzan la defensa procesal y en particular si resulta necesaria una modificación normativa para dar una tutela más efectiva de tales situaciones en el marco del proceso en los que participen aquéllos. En particular, el informe se centra en la suficiencia de la reforma que en el régimen de suspensión de vistas del proceso civil ha introducido la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres, contemplando la situación jurídica de maternidad o paternidad de la abogada o del abogado de una de las partes como causa de suspensión de las vistas.

Cumple al respecto informar cuanto sigue:

ANTECEDENTES

I. LA PROTECCIÓN DE LA MATERNIDAD Y PATERNIDAD: ALGUNAS CONSIDERACIONES GENERALES

Se trata de una situación no controvertida la necesidad de protección de la que goza una mujer o un hombre por la concurrencia de la situación de maternidad/paternidad. Esta protección ha pasado por diferentes estadios, desde su asimilación a la situación enfermedad común, hasta su constitución autónoma como objeto de protección —a partir de la Ley 3/1989, de 3 de marzo—.

En el orden internacional son numerosos los Tratados y Convenios que han regulado la protección sobre la maternidad, entre los que cabe subrayar el Convenio nº 103 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), sobre protección de la maternidad —revisado en 1952 y ratificado el 20 de agosto de 1966—; así como la Carta Social Europea —hecha en Turín en 1961—, en la que se declara que las trabajadoras, en caso de maternidad, tienen derecho a una protección especial en su trabajo, concretándose un descanso mínimo de al menos doce semanas.

En la Unión Europea también se ha reconocido la situación de maternidad, en particular a través de dos Directivas, la 92/85/CEE, de 19 de octubre, sobre aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia; y la 96/34/CE, del Consejo, de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo Marco sobre permiso parental.

Asimismo, más recientemente se ha venido también reconociendo normativamente la situación de paternidad para ofrecer una cobertura social ante tal contingencia, proporcionando un reconocimiento similar, desde el punto de vista cualitativo, a los hombres.

I. LA MATERNIDAD Y PATERNIDAD DE ABOGADAS Y ABOGADOS COMO SUPUESTO DE HECHO DE NORMAS PROCESALES

Desde el punto de vista procesal, la concurrencia de la situación de maternidad o la de paternidad de las abogadas o abogados no se ha recogido expresamente hasta la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de igualdad efectiva de mujeres y hombres, que ha procedido a regular de modo expreso el tratamiento procesal de esa maternidad o paternidad de abogadas y abogados, introduciendo una modificación en la Ley de Enjuiciamiento Civil en cuanto al régimen de suspensión de las vistas, contemplando como motivo de la misma tales situaciones.

Dicha reforma se ha operado por la disposición adicional quinta, apartado dos, de la mencionada Ley Orgánica, bajo la rúbrica "*Modificaciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil*" y en la que se ha establecido que *"se modifica el supuesto 5 del apartado 1 del artículo 133 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que quedará redactado del siguiente modo":*

> *"5. Por muerte, enfermedad o imposibilidad absoluta o baja por maternidad o paternidad del abogado de la parte que pidiere la suspensión, justificadas suficientemente, a juicio del Tribunal, siempre que tales hechos se hubiesen producido cuando ya no fuera posible solicitar nuevo señalamiento conforme a lo dispuesto en el artículo 183, siempre que se garantice el derecho a la tutela judicial efectiva y no se cause indefensión*[1]*".*

---

[1] Se ha de tener en consideración que tras la Ley **13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial,** el tenor literal del precepto es el siguiente: "*Por muerte, enfermedad o imposibilidad absoluta o baja por maternidad o paternidad del abogado de la parte que pidiere la suspensión, justificadas suficientemente, a juicio del Secretario judicial, siempre que tales hechos se hubiesen producido cuando ya no fuera posible solicitar nuevo señalamiento conforme a lo dispuesto en el artículo 183, siempre que se garantice el derecho a la tutela judicial efectiva y no se cause indefensión".*

Igualmente, serán equiparables a los supuestos anteriores y con los mismos requisitos, otras situaciones análogas previstas en otros sistemas de previsión social y por el mismo tiempo por el que se otorgue la baja y la prestación de los permisos previstos en la legislación de la Seguridad Social".

El objeto principal del presente informe es el análisis de dicha reforma a la luz de la normativa procesal, a efectos de determinar si supone suficiente protección de las abogadas y abogados en los que concurran las mencionadas situaciones o resulta necesaria una modificación más intensa y profunda.

Procede formular al respecto las siguientes

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

I. LA INSTITUCIÓN QUE VIENE AFECTADA POR LA PROTECCIÓN EN SEDE PROCESAL DE LA MATERNIDAD Y PATERNIDAD: LA SUSPENSIÓN DE LAS VISTAS EN EL PROCESO CIVIL

La Ley Orgánica 3/2007 ha supuesto un notable avance en las condiciones sociales y personales de la mujer, al modificar, entre otros muchos aspectos, el régimen de suspensión de las vistas previsto en el artículo 188.5º LEC con el fin de introducir una nueva causa de suspensión: la maternidad de la abogada o la paternidad del abogado. El legislador ha optado por introducir tal reconocimiento y consecuente protección en el que es, sin duda alguna, el acto procesal en el que la situación maternidad o paternidad puede afectar de un modo más directo el desempeño de sus funciones por parte de las abogadas y abogados, esto es, la vista o juicio.

En relación con las crisis de las vistas, la suspensión es una de las dos instituciones que pueden dar lugar a la paralización del proceso (a otra sería la interrupción de la vista). En este caso se trata de la paralización formal del proceso con carácter previo al acto procesal/vista por un acto del Secretario Judicial (se supone que con forma de Decreto, aunque la norma no precisa tal extremo), de oficio o a instancia de parte y por causas establecidas previamente en la ley o por voluntad de ambas partes.

La institución de la suspensión tiene una consideración excepcional y su aplicación debe ser apreciada en términos sumamente restrictivos. Esto es consecuencia del principio de ordenación de oficio del procedimiento ("*...el órgano jurisdiccional dará de oficio al proceso el curso que corresponda...*" —art. 179.1 LEC—) que determina la sucesión ininterrumpida de los trámites previstos en la Ley procesal para cada uno de los distintos tipos de procedimiento.

Consecuencia de ello es que el proceso civil únicamente puede suspenderse cuando lo establezca de modo expreso la Ley o por voluntad expresa de las partes. Se trata de los supuestos de la suspensión en casos de transmisión del objeto litigioso (art. 17 LEC), convencional (art. 19), por prejudicialidad penal (art. 40 LEC), como consecuencia de la interposición y tramitación de la declinatoria (art. 64 LEC), acumulación de procesos (arts. 84 y 95 LEC), abstención del juez o magistrado (art. 102 LEC) y planteamiento de cuestiones incidentales de previo pronunciamiento (art. 390 LEC). Por otra parte, la suspensión está prolijamente desarrollada en sede de ejecución —arts. 565 LEC y siguientes—, si bien en este proceso la institución presenta unos perfiles netamente diferenciados.

En el caso de las vistas —acto procesal de naturaleza oral en el que están presentes los representantes y defensores de las partes y los miembros del órgano judicial— la alteración en su correcto desarrollo está regulada en los arts. 188 y 193 LEC, que prevén las dos instituciones antes citadas, la suspensión y la interrupción. La suspensión de las vistas es aquella institución que recoge la imposibilidad de celebración de la vista en el término previsto, contraponiéndose a la interrupción que determina la imposibilidad de prosecución de la vista ya iniciada —"...una vez iniciada la celebración de la vista"—.

Las causas que determinan la suspensión están previstas en el art. 188 LEC, que establece una serie de causas tasadas para considerarse imposible la celebración de la vista el día señalado, diseñadas bajo el concepto de fuerza mayor que impide celebrar el acto programado.

Las causas de suspensión de las vistas hasta la promulgación de la Ley Orgánica de Igualdad han sido las siguientes:

- La existencia de una vista pendiente desde el día anterior; la imposibilidad por parte del órgano jurisdiccional, que puede concretarse en la ausencia del número de magistrados necesarios para dictar sentencia o indisposición del juez o secretario, sin que quepa sustitución.
- El acuerdo de las partes mediando justa causa, que deberá ser apreciada por el tribunal, debiéndose interpretar que tal control debe realizarse con los mismos criterios previstos en el régimen general de suspensión convencional, es decir, el perjuicio para el interés general o para terceros.
- La imposibilidad de las partes que deben comparecer para ser interrogadas, siempre que no se hubiese podido acudir a la institución del nuevo señalamiento de juicio; la imposibilidad atinente al abogado de la parte que pida la suspensión (se citan como causas la muerte, enfermedad, imposibilidad absoluta, permiso por maternidad o paternidad, o situación análoga prevista en otros regímenes de previsión social).

– La duplicidad de señalamientos para uno de los abogados, habiéndose intentado el aplazamiento por la vía del art. 183 LEC (en estos supuestos se da preferencia al proceso penal en el que esté decretada una medida cautelar de privación de libertad para el imputado o, en su defecto, al proceso en el que se hubiere producido el señalamiento con anterioridad)

– Por último, se incluye una cláusula residual que implica, lo que es obvio resultando incluso redundante, la suspensión de las vistas cuando se haya adoptado la suspensión del proceso —curso de las actuaciones— o la suspensión cuando así lo establezca la Ley —remisión a otros supuestos expresamente previstos en la normativa—.

Otra posibilidad que también implica la suspensión de la vista y su aplazamiento para un momento posterior es la prevista en el art. 183 LEC bajo la rúbrica "*Solicitud de nuevo señalamiento de vista*". En este caso, a pesar de que la consecuencia es la misma que la denominada suspensión del art. 188 LEC, es decir, la no celebración de la vista en el día previsto, las causas que se establecen son más generales y la discrecionalidad del órgano jurisdiccional para su apreciación más amplia. Así, se alude a la imposibilidad de asistencia a la vista para cualquiera de los que debieran acudir —entre los que deben incluirse los abogados y procuradores de las partes y todas aquellas personas que debieran participar en la misma: partes, testigos y peritos— por causa de fuerza mayor u otro motivo de análoga entidad (que podría ser perfectamente la maternidad de la abogada) como razón o causa para señalar nuevo señalamiento o, un enigmático, "*...resolución del tribunal que atienda a la situación*".

Un aspecto destacable en relación con el presente informe es el referente a la duración de la suspensión, toda vez que el art. 189 de la LEC supedita el señalamiento de nueva fecha para la vista a la desaparición del motivo que la ocasionó, por lo que aquélla dependerá de las circunstancias que se den en cada caso concreto. El citado precepto establece lo siguiente:

> *"Artículo 189. Nuevo señalamiento de las vistas suspendidas.*
> *1. En caso de suspensión de la vista el Secretario judicial hará el nuevo señalamiento al acordarse la suspensión y, si no fuere posible, tan pronto como desaparezca el motivo que la ocasionó.*
> *2. El nuevo señalamiento se hará para el día más inmediato posible, sin alterar el orden de los que ya estuvieren hechos".*

II. LA SITUACIÓN DE MATERNIDAD O PATERNIDAD COMO CAUSA DE SUSPENSIÓN DE LAS VISTAS: LOS ÁMBITOS OBJETIVO Y SUBJETIVO DE LA PROTECCIÓN DE LAS ABOGADAS Y ABOGADOS EN DICHA SITUACIÓN

La LEC, tras la reforma introducida por la Ley Orgánica de Igualdad en su art. 188.5º, establece como causa de suspensión de las vistas la *"baja por maternidad o paternidad del abogado de la parte que pidiere la suspensión"*, situación a la que asimila en cuanto a la generación de efectos suspensivos *"otras situaciones análogas previstas en otros sistemas de previsión social y por el mismo tiempo por el que se otorgue la baja y la prestación de los permisos previstos en la legislación de la Seguridad Social"*.

Esta previsión es una concreción para el ámbito procesal del principio general consagrado en el art. 14 de la Ley Orgánica de Igualdad, en el que se establece como criterio general de actuación de los poderes públicos la protección de la maternidad, con especial atención a la asunción por la sociedad de los efectos derivados del embarazo, parto y lactancia. En este caso se manifiesta dicha protección de la maternidad en los efectos que puede tener para la abogada de una de las partes de un proceso y su imposibilidad de ejercer correctamente su función ante la concurrencia de esa situación.

Así, en el supuesto del art. 188 LEC, se configura como un auténtico derecho de las abogadas y abogados, siendo en este caso un derecho que trasciende de la órbita meramente formal —como un derecho procesal— y se convierte en un derecho de carácter global. El deber correlativo del Secretario Judicial es el de acordar la suspensión y realizar un nuevo señalamiento. En este caso nos encontramos ante una potestad reglada, pues el control se limita a la apreciación de la circunstancia de maternidad y la inexistencia de fraude de ley.

Los términos previos a la Ley Orgánica de Igualdad que presentaba el art. 188.5º LEC describían un presupuesto genérico basado en la *"imposibilidad absoluta del abogado de la parte que pidiere la suspensión"*. Se trataba de un tenor genérico que admitía la consideración como causa de suspensión de las vistas de la situación de maternidad a través de su subsunción en dichos términos, si bien es cierto que tal tratamiento procesal de la maternidad estaba a expensas de la interpretación que en cada incidente de suspensión realizase el órgano jurisdiccional. Sólo si el órgano jurisdiccional, en dicho momento de vigencia, ante el que se solicitaba la suspensión realizaba una interpretación flexible e integradora con otros sectores del ordenamiento jurídico —en particular las normas laborales que tratan la contingencia en particular— se concretaba la posibilidad de subsumir o asimilar la maternidad/paternidad en los presupuestos previstos en el art. 188.5º LEC.

A. Supuesto de hecho: situación de "baja por maternidad o paternidad" y "otras situaciones análogas"

El supuesto de hecho de la nueva causa de suspensión está integrado por conceptos jurídicos cuyo significado es necesario desentrañar acudiendo a las normas que regulan tales realidades. Se trata de *"baja por maternidad o paternidad"* y *"otras situaciones análogas previstas en otros sistemas de previsión social"*. En la medida en que las situaciones análogas lo son en relación a la situación de maternidad o paternidad, deben delimitarse las mismas.

En primer lugar, hay que destacar la falta de técnica en la previsión legal, dado que el término *"baja por maternidad"* pertenece más al lenguaje coloquial que a los términos jurídicos de tratamiento de esa situación, que debería ser más bien *"suspensión por maternidad"*. El art. 45 del Estatuto de los Trabajadores (ET) establece que el contrato de trabajo podrá suspenderse por *"maternidad"* y *"paternidad"*. Básicamente, la duración de la suspensión del contrato como consecuencia de la maternidad tiene una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas, ampliables en el supuesto de parto múltiple en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo; mientras que en el caso de la paternidad la duración de la suspensión es de trece días ininterrumpidos, ampliables en caso de parto múltiple en dos días por cada hijo. No obstante, se ha de tener en cuenta el contenido de los arts. 48 y 48 bis ET, en los que se concreta la duración y cómputo del período de suspensión en caso de maternidad/paternidad, lo que está sometido a una importante casuística que es extrapolable por completo para dotar de contenido a la mención del art. 188.5º LEC y que viene a complicar notablemente el régimen de suspensión de las vistas por esta causa.

En cuanto a las situaciones que ampara la protección por maternidad —lo que será relevante no tanto a efectos de integrar el concepto "***baja por maternidad***" como el de "***otras situaciones análogas***"— son la maternidad, paternidad, adopción, acogimiento familiar tanto preadoptivo como permanente, así como aquellas instituciones jurídicas declaradas por resoluciones judiciales o administrativas extranjeras cuya finalidad y efectos jurídicos sean los previstos para la adopción y acogimiento preadoptivo o permanente, cualquiera que sea su denominación. En fin, todas las situaciones descritas en el ámbito previsto en el Real Decreto 1251/2001, de 16 de noviembre, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad y riesgo durante el embarazo.

B. Ámbito subjetivo: "suspensión del contrato por maternidad o paternidad" o "situaciones análogas previstas en otros medios de previsión social"

En relación con el ámbito subjetivo de la institución nos encontramos con cierta confusión que viene generada por el contenido del precepto de la LEC. Es cierto que la determinación de tal ámbito no genera problema alguno en el caso de que la abogada/abogado se encuentre en situación de alta en uno de los regímenes de la Seguridad Social, pues tal es el caso al que se refiere el primer párrafo del vigente art. 188.5º LEC —*"baja por maternidad o paternidad del abogado de la parte"*—, lo que incluye tanto el Régimen General de Seguridad Social como el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos.

Ningún problema debe plantearse para considerar que dentro del segundo párrafo del precepto, el relativo a *"otras situaciones análogas previstas en otros sistemas de previsión social"*, puede entenderse incluida la Mutualidad General de la Abogacía, entre otras cosas porque el art. 13.d) del Estatuto General de la Abogacía Española —aprobado mediante Real Decreto 658/2001, de 22 de junio— prevé como uno de los requisitos necesarios para incorporarse a un Colegio de Abogados la formalización del *"ingreso en la Mutualidad General de la Abogacía, Mutualidad de Previsión Social a prima fija o, en su caso, en el Régimen de Seguridad Social que corresponda de acuerdo con la legislación vigente"*. Ahora bien, esto puede implicar alguna exigencia interpretativa, propiciada porque esos "*sistemas de previsión legal*", es decir, la Mutualidad, no tienen previsto ningún tipo de "*situación análoga*" a la que ampara la "*baja por maternidad*". Es cierto que el art. 15 del Real Decreto sobre mutualidades de previsión social, reiterado por el art. 10 de los Estatutos de la Mutualidad de la Abogacía, regula la situación de maternidad como uno de los riesgos que podrán cubrir tales entidades, pero no deja de ser una posibilidad que por ahora la Mutualidad de la Abogacía no ha recogido. En consecuencia, las "*circunstancias análogas*" a las que se refiere el art. 188.5º LEC se encuentran previstas con carácter voluntario para la abogada, no estando previstas estrictamente en "*otros sistemas de previsión social*".

Lo comentado, siempre partiendo de que el presupuesto de la suspensión es la propia situación de maternidad/paternidad en sí misma, aboca a una interpretación del art. 188.5º. II LEC en el sentido de resolver la suspensión cuando la abogada/abogado se encuentre en situación de maternidad/paternidad, con independencia de que tenga o no cobertura social de tal situación. Ésa y no otra parece ser la intención del legislador, sin que sea preciso realizar modificación alguna para contemplar dentro del precepto y del ámbito de protección procesal a cualquier abogada o abogado en situación de maternidad, con independencia de cuál sea la cobertura social de tal situación, si es que la tiene.

C. Ámbito objetivo de la protección

En cuanto al ámbito objetivo de la suspensión, la LEC no ofrece más que un apunte que ayuda a realizar la delimitación desde el punto de vista negativo, al introducir en el primer apartado del art. 188.5º LEC la salvedad referente a *"que se garantice el derecho a la tutela judicial efectiva y no se cause indefensión"*. Así, la suspensión se producirá en el marco de aquellos procesos siempre que el Secretario Judicial no estime que se produce esa situación de indefensión, lo que ocurriría cuando el perjuicio procesal que se genere sea mayor que el beneficio que se proporciona con la medida. Debe entenderse que tal mención supone una cláusula de salvaguarda para evitar situaciones extraordinarias o fraudulentas, en las que la protección de la situación de maternidad o paternidad debiera ceder ante los bienes jurídicos citados. En todo caso, no parece que pueda resultar un óbice para proporcionar una efectiva protección de las situaciones amparadas en el precepto.

Por otra parte, la suspensión puede hacerse efectiva en cualquier tipo de proceso y de modo autónomo a la existencia del presupuesto de postulación establecido en el art. 31 LEC. Por otra parte, si la parte, aún no exigiéndolo la Ley —lo que sucederá en los juicios verbales con cuantía inferior a 900 euros (ex arts. 23 y 31)— ha optado por la asistencia letrada, no se le puede privar de tal opción si su abogado/abogada se encuentra en situación de maternidad, debiendo en este punto suspenderse la vista del art. 433 de la LEC.

D. Forma y procedimiento para suspender el proceso

Desde el punto de vista formal, la abogada deberá remitir solicitud de suspensión alegando la situación de maternidad. La solicitud se realizará por escrito con tiempo suficiente para que se produzca un nuevo señalamiento y su comunicación a las partes. En definitiva, la abogada deberá solicitar la suspensión tan pronto como tenga conocimiento de la coincidencia de las dos circunstancias: su maternidad y la vista/juicio. Esto puede suceder en el momento de señalamiento de la vista o en el momento de la maternidad. En este punto cabe aplicar lo dicho sobre la causa prevista en el art. 188.5º LEC, en cuanto a la necesidad de solicitar nuevo señalamiento si el hecho que provoca la imposibilidad se produjo con tiempo suficiente. En ningún caso el hecho de no pedir nuevo señalamiento de vista y solicitar la suspensión en un momento cercano como para no poder realizar ese señalamiento y notificárselo a las partes debe generar como consecuencia la no suspensión de la vista, por lo tanto —a salvo los supuestos de mala fe acreditada— no resulta aplicable la previsión del art. 183 LEC. Descartando la responsabilidad interna en la relación jurídica cliente-abogado, la única relevancia que tendrá en esta relación será el destino final de las costas, o la parte de

costas que englobe los gastos generales por la comparecencia de todos los sujetos en la vista de un modo infructífero.

Junto a la solicitud de suspensión de la vista se aportará el documento acreditativo de la situación de maternidad. En caso de que se produzca la *"baja por maternidad"* se aportará el documento de la Seguridad Social que acredite tal situación. Si la situación se produce en un régimen de protección social diferente al de Seguridad Social, deberán aportarse los documentos que acrediten la situación de maternidad o análoga. En ambos supuestos lo lógico sería aportar el informe de maternidad, que se encuentra regulado en el art. 12 del Real Decreto 251/2001, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad y riesgo durante el embarazo, en el que constan los datos más relevantes referentes al parto (básicamente fecha del mismo, fecha probable o estado de salud de la mujer). En caso de tratarse de una circunstancia análoga a la maternidad se aportará la resolución administrativa o judicial por la que se establezca la filiación o similar.

Tras la solicitud no parece necesaria la audiencia de la parte contraria, sino que el Secretario Judicial procederá a adoptar la decisión que estime adecuada. En este caso, acreditada la situación de maternidad/paternidad el Secretario Judicial deberá suspender la vista y proceder a su señalamiento para una fecha posterior, al menos, en dieciséis semanas al parto.

III. LA APLICACIÓN SUPLETORIA DEL RÉGIMEN DE PROTECCIÓN PROCESAL DE LA MATERNIDAD Y PATERNIDAD A OTROS ÓRDENES JURISDICCIONALES

La Ley Orgánica de Igualdad, de un modo un tanto sorprendente (o no tanto), se olvida del resto de procesos en los también es preceptiva la intervención de abogado, lo que deja margen para dos opciones: el legislador ha fiado el régimen de suspensión a la supletoriedad de la LEC o limita la protección procesal de la situación de maternidad al proceso civil. Es obvio que la solución ha de ser la primera, lo que viene propiciado, por una parte, por el espíritu de la propia Ley Orgánica de Igualdad —no podemos olvidar los principios generales de su art. 14, que en su apartado 7 establece como un criterio de actuación de los poderes públicos la protección de la maternidad y la asunción social de los efectos del parto—, que exige un tratamiento procesal global de la situación, no limitado únicamente al proceso civil; y por otra, por la discriminación que se introduciría de no ser así, dado que los abogados que intervienen en el resto de procesos no civiles también pueden verse sometidos a esta situación.

A. Proceso penal

En el caso de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a pesar de que se enumeran específicamente las causas de suspensión, si se interpreta la causa que hace referencia a la enfermedad del abogado (art. 746.4 de la LECr) a la luz del art. 188.5º LEC y de la Ley Orgánica de Igualdad hay que considerar que se puede y se debe considerar como tal la situación de maternidad/paternidad.

No obstante, la posible suspensión del proceso penal debe conllevar una previa ponderación de intereses y derechos contrapuestos, los de la abogada y la parte a la que presta sus servicios, por una parte, y los de aquellos sujetos procesales que puedan resultar afectados por el contenido del auto de suspensión o por la no suspensión. Con carácter general y desde la lógica jurídica, podemos enumerar que los factores determinantes son:

- Que la maternidad afecte a la abogada defensora o la de la parte acusadora,
- Que en el marco del proceso penal se han adoptado medidas cautelares de carácter personal, en cuyo caso una suspensión del Juicio supondría una alargamiento de las mismas, por lo que es completamente descartable con la sola excepción en que sea la abogada defensora la afectada y se muestre la voluntad de suspender a pesar de la concurrencia de la medida cautelar.
- Que la suspensión implique la superación del plazo máximo de la prisión provisional y ésta deba ser alzada antes de que concluya la suspensión. En definitiva, al contrario de lo que sucede en el proceso civil en el marco del cual la suspensión se produce *"ope legis"*, en el caso del proceso penal la casuística manda y deberá ser el órgano jurisdiccional el que previa ponderación de las circunstancias concurrentes y de los derechos afectados adopte o no la suspensión.

Este régimen es aplicable a cualquier procedimiento penal, incluidos el procedimiento ante el Tribunal del Jurado —ex remisión al régimen general por parte del art. 47 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado— y el juicio de faltas cuando la parte potestativamente comparezca defendida por abogado.

B. Proceso contencioso-administrativo

La aplicación de la protección de la maternidad y paternidad de abogadas y abogados resulta más sencilla en el caso del proceso contencioso-administrativo, pues la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa no contiene previsión de tipo alguno sobre la suspensión de las vistas. Únicamente, en otro orden de cosas, establece en sede de ejecución la imposibilidad de suspender la ejecución —art. 105.1 LJCA—, pero esta mención poco o nada tiene que

ver con la suspensión de vistas, siendo más un residuo histórico por el tradicional privilegio administrativo de suspender la eficacia de las sentencias. Como decíamos, la laguna jurídica existente en la LJCA propicia la aplicación supletoria, ex disposición final primera de la propia LJCA y art. 4 de la LEC, de los preceptos reguladores de la suspensión en el proceso civil en los mismos términos previstos para el proceso civil.

C. Proceso laboral o social

El caso del proceso laboral es particular, pues aunque existe un régimen específico de suspensión del juicio, previsto en el art. 83 de la Ley del Procedimiento Laboral, que recoge la suspensión convencional y legal, el tenor deja un importante vacío legal dado que sólo se expone que la suspensión se decretará "*por motivos justificados*", sin que establezcan o especifiquen causas concretas de suspensión. La práctica forense determina que tal ausencia se suple mediante la introducción, de modo supletorio, de las causas generales de suspensión de las vistas previstas en el art. 188 de la LEC.

Ahora bien, la LPL, aunque no establece las causas de suspensión, sí establece un límite de diez días hasta el nuevo señalamiento de la vista, pudiéndose prorrogar —si la causa persiste— por un segundo plazo, aunque en este caso la Ley no establece la duración de la nueva suspensión —*"Excepcionalmente y por circunstancias graves adecuadamente probadas, podrá acordarse una segunda suspensión"*—. Sería sencillo aplicar de modo estricto la LEC, en general, y la Ley Orgánica de Igualdad, en particular, pues lo que la LPL contiene es una regulación específica, que provoca una laguna legal en el término "***motivos específicos***" y que hace necesario el recurso a la normativa supletoria para ser colmada con el fin de concretar cuáles son tales "***motivos***".

Esto se soluciona en condiciones normales con la LEC. El espíritu de la LPL es el no retraso del proceso, de ahí que no permita suspensiones de más de 10 días, por lo que haciendo una interpretación compositiva con esa *"ratio legis"*, hay que concluir que la prórroga de la suspensión no debería superar los diez días. La realidad muestra que resultaría incompatible la duración de dieciséis semanas de la suspensión con la celeridad del proceso laboral, en tanto en cuanto la duración del mismo tiene efectos sobre la relación jurídico-sustantiva (salarios de tramitación, ampliación de conflictos colectivos, interpretación de convenios, etc.), de ahí que se limite notablemente la posibilidad de suspender el proceso. Por otra parte, la previsión expresa de los diez días iniciales resultaría un tanto absurda si la prórroga pudiese superar el mismo plazo justificándose en las mismas causas o en la falta de desaparición de las mismas, por ello lo propio sería condicionar la duración de la suspensión a la de la causa.

Este planteamiento de la suspensión en el procedimiento laboral lo hace prácticamente incompatible, desde un punto de vista meramente cuantitativo, con la suspensión por maternidad, que se prolonga durante dieciséis semanas un lapso temporal muy superior al de los 20 días —apenas tres semanas— por las que se puede prolongar la suspensión en el proceso laboral.

No obstante, esa suspensión de 20 días al menos puede resultar un plazo suficiente para que la abogada o el abogado puedan arbitrar una solución que resulte menos traumática que la celebración de la vista en la fecha señalada, aunque sea el mero hecho de, por el transcurso del tiempo y si el parto estuviese cercano, observar una leve mejoría física que, quizás, le permita asistir a la vista.

D. Otros procesos

En el marco de otros procesos, como los tramitados ante el Tribunal Constitucional o el Tribunal de Cuentas no existen excesivos problemas para aplicar la LEC, pues son las propias leyes especiales las que se remiten de modo expreso a la regulación procesal general para los aspectos procedimentales, entre los que debe incluirse todo lo relativo a la celebración de las vistas.

En el caso de los procesos constitucionales el artículo 81 de la Ley Orgánica 2/1979, del Tribunal Constitucional, exige la defensa letrada a cargo de abogado para la comparecencia de las partes, aunque el problema objeto de este informe no deja de ser anecdótico, como lo es la posibilidad de que se celebre vista, con la única excepción de la previsión genérica del art. 85.3 LOTC —apartado añadido en la reciente reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional operada por Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo—.

IV. LA APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DE PROTECCIÓN DE LA MATERNIDAD Y PATERNIDAD A OTROS ACTOS PROCESALES

Al igual que nos hemos referido a la suspensión por maternidad en otros procesos no civiles se hace necesario preguntarse por la aplicación del contenido de la Ley Orgánica de Igualdad a los actos de carácter escrito sometidos a plazo o a término, dado que la Ley no establece de modo expreso efecto alguno que la situación de maternidad pueda generar sobre los mismos, cuando la situación de maternidad puede afectar igualmente a la abogada que deba ejercer funciones en el marco de tales lapsos temporales.

Para analizar la cuestión debe partirse de dos premisas: por una parte, tan amparable es la función que el abogado debe desarrollar de modo oral en una vista como las que puede desarrollar de modo escrito durante un plazo o término;

por otra, es notablemente más complicado regular los efectos sobre los plazos que sobre las vistas —de ahí que el legislador haya comenzado por otorgar protección expresa a la maternidad en el ámbito de las vistas y haya prescindido de la posible alteración que pudiesen generar para los plazos—, por lo que arbitrar una solución se torna complicado.

La primera de las premisas se asienta en que el hecho de comparecer en una vista de modo personal resulta prácticamente anecdótico, más aún cuando en ocasiones —siempre desde la óptica de la abogada en situación de maternidad— resulta tan o más complicado y dificultoso la función o actividad que se debe desarrollar en el plazo que la función que debe desarrollarse en la vista. Son innumerables los ejemplos que podríamos ofrecer de actos de carácter escrito que son más complicados y entrañan una dedicación mayor que la participación en muchas de las vistas que se celebran.

La segunda premisa se deriva de la comparación misma entre la regulación de la suspensión en el marco de las vistas y del resto de actuaciones procesales. En el primer supuesto es más sencillo tener en cuenta determinadas circunstancias y posponer, sin más, la celebración de la vista oral, que se celebra en un momento puntual sin más repercusiones sobre el resto de actos procesales; pero tal sencillez se torna notable complicación cuando de lo que se trata es de regular los efectos de tales circunstancias sobre los plazos y términos, en la medida en que una posible suspensión de los mismos implicaría la alteración notable de cómputo —que se tornaría diabólica— y una afectación global del proceso en la medida en que supondría la paralización de todos los plazos o cómputos y de los consiguientes trámites.

Los caracteres con que la Ley configura los plazos procesales apuntan a una negativa a cualquier extensión de la protección de la maternidad en el ámbito de los plazos o términos. En efecto, los plazos referidos a actuaciones en las que participan abogados son propios —por lo que su consumición genera el efecto preclusivo que impide la realización de la conducta procesal ceñida a plazo—, legales —su duración viene fijada por la propia Ley, por lo que ni por vía convencional ni por vía judicial la misma puede ser alterada— y, sobre todo, improrrogables —es la regla general prevista en el art. 134 LEC sólo exceptuable cuando expresamente lo prevea la Ley—. Este panorama estrecha notablemente la posibilidad de aplicación analógica de la suspensión de las vistas a los plazos. No sólo eso, sino que hace prácticamente imposible su articulación legal de un modo que resulta sencillo de transponer a la práctica procesal.

No obstante, sí existe —como excepción a la configuración general determinada por esos tres caracteres— un precepto en el que se podría amparar la interrupción y consiguiente aplazamiento y prórroga de los plazos procesales, basándose en una causa lo suficientemente difusa como para poder subsumir

en la misma el espíritu de la Ley Orgánica de Igualdad. Se trata del art. 134.2 LEC que permite la interrupción de plazos y la demora de los términos en caso de *"fuerza mayor que impida cumplirlos"*. El presupuesto de hecho relevante es la concurrencia de una circunstancia que impida al titular del derecho de defensa o facultad dimanante del mismo la utilización del lapso temporal fijado por la norma correspondiente. A pesar de que del examen de la previsión de la fuerza mayor y otras circunstancias análogas no se puede extraer una conclusión definitiva en cuanto a que la situación de maternidad/paternidad de la abogada/abogado que ejerce la defensa técnica de una de las partes en un determinado proceso pueda ser considerada una de tales circunstancias, sí cabría una interpretación amplia que permita al Secretario Judicial adoptar una decisión favorable al respecto.

En principio, esa interpretación del término fuerza mayor permitiría la aplicación art. 134.2 LEC a los supuestos de maternidad de la abogada y considerar los mismos como uno de esos casos en los que las actuaciones procesales que se deben ejercitar en un determinado plazo no puedan cumplirse y vayan a precluir como consecuencia de la fuerza mayor. Esto es posible si entendemos que se trata de una norma de cierre del sistema, válida para cualquier plazo y actuación procesal en cualquier fase procedimental.

En definitiva, se trata de un precepto que supone o implica el tratamiento de la fuerza mayor a través de su puesta de manifiesto con el transcurso del plazo correspondiente a los efectos de que el mismo sea suspendido y aplazado su cómputo hasta el momento en que desaparezca la circunstancia obstativa. Por otra parte, la discrecionalidad del Secretario Judicial en la adopción de la decisión y en el contenido de la consecuencia jurídica de la maternidad parece la única forma de dar una solución al problema, en la medida en que es prácticamente imposible prever una solución expresa en la propia normativa.

Todo lo expuesto implica que la regulación actual es suficiente para la protección de la maternidad y paternidad en el ámbito del proceso, no requiriéndose ninguna reforma al respecto.

CONCLUSIONES

Primera. La maternidad y paternidad de abogadas y abogados —lo que se extiende a otras circunstancias análogas— constituyen el supuesto de hecho de una norma que aplica como consecuencia jurídica la suspensión de las vistas en el proceso civil, introducida en la Ley de Enjuiciamiento Civil (artículo 188.1.5) por la Ley Orgánica 3/2007 para la efectiva igualdad de mujeres y hombres.

Segunda. La suspensión del proceso (vistas/juicios) puede aplicarse, no sólo en los supuestos en los que efectivamente la abogada o abogado se beneficie de la prestación por maternidad o paternidad dentro del sistema público de Seguridad Social, sino también cuando se encuentre afiliada/o a la Mutualidad de la Abogacía.

Tercera. La norma que ampara la situación de maternidad y paternidad de abogadas y abogados tiene naturaleza de norma procesal general y supletoria del ordenamiento jurídico procesal, pudiendo aplicarse con carácter general al resto de procesos. Existen limitaciones a la aplicación de la protección —por la propia naturaleza de los litigios o por determinadas circunstancias procesales— en el marco de los procesos penal y laboral, si bien se trata de situaciones que no parece que pudieran obviarse aún previéndolo expresamente la Ley.

Cuarta. El tenor del art. 188.1.5 LEC permite incluso considerar la posibilidad de extender el ámbito de protección a los actos procesales de carácter escrito, si bien se trata de una circunstancia que depende puramente de la voluntad interpretativa del Secretario Judicial (que tiene la competencia para resolver sobre las suspensiones tras la reforma operada en la LEC para la implantación de la Oficina Judicial) y del modo en que éste aplique la correspondiente consecuencia jurídica, que podría ser la suspensión de plazos y la paralización total del proceso.

Quinta. La regulación actual es suficiente para la protección de la maternidad y paternidad en el ámbito del proceso, no requiriéndose ninguna reforma al respecto.

Informe nº 13/2011

Los requisitos exigibles para el acceso a la abogacía en España por parte de súbditos de Estados miembros de la Unión Europea

Se pretende analizar cuáles son las posibilidades al alcance de los Colegios de Abogados y del Consejo General de la Abogacía Española para ejercer un cierto control sobre el conocimiento del derecho español y el consiguiente conocimiento del idioma a los efectos de limitar la incorporación de pleno derecho a los Colegios de Abogados de quienes no puedan acreditar de manera suficiente estos requisitos. El asunto en particular se ha planteado en relación con el ejercicio de la profesión en España por súbditos italianos cuyo conocimiento del ordenamiento y el idioma podrían resultar insuficientes para garantizar los derechos fundamentales de sus defendidos. Pero lo cierto es que no se puede descartar que se plantee el mismo problema con respecto a súbditos de otros países de la Unión Europea.

En atención al objeto de este informe se limitarán las consideraciones a los ciudadanos de la Unión Europea o el Espacio Económico Europeo[1], descartando las relativas al resto de los ciudadanos extranjeros. Por la misma razón no es preciso el estudio detenido de los sistemas previstos para el ejercicio ocasional, que tienen su regulación en la Directiva 77/249/CEE del Consejo, de 22 de marzo de 1977, dirigida a facilitar el ejercicio efectivo de la libre prestación de servicios por los abogados y sus disposiciones de transposición y desarrollo[2].

---

1 Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Chipre, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Países Bajos (Holanda), Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa, Rumania y Suecia. Los países miembros del Espacio Económico Europeo (EEE) son, además de los citados, Islandia, Liechtenstein y Noruega.

2 Real Decreto 607/1986, de 21 de marzo, de desarrollo de la Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas de 22 de marzo de 1977, encaminada a facilitar el ejercicio efectivo de la libre prestación de servicios de los Abogados.

I. EL ACCESO AL EJERCICIO DE LA PROFESIÓN EN ESPAÑA Y EN ITALIA EN EL MOMENTO ACTUAL

Conviene partir de una descripción, siquiera breve, de los sistemas de acceso a la Abogacía en los dos países y las diferencias que existen entre ellos.

En España, en el momento actual, el acceso a la profesión de abogado se encuentra sujeto a dos únicos requisitos, el primero, la acreditación de la superación de los correspondientes estudios de Licenciatura o Grado[3]. El segundo es la colegiación. La entrada en vigor de la Ley 34/2006, de 30 de octubre, sobre el acceso a las profesiones de Abogado y Procurador de los Tribunales, que afectará sustancialmente al sistema, está prevista para el 31 de octubre de 2011.

La colegiación es obligatoria para poder ejercer la Abogacía en España, mediante un sistema de incorporación a un solo Colegio de Abogados que permite el ejercicio en todo el territorio. En este sentido, dispone el Estatuto General de la Abogacía Española, aprobado por Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, que:

> *"Artículo 11.*
> *Para el ejercicio de la abogacía es obligatoria la colegiación en un Colegio de Abogados, salvo en los casos determinados expresamente por la Ley o por este Estatuto General. Bastará la incorporación a un solo Colegio, que será el del domicilio profesional único o principal, para ejercer en todo el territorio del Estado".*

En Italia el sistema resulta considerablemente más complejo. Para el ejercicio de la profesión en Italia es precisa la superación de los estudios profesionales y un posterior Examen de Estado. Las disposiciones esenciales sobre el acceso a la profesión de "avvocato" en Italia y el ejercicio de ésta se encuentran en el Regio Decreto Legge nº 1578, Ordinamento delle professioni di avvocato e procuratore[4].

Según su artículo 17, párrafo primero, para incorporarse a un Colegio de los "avvocati", es necesario:

- ser nacional italiano
- poseer el título de Licenciado en Derecho ("Laurea in Giurisprudenza") expedido o convalidado por una universidad italiana

---

[3] Real Decreto 393/2007, de 29 de octubre, por el que se establece la ordenación de las enseñanzas universitarias oficiales, que sustituye y deroga al Real Decreto 55/2005, de 21 de enero, por el que se establece la estructura de las enseñanzas universitarias y se regulan los estudios universitarios oficiales de Grado.

[4] Real Decreto-ley nº 1578, por el que se aprueba el Estatuto General del "avvocato" y del "procuratore", de 27 de noviembre de 1933 (GURI nº 281, de 5 de diciembre de 1933).

- haber efectuado un período de prácticas ("periodo di pratica") en el despacho de un "avvocato", asistiendo a las vistas en materia civil y penal durante al menos dos años consecutivos, tras la licenciatura, o tras haber desarrollado actividades de representación y defensa ("esercitato il patrocinio"), durante el mismo período, ante los tribunales, y,
- haber aprobado el examen de aptitud para el ejercicio de la profesión.

El requisito de nacionalidad establecido en esta disposición se entiende derogado para los nacionales comunitarios en virtud de la Legge nº 146, Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alla Comunità europea, legge comunitaria 1993[5].

El período de prácticas se regula en el artículo 8 del Decreto-ley nº 1578/33. Los licenciados en Derecho que completen dicho período ("praticanti") son inscritos en un registro especial llevado por la Junta de Gobierno del Colegio de Abogados ante el tribunal en cuyo partido tengan su residencia[6]. Están sujetos al poder disciplinario de dicha Junta de Gobierno.

En virtud del artículo 17, párrafo segundo, del Decreto-ley nº 1578/33, para la inscripción en el registro de los "praticanti" es igualmente necesario estar en posesión del título de Licenciado en Derecho, otorgado o convalidado por una universidad italiana.

A tenor del artículo 8 del Decreto-ley nº 1578/33, transcurrido un año de su inscripción en el registro, con determinados límites y durante un período no superior a seis años, los "praticanti" pueden desarrollar actividades de representación y defensa en los tribunales del distrito correspondiente al ámbito territorial del Colegio de Abogados de que se trate. En materia penal, pueden ser designados "avvocati" de oficio ante los mismos tribunales y con idénticos límites, así

---

5 Ley nº 146, por la que se dictan disposiciones para el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la pertenencia de Italia a la Comunidad Europea; Ley comunitaria de 1993), de 22 de febrero de 1994 (suplemento ordinario de la GURI nº 52, de 4 de marzo de 1994).

6 Sobre este particular véase la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 13 de noviembre de 2003. Christine Morgenbesser contra Consiglio dell'Ordine degli avvocati di Genova. En petición de decisión prejudicial de la Corte suprema di cassazione de Italia se llega a la siguiente conclusión en el asunto C-313/01: "El Derecho comunitario se opone a la negativa por parte de las autoridades de un Estado miembro de inscribir en el registro de las personas que realizan el período de prácticas, necesario para poder incorporarse al Colegio de Abogados, a quien esté en posesión de un título de Licenciado en Derecho obtenido en otro Estado miembro por la mera razón de no tratarse de un título de Licenciado en Derecho expedido, confirmado o convalidado por una universidad del primer Estado".

como ejercer las funciones de fiscal e interponer recursos de apelación como defensores o representantes del Ministerio Fiscal. Se llama "praticanti-patrocinanti" a los praticanti así facultados tras un año de ejercicio de sus actividades ante los tribunales.

El Examen de Aptitud o Examen de Estado incluye una fase escrita cuya superación es imprescindible para acceder a la segunda fase, oral. El Examen, como se recoge en el Decreto Legislativo nº 115/92 tiene como objetivo controlar los conocimientos profesionales y deontológicos del solicitante, así como a evaluar su capacidad para el ejercicio de la profesión. Versará sobre materias elegidas en función de su importancia capital para el ejercicio de la profesión.

El Tribunal se compone de cinco miembros nombrados por el Ministro de Justicia, de los que dos son Magistrados, uno Profesor de Derecho y otros dos Abogados, estos últimos designados por el Consejo Nacional de la Abogacía a propuesta conjunta de los Consejos de los Colegios de la demarcación de que se trate[7]. Si en seis años el "praticante-patrocinanti" no supera el Examen de Estado no será autorizado a proseguir las actividades que ejercía como tal.

El reconocimiento del título de "avvocato" corresponde al Ministero di Grazia e Giustizia, aun cuando las directrices generales para la determinación de los conocimientos precisos son competencia conjunta del Ministro per il Coordinamento delle politiche comunitarie y el Ministro dell' Università e della Ricerca scientifica e tecnologica, previo dictamen del Consiglio di Stato.

Se aprecia, por tanto, con claridad, que la regulación del acceso para el ejercicio de la profesión difiere sustancialmente en los dos sistemas. Esa es la razón por la cual muchos licenciados optan por conseguir el acceso a la profesión de

---

[7] El sistema de acceso italiano ha sido objeto del Auto del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 17 de febrero de 2005 en el caso de Giorgio Emanuele Mauri contra Ministero della Giustizia y Commissione per gli esami di avvocato presso la Corte d'appello di Milano. En petición de decisión prejudicial el Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, Italia, se planteaba si la regulación del acceso a la profesión de abogado no vulneraba el derecho comunitario, en particular en lo que afecta a la presencia de dos abogados (al menos) en ejercicio ante el Tribunal. En el Asunto C-250/03 el Tribunal de Justicia (Sala Segunda) declara:
Los artículos 81 CE, 82 CE y 43 CE no se oponen a una norma, como la prevista en el artículo 22 del Real Decreto Legislativo nº 1578, de 27 de noviembre de 1933, en la versión aplicable en el momento de los hechos del litigio principal, que prevé que en el marco del examen al que está supeditado el acceso a la profesión de abogado el tribunal se componga de cinco miembros nombrados por el Ministro de Justicia, de los que dos son Magistrados, uno Profesor de Derecho y dos Abogados, estos últimos designados por el Consiglio nazionale forense (Consejo Nacional de la Abogacía) a propuesta conjunta de los Consejos de los Colegios de la demarcación de que se trate.

Abogado en España para acreditar sus cualificaciones en su país, evitando el Examen de Estado.

II. LOS SISTEMAS DE RECONOCIMIENTO DE LAS CUALIFICACIONES PROFESIONALES PARA EL EJERCICIO DE LA PROFESIÓN DE ABOGADO Y EL DERECHO COMUNITARIO

La Unión Europea ha tratado de asegurar que la libre prestación de servicios profesionales sea efectiva en el territorio y dictado varias normas en la materia. Por orden cronológico cabe la cita de varias posibilidades, en sistemas expresamente declarados coexistentes por la Unión Europea. Los dos primeros afectan a la libre prestación de servicios, el tercero, al específico ámbito del reconocimiento de las cualificaciones profesionales.

La primera norma en la materia es la Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas de 22 de marzo de 1977, encaminada a facilitar el ejercicio efectivo de la libre prestación de servicios de los Abogados. Fue desarrollada por el Real Decreto 607/1986, de 21 de marzo, y regula el régimen de los llamados Abogados visitantes, a quienes se permite una prestación ocasional de los servicios, siempre y cuando estén establecidos con carácter permanente en los Estados miembros de las Comunidades Europeas (artículo 1). Los Abogados visitantes no podrán abrir despacho en España. Para el caso de Italia la norma se refiere específicamente a los "Avvocati". Se prevé expresamente la actuación concertada con un Abogado inscrito para los supuestos en que sea preceptiva la intervención de Abogado para las actuaciones ante Juzgados o Tribunales o ante Organismos públicos relacionados con el ámbito de la Administración de Justicia o que ejerzan algún tipo de función jurisdiccional, así como para la asistencia, comunicación y visitas con detenidos y presos.

La segunda cita procedente es la del Real Decreto 936/2001, de 3 de agosto, por el que se regula el ejercicio permanente en España de la profesión de abogado con título profesional obtenido en otro Estado miembro de la Unión Europea, que desarrolla la Directiva 98/5/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero, destinada a facilitar el ejercicio permanente de la profesión de abogado en un Estado miembro distinto de aquel en el que se haya obtenido el título. La norma pretende la plena equiparación al Abogado del Estado miembro de acogida, siempre que los profesionales que ejerzan con su título de origen justifiquen una actividad efectiva y regular de una duración mínima de tres años en el Estado miembro de acogida en el ámbito del Derecho de este Estado, incluido el Derecho comunitario. En todo caso, para los nacionales de algún país comunitario o del Espacio Económico Europeo que hayan conseguido las cualificaciones previstas en su ordenamiento, el sistema prevé la posibilidad de ejer-

cicio permanente mediante el reconocimiento del título profesional de origen, siempre que en su país los solicitantes ejerzan la profesión de abogado y están registrados ante la autoridad competente del Estado de origen. En el artículo 11 del Real Decreto 936/2001 se prevé que para determinadas actividades de defensa del cliente, cuando en aplicación de la legislación española sea preceptiva la intervención de abogado para las actuaciones ante Juzgados y Tribunales o ante organismos públicos con funciones jurisdiccionales, así como para la asistencia, comunicación y visitas con detenidos y presos, el abogado inscrito deberá actuar concertadamente con un abogado colegiado en un Colegio español.

Y finalmente, resulta de aplicación el sistema regulado por el Real Decreto 1837/2008, de 8 de noviembre, por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español la Directiva 2005/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, y la Directiva 2006/100/CE, del Consejo, de 20 de noviembre de 2006, relativas al reconocimiento de cualificaciones profesionales, así como a determinados aspectos del ejercicio de la profesión de abogado. A diferencia de los dos sistemas anteriores esta norma tiene por objeto permitir el acceso y ejercicio de una profesión regulada en España, mediante el reconocimiento de las cualificaciones profesionales adquiridas en otro u otros Estados miembros de la Unión Europea, siempre que permitan a su titular ejercer en él la misma profesión (artículo 1).

Y como sustancial diferencia con relación al resto de los sistemas citados es precisa la cita del artículo de la Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales, que dispone:

> *"Artículo 53. Conocimientos lingüísticos. Los beneficiarios del reconocimiento de sus cualificaciones profesionales deberán poseer los conocimientos lingüísticos necesarios para el ejercicio de la profesión en el Estado miembro de acogida".*

En coherencia, el artículo 71 del Real Decreto 1837/2008, de 8 de noviembre, refleja esta previsión, aplicable con carácter general, y dispone:

> *"Artículo 71. Conocimientos lingüísticos.*
> *Las personas beneficiarias del reconocimiento de sus cualificaciones profesionales deberán poseer los conocimientos lingüísticos del idioma castellano y, en su caso, de las otras lenguas oficiales propias de las Comunidades Autónomas, necesarios para el ejercicio de la profesión en España, de acuerdo con la legislación vigente".*

El reconocimiento del título corresponde al Ministerio de Justicia, mediante un sistema de pruebas de admisión, sistema alternativo a la acreditación de la experiencia profesional. Se han convocado pruebas de aptitud para acceder al ejercicio de las profesiones de Abogado y Procurador en España en dos ocasiones, mediante las Resoluciones de 4 de junio de 2009 y 14 de octubre de 2010, de la

Dirección General de Relaciones con la Administración de Justicia. Las pruebas fijadas se desarrollan "*por escrito y en castellano*" (apartado 8 de las Resoluciones).

Como se aprecia, la expansión del derecho comunitario en la materia ha venido acompañada por una mayor precisión en los requisitos exigibles, en particular con respecto al conocimiento del idioma del país donde se pretende el ejercicio de la profesión. Y estas previsiones resultan de aplicación a todas las cualificaciones que se incluyen en el nuevo sistema. Como ejemplo cabe citar la Orden ITC/2505/2010, de 22 de septiembre, por la que se regula el reconocimiento de la cualificación profesional para el ejercicio en España de la actividad de agente de la propiedad industrial a ciudadanos de la Unión Europea, norma que prevé la acreditación del conocimiento de la lengua española (artículo 10.5).

Cuando el aspirante no puede acogerse a ninguno de estos tres sistemas la única vía existente es el acceso a la profesión mediante la homologación de su título universitario con el de Licenciado en Derecho mas el cumplimiento del resto de los requisitos que sean exigibles en España, es decir, en este momento, la colegiación.

III. EL SISTEMA DE HOMOLOGACIÓN DE ESTUDIOS

En el ámbito propio del sistema educativo se encuentra la segunda posibilidad. Para el concreto caso de Italia cabe instar la homologación del Título italiano de "Laurea in Giurisprudenza" por el español de Licenciado en Derecho o, en su caso, de Grado en Derecho.

La regulación vigente se encuentra en el Real Decreto 285/2004, de 20 de febrero, por el que se regulan las condiciones de homologación y convalidación de títulos y estudios extranjeros de educación superior, modificado por el Real Decreto 309/2005, de 18 de marzo[8], desarrollada por la Orden ECI/1519/2006, de 11 de mayo, por la que se establecen los criterios generales para la determinación y realización de los requisitos formativos complementarios previos a la homologación de títulos extranjeros de educación superior.

---

[8] La solicitud de homologación se presentará ante el Ministerio de Educación, junto con las copias de los documentos que acrediten la identidad y nacionalidad del solicitante y la certificación de los estudios, que habrá de incluir la duración oficial, en años académicos, del plan de estudios seguido, las asignaturas cursadas y la carga horaria de cada una de ellas. La resolución corresponde al Servicio de Convalidaciones y Homologación del Ministerio de Educación, que cuenta con un plazo de 6 meses. El silencio administrativo tiene sentido negativo.

La solicitud de homologación se plantea ante el Ministerio de Educación, que puede concederla o supeditarla a una prueba de aptitud. La Orden ECI/1519/2006, de 11 de mayo, prevé que los requisitos formativos complementarios puedan consistir en la superación de una prueba de aptitud, la realización de un periodo de prácticas, la realización de un proyecto o trabajo o la asistencia a cursos tutelados (artículo 2).

Lo habitual es que el dictamen del Consejo de Universidades, tras someter el asunto a la correspondiente Comisión de Expertos en Derecho, establezca como necesaria la superación de esta "Prueba de Conjunto" que permita subsanar las carencias de la formación acreditada por los solicitantes en las específicas materias del Derecho Español que serán necesarias para el ejercicio profesional[9]. El artículo 5 de la misma Orden permite en este caso la libre elección de la universidad española donde se llevarán a cabo los estudios, siempre que tenga totalmente implantados los estudios conducentes a la obtención del título español al cual se refiere la homologación. Y su disposición final primera dispone:

> *"Desarrollo. Se autoriza a la Dirección General de Universidades y a la Secretaria General Técnica del Ministerio de Educación y Ciencia a dictar las instrucciones necesarias para la aplicación de esta orden".*

Ahora bien, en este grupo normativo no se encuentra referencia alguna a las características de la prueba y el idioma en que ha de desarrollarse, a diferencia de lo expuesto en el apartado anterior en relación con las cualificaciones profesionales.

Por lo que se refiere al contenido y rigor de la prueba, el asunto se defiere a la autonomía universitaria, previa verificación del acomodo del plan de estudios con las directrices generales y particulares[10].

Por lo que afecta a las referencias al dominio del idioma tampoco aparecen en el grupo normativo aplicable, encabezado por la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades. No constan en el Real Decreto 1002/2010, de 5 de agosto, sobre expedición de títulos universitarios oficiales, ni en el Real

---

9 La prueba ha de incluir las materias propias de primer y segundo ciclo, entre ellas, Derecho Constitucional (Constitución Española), Derecho Penal, Derecho Administrativo, Derecho Civil, Derecho Procesal y Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

10 Por Decreto 117/1998, de 18 de junio, de la Junta de Castilla y León se autoriza la implantación de determinadas enseñanzas en la Universidad Católica «Santa Teresa de Jesús», de Ávila. Por Decreto 203/2009, de 26 de junio, se regula la autorización de implantación de las enseñanzas universitarias oficiales establecidas por el Real Decreto 1.393/2007, de 29 de octubre, así como la creación, modificación y supresión de centros en las Universidades de la Región de Murcia.

Decreto 393/2007, de 29 de octubre, por el que se establece la ordenación de las enseñanzas universitarias oficiales.

Tampoco existe referencia expresa al conocimiento del idioma en el Real Decreto 1424/1990, de 26 de octubre, por el que se establece el título universitario oficial de Licenciado en Derecho y las directrices generales propias de los planes de estudios conducentes a la obtención de aquél (modificado por el Real Decreto 861/2001, de 20 de julio). Y la razón por la que no aparece esta referencia es, previsiblemente, su obviedad: se da por supuesto que para saber derecho español es necesario conocer el idioma español[11].

IV. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA

De entre las muchas sentencias dictadas en la materia cabe extraer, no sin dificultad, algunas conclusiones. Son dos los aspectos reseñables en lo que afecta al objeto de este informe, por una parte se trata de evaluar la relación entre el ejercicio de la Abogacía y el conocimiento del idioma, asunto en que es precisa la cita de las Sentencias dictadas en el caso del Gran Ducado de Luxemburgo. Por otra, se pueden extraer algunas líneas de razonamiento que permiten delimitar los conceptos de homologación académica y homologación de cualificaciones profesionales.

El Gran Ducado de Luxemburgo presentó recurso de anulación contra la Directiva 98/5/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de febrero de 1998 destinada a facilitar el ejercicio permanente de la profesión de abogado en un Estado miembro distinto de aquel en el que se haya obtenido el título. En el asunto C-168/98 la Sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de noviembre de 2000, determina que "*las situaciones del abogado migrante que ejerce con su título profesional de origen, por un lado, y del abogado que ejerce con el título profesional del Estado miembro de acogida, por otro, no son comparables*" ya que el ámbito de su ejercicio profesional no es el mismo. Los defendidos o consumidores están previamente alertados de la situación, de modo que no se suprime la obligación de conocimiento del Derecho nacional, sino que, en estas circunstancias y con estos límites, cabe dispensar al abogado migrante de "*la justificación previa de dicho conocimiento*". Se entiende que es posible, como alternativa a esta justificación previa del conocimiento, el sometimiento al régimen jurídico completo del estado receptor que incluye una información al consumidor, una serie de limitaciones al alcance o a las formas de ejercicio de determinadas actividades de la profesión, una serie de normas pro-

---

[11] Tampoco se puede descartar que la existencia de varias lenguas oficiales en España aconseje guardar en la materia un respetuoso silencio.

fesionales y deontológicas que deben ser observadas, una obligación de seguro y un régimen disciplinario en el que intervienen las autoridades competentes del Estado miembro de origen y del Estado miembro de acogida.

Hay otras dos Sentencias relevantes en la materia, ambas en relación con Luxemburgo y del año 2006. En el asunto C-193/05, en recurso de la Comisión por incumplimiento del Gran Ducado de Luxemburgo se aclara que no existe la posibilidad de supeditar la prestación de servicios a la acreditación del conocimiento de la lengua o lenguas propia del país. El Gran Ducado había modificado las normas de colegiación incluyendo el siguiente requisito en la Ley de 10 de agosto de 1991: "*dominar la lengua de legislación y las lenguas administrativas y judiciales en el sentido de la Ley de 24 de febrero de 1984, sobre el régimen lingüístico*".

La Sentencia no admite la posibilidad de establecer este requisito con carácter general pero los matices que acompañan a esta conclusión son relevantes. Así se señala que "*la renuncia a un sistema de control previo de los conocimientos, en particular lingüísticos, del abogado europeo está provista, en la Directiva 98/5, de una serie de reglas para garantizar la protección de los justiciables y la buena administración de la justicia a un nivel aceptable en la Comunidad*", de modo que en lo relativo a las actividades de representación y defensa de un cliente ante la justicia, los Estados miembros tienen la facultad de exigir que los abogados europeos que ejerzan con su título profesional de origen actúen concertadamente. Esta cautela permite "*paliar las eventuales insuficiencias del abogado europeo en cuanto al dominio de las lenguas judiciales del Estado miembro de acogida.*" Junto a esta previsión se expone que "*el abogado europeo no sólo tiene el deber de respetar las normas profesionales y deontológicas del Estado miembro de origen, sino igualmente las del Estado miembro de acogida, y ello bajo pena de incurrir en sanciones disciplinarias y en responsabilidad profesional*", que obliga a sancionar disciplinariamente, a quienes se ocupen de asuntos que "*escapan a su competencia, por ejemplo por falta de conocimientos lingüísticos*". La última de las cautelas se refiere a la necesidad de que "*el interesado justifique una actividad efectiva y regular de una duración mínima de tres años en el ámbito del Derecho de dicho Estado miembro*", medida permite al abogado europeo que desee integrarse en la profesión un tiempo suficiente para familiarizarse con la lengua o lenguas de dicho Estado miembro.

La última de las Sentencias relevantes sobre el asunto es la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 19 de septiembre de 2006. Asunto C-506/04, en el caso Graham J. Wilson contra Ordre des avocats du barreau de Luxembourg. El abogado se negó a someterse a la prueba de idiomas. Se reitera la doctrina según la cual el artículo 3 de la Directiva 98/5, se opone a que un Estado miembro supedite a un control previo de conocimientos lingüísticos la inscripción ante la autoridad nacional competente de los abogados que hayan obtenido su título en otro Estado miembro y deseen ejercer con su título profesional de origen, pero añade "*No obstante, esta renuncia a un sistema de control previo de los conocimientos, en*

particular lingüísticos, del abogado europeo está provista, en la Directiva 98/5, de una serie de reglas para garantizar la protección de los justiciables y la buena administración de la justicia a un nivel aceptable en la Comunidad."

Junto a este grupo de Sentencias resulta también necesaria la mención de aquellas en las que se hace referencia a la diferencia entre homologación de títulos académicos y homologación de cualificaciones profesionales. En el asunto C-118/09, en el que Robert Koller pretendía la inscripción en el Colegio de Abogados austriaco tras haber sido inscrito en un Colegio de Abogados español, una vez conseguida la homologación de su título de "Magister" por el de "Licenciado en Derecho" el dato que hace decantarse a la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 22 de diciembre de 2010 es que el Sr. Koller había recibido en España una formación complementaria. Esta formación complementaria, previa a la homologación supone una diferencia fundamental con el asunto C-311/06, resuelto por la Sentencia de 29 de enero de 2009, en el que un súbdito italiano pretendía el reconocimiento de la cualificación como ingeniero obtenida en España. En este último supuesto se señala que: "*La homologación española no acredita capacitación adicional alguna. A este respecto, ni la homologación ni la incorporación a uno de los «colegios de ingenieros técnicos industriales» de Cataluña se basaron en una verificación de las cualificaciones o de la experiencia profesional adquirida por el Sr. Cavallera*". Se estima que en este caso el efecto obtenido es el contrario del perseguido por la Directiva.

Sin embargo, poco antes, la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 23 de octubre de 2008, en el asunto C-286/06, Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de España, había entendido que era obligatorio para España el reconocimiento de las cualificaciones profesionales de ingeniero obtenidas en Italia sobre la base de una formación universitaria impartida únicamente en España. En el mismo sentido la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 23 de octubre de 2008, en el asunto C-274/05, entiende que la Directiva 89/48 puede invocarse para obligar a un Estado miembro a reconocer títulos expedidos por las autoridades de otro Estado miembro al término de estudios cursados en su propio territorio.

Los súbditos italianos que han conseguido la homologación en España de sus títulos académicos por el título español de Licenciado en Derecho han superado una prueba de conjunto en una universidad española. Si posteriormente consiguieran la acreditación de su cualificación profesional, es decir, su colegiación, es previsible que el reconocimiento de esta cualificación se impusiera al Estado italiano. Y, por supuesto, también a España. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia no ha entrado, hasta ahora, a verificar o supervisar los requisitos de formación, plazos y contenidos fijados en el ámbito docente, salvo para imponer a los Estados la obligación de respetar sus propias normas en la materia. Se ha entendido, por tanto, que los nacionales de un Estado miembro de la Unión

Europea tienen derecho a elegir el Estado miembro en que prefieren adquirir sus cualificaciones profesionales, derecho que se configura como inherente al ejercicio, en un mercado único. Por esa razón la existencia de diferencias en la duración o en el contenido de la formación adquirida en otro Estado miembro respecto a otro Estado miembro no basta para justificar la denegación del reconocimiento de la cualificación profesional de que se trate.

De lo expuesto cabe concluir que el ámbito propio de las normas de la Unión Europea, y consiguientemente de las Sentencias citadas, trata de ceñirse a la homologación de las cualificaciones profesionales, evitando la identificación entre los requisitos para el acceso a las profesiones y los estudios académicos realizados y tratando, en cierta medida, de romper la casi total automaticidad que existe aun en algunos Estados en este particular. Se desprende de estos datos que las posibles modificaciones en el sistema de expedición de títulos y homologaciones académicas encajarían con mayor naturalidad en el derecho comunitario que las posibles modificaciones sobre el sistema de reconocimiento de títulos y cualificaciones profesionales.

Por lo que se refiere al requisito del conocimiento del idioma parece claro que la exigencia de la acreditación por parte de los aspirantes, formulada con carácter general en el ordenamiento español a instancia de los Colegios de Abogados, resultaría ser contraria a las normas comunitarias. Pero solo en tanto en cuanto se formule con carácter general, ya que las cautelas citadas en la Sentencias podrían conducir a una tesis contraria si los derechos de los consumidores o defendidos pudieran verse afectados por el sistema de reconocimiento. En este mismo sentido se aprecia que el requisito de conocimiento del idioma forma parte actualmente del grupo normativo que regula el sistema de reconocimiento de cualificaciones profesionales.

V. LAS POSIBLES SOLUCIONES

En el confuso marco expuesto caben varias alternativas. Para su análisis se han de tener en cuenta dos datos relevantes. El primero es que en el sistema actualmente vigente en España la validez del título de Licenciado o Grado en Derecho determina la posibilidad del acceso al ejercicio de la profesión de Abogado, bien que de modo sistema transitorio en relación con la Ley de acceso. Por decirlo con palabras del propio Tribunal de Justicia: la incorporación a uno de los Colegios de Abogados en España no se basa en una "verificación de las cualificaciones o de la experiencia profesional adquirida por el solicitante". Y de ello se desprende que siendo así, las disposiciones aplicables tanto a la homologación del título académico como al reconocimiento de las cualificaciones profesionales han de forman parte de un grupo normativo completo, que ha de ser interpretado de

forma conjunta y coherente, en el sentido en que el Tribunal se expresa en el asunto C-311/0.

Se proponen inicialmente tres posibilidades, aun cuando sería preciso, en el caso de optar por una de las dos primeras, un examen más detenido de los procedimientos para ponerlas en práctica.

- La primera posibilidad se encuentra en el procedimiento de colegiación en los Colegios de Abogados de España.

Se trata en este caso de evitar la incorporación de pleno derecho de quien no acredite el conocimiento del idioma o la materia, con amparo indirecto en las previsiones del propio derecho comunitario. Es posible que esta solución sea impugnada pero resultaría efectiva en el lapso temporal que corre hasta la entrada en vigor del nuevo sistema de acceso a la Abogacía. Se ha de tener en cuenta que los requisitos para la incorporación se fijan en el artículo 13 del Estatuto General de la Abogacía Española, en estos términos:

> *"Artículo 13.*
> *1. La incorporación a un Colegio de Abogados exigirá los siguientes requisitos:*
> *a. Tener nacionalidad española o de algún Estado miembro de la Unión Europea o del acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo de 2 de mayo de 1992, salvo lo dispuesto en tratados o convenios internacionales o dispensa legal.*
> *b. Ser mayor de edad y no estar incurso en causa de incapacidad.*
> *c. Poseer el título de Licenciado en Derecho o los títulos extranjeros que, conforme a las normas vigentes, sean homologados a aquéllos.*
> *d. Satisfacer la cuota de ingreso y demás que tenga establecidas el Colegio (…).*

Y dentro de estas causas de incapacidad reviste especial relevancia la prevista en el párrafo 1.a del artículo 14:

> *"Artículo 14.*
> *1. Son circunstancias determinantes de incapacidad para el ejercicio de la abogacía:*
> *a. Los impedimentos que, por su naturaleza o intensidad, no permitan el cumplimiento de la misión de defensa de los intereses ajenos que a los abogados se encomienda.*
> *b. La inhabilitación o suspensión expresa para el ejercicio de la abogacía en virtud de resolución judicial o corporativa firme.*
> *c. Las sanciones disciplinarias firmes que lleven consigo la suspensión del ejercicio profesional o la expulsión de cualquier Colegio de Abogados.*
> *2. Las incapacidades desaparecerán cuando cesen las causas que las hubieran motivado o se haya extinguido la responsabilidad disciplinaria conforme al artículo 90 del presente Estatuto".*

Si bien se ha concluido que no cabe, en la interpretación del Tribunal de Justicia, la imposición del requisito previo y general del conocimiento del idioma, esta misma interpretación se condicionaba a una serie de cautelas, entre las que se encuentran *"una serie de reglas para garantizar la protección de los justiciables y la*

buena administración de la justicia a un nivel aceptable en la Comunidad." Las normas profesionales y deontológicas del Estado miembro de acogida han de ser respetadas, bajo pena de incurrir en sanciones disciplinarias y en responsabilidad profesional, ha señalado el Tribunal.

Parece posible, por tanto, denegar la incorporación de determinados solicitantes en cuanto no reúnan los requisitos fijados en el artículo 13 si se entiende que el desconocimiento total del idioma oficial constituye "causa de incapacidad". Y lo sería en cuanto es un impedimento que por su naturaleza no permite el cumplimiento de la misión de defensa de los intereses ajenos que a los abogados se encomienda.

La denegación corresponde a la Junta de Gobierno de cada Colegio, a tenor de lo dispuesto en el artículo 15, previo informe motivado:

> *"Artículo 15.*
> *1. Las solicitudes de incorporación serán aprobadas, suspendidas o denegadas por la Junta de Gobierno de cada Colegio, previas las diligencias e informes que proceda, mediante resolución motivada contra la que cabrán los recursos previstos en este Estatuto General.*
> *2. Los Colegios de Abogados no podrán denegar el ingreso en la corporación a quienes reúnan los requisitos establecidos en el artículo 13 de este Estatuto General".*

Este sistema podría ser aplicado también a quienes ya han conseguido su incorporación en cuanto incurran en responsabilidad disciplinaria. La sumisión al régimen disciplinario del Estado de acogida se refleja tanto en el Real Decreto 607/1986, de 21 de marzo, de desarrollo de la Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas de 22 de marzo de 1977, encaminada a facilitar el ejercicio efectivo de la libre prestación de servicios de los Abogados[12] como en el Real Decreto 936/2001, de 3 de agosto, por el que se regula el ejercicio permanente en España de la profesión de abogado con título profesional obtenido en otro Estado miembro de la Unión Europea[13].

---

[12] "Artículo 8. Los Abogados visitantes nacionales de los Estados miembros de las Comunidades Europeas establecidos con carácter permanente en aquéllos quedan sometidos al régimen disciplinario de los Abogados españoles. Las sanciones de carácter deontológico que fuesen impuestas a aquéllos, si implicaren suspensión o expulsión definitiva del Colegio de Abogados, se sustituirán por la prohibición temporal o definitiva de la prestación de servicios profesionales en España".

[13] "Artículo 14. Responsabilidad disciplinaria. 1. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 9, cuando un abogado inscrito incumpla las obligaciones profesionales o normas deontológicas vigentes en España, le serán de aplicación las normas de procedimiento, las sanciones y los recursos establecidos con carácter general para cualquier colegiado, sin más especificaciones que las siguientes: Previamente a la incoación de un procedimiento disciplinario, el Colegio de Abogados correspondiente habrá de informar, por el medio más rápido posible, a la autoridad competente del Estado de origen del abogado inscrito,

El ejercicio de esta potestad disciplinaria cabe de oficio o tras una queja o reclamación, en los términos en que se expresa el artículo 12 Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales, en la redacción que resulta de Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas Leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio[14].

---

proporcionándole toda la información pertinente. Sin perjuicio del poder de decisión que corresponde al Colegio, éste cooperará a lo largo de la tramitación del procedimiento con la autoridad competente del Estado miembro de origen, asegurando como mínimo que dicha autoridad pueda formular alegaciones en las distintas fases e instancias de la tramitación, así como en los posibles recursos. En el supuesto de que, durante la tramitación del procedimiento disciplinario, la autoridad competente del Estado miembro de origen comunique al Colegio de Abogados que ha decidido retirar al abogado, temporal o definitivamente, la autorización para el ejercicio profesional, dicho Colegio procederá a prohibirle igualmente, con carácter temporal o definitivo, el ejercicio en España bajo el título profesional de origen, sin perjuicio de la resolución que finalmente se dicte en el procedimiento disciplinario. La resolución final del procedimiento disciplinario, que habrá de estar debidamente motivada, será notificada inmediatamente por el Colegio a la autoridad competente del Estado de origen del abogado afectado, y la misma será susceptible de los recursos colegiales y jurisdiccionales establecidos con carácter general en la normativa aplicable a los abogados ejercientes con título español. 2. Al objeto de centralizar la información, y para garantizar en todo caso que la imposición de una sanción disciplinaria sea conocida por el resto de Colegios, la cooperación entre el Colegio afectado y la autoridad competente del Estado de origen, así como los distintos envíos recíprocos de información mencionados en el apartado anterior, se efectuarán con la intermediación del Consejo General de la Abogacía Española".

14 "Artículo 12. Servicio de atención a los colegiados y a los consumidores o usuarios.
1. Los Colegios Profesionales deberán atender las quejas o reclamaciones presentadas por los colegiados.
2. Asimismo, los Colegios Profesionales dispondrán de un servicio de atención a los consumidores o usuarios, que necesariamente tramitará y resolverá cuantas quejas y reclamaciones referidas a la actividad colegial o profesional de los colegiados se presenten por cualquier consumidor o usuario que contrate los servicios profesionales, así como por asociaciones y organizaciones de consumidores y usuarios en su representación o en defensa de sus intereses.
3. Los Colegios Profesionales, a través de este servicio de atención a los consumidores o usuarios, resolverán sobre la queja o reclamación según proceda: bien informando sobre el sistema extrajudicial de resolución de conflictos, bien remitiendo el expediente a los órganos colegiales competentes para instruir los oportunos expedientes informativos o disciplinarios, bien archivando o bien adoptando cualquier otra decisión conforme a derecho.
4. La regulación de este servicio deberá prever la presentación de quejas y reclamaciones por vía electrónica y a distancia".

- Una segunda solución se basa en la posibilidad de instar de las instancias competentes del Ministerio de Educación la modificación del grupo normativo que se refiere a la homologación de los títulos académicos.

Estaría justificado instar la modificación del Real Decreto 285/2004, de 20 de febrero, por el que se regulan las condiciones de homologación y convalidación de títulos y estudios extranjeros de educación superior, modificado por el Real Decreto 309/2005, de 18 de marzo. Bastaría con incluir las referencias a la necesidad que las pruebas de conjunto han de garantizar que el idioma oficial se conoce lo suficientemente bien como para permitir un dominio del derecho del Estado miembro.

Incluso cabe plantearse la posibilidad, que requeriría un estudio más detallado, de que sea posible conseguir el mismo resultado mediante la previsión a la que se refiere la disposición final primera de la Orden ECI/1519/2006, de 11 de mayo, por la que se establecen los criterios generales para la determinación y realización de los requisitos formativos complementarios previos a la homologación de títulos extranjeros de educación superior, que señala: "*Desarrollo. Se autoriza a la Dirección General de Universidades y a la Secretaria General Técnica del Ministerio de Educación y Ciencia a dictar las instrucciones necesarias para la aplicación de esta orden.*"

Los argumentos para instar la modificación pueden tener su base tanto en la capacidad normativa del Estado sobre los títulos oficiales y el sistema docente como en las propias previsiones de la Directiva 2005/36/CE.

- La tercera alternativa consiste en considerar el problema como un asunto que se solucionará con la entrada en vigor de la Ley 34/2006, de 30 de octubre, sobre el acceso a las profesiones de Abogado y Procurador de los Tribunales.

En efecto, con la entrada en vigor de la Ley 34/2006, de 30 de octubre, sobre el acceso a las profesiones de Abogado y Procurador de los Tribunales, que se producirá (disposición final tercera) el 31 de octubre de 2011, las condiciones actuales de la homologación del título de Licenciado en Derecho no se verán afectadas, pero el sistema de incorporación a los Colegios de Abogados variará sustancialmente, salvo en los supuestos previstos en la disposición transitoria única.

Afectaría a los supuestos en los que se pretende el acceso a la profesión a través de la homologación del título y posterior incorporación a un Colegio de Abogados, ya que la Ley 34/2006, de 30 de octubre, sobre el acceso a las profesiones de Abogado y Procurador de los Tribunales se remite en su Disposición Adicional Primera, relativa a la "*Libertad de establecimiento*" al derecho comunitario en estos términos:

"El ejercicio permanente en España de la profesión de abogado o procurador y la prestación ocasional de sus servicios con título profesional obtenido en otro Estado miembro de la Unión Europea o del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo se regulará por su legislación específica".

En todo caso, en el artículo 3 del Real Decreto 775/2011, de 3 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 34/2006, de 30 de octubre, sobre el acceso a las profesiones de Abogado y Procurador de los Tribunales se incluye una mención suficiente entre los requisitos de la titulación, en estos términos:

"Requisitos de titulación.
1. Los títulos universitarios de grado a que se refiere la letra a) del artículo 2 deberán acreditar la adquisición de las siguientes competencias jurídicas: (…)
g) Manejar con destreza y precisión el lenguaje jurídico y la terminología propia de las distintas ramas del derecho: Redactar de forma ordenada y comprensible documentos jurídicos. Comunicar oralmente y por escrito ideas, argumentaciones y razonamientos jurídicos usando los registros adecuados en cada contexto".

CONCLUSIONES

Primera. Denegar la incorporación a los Colegios de Abogados de quienes se encuentren incursos en causa de incapacidad, en cuanto no puedan acreditar un conocimiento suficiente del idioma que permita el cumplimiento de la misión de defensa de los intereses que tendrían encomendados.

Segunda. Instar la modificación del grupo normativo relativo a los procedimientos de homologación de los títulos académicos, insertando referencias expresas al conocimiento del idioma o idiomas oficiales en el Reino de España.

Tercera. Permitir que el asunto se solucione con la entrada en vigor del nuevo sistema de acceso a la profesión de Abogado.