

Relación jueces y abogados / Sustitución de abogado / Habeas corpus / Entrada y registro de bufete / Intervención de comunicaciones / Fallecimiento sin sustitución de abogado / Impacto de las tasas judiciales / Traslado de escritos con intervención de procurador / Tasas judiciales y responsabilidad civil / Registro de administradores concursales en Colegios de Abogados / Copago en la Justicia / Sanciones a abogados en la UE / Acceso a actuaciones judiciales / Asistencia letrada al detenido / Juicios paralelos / Maternidad y paternidad en la defensa procesal

EL DERECHO DE DEFENSA PROPIUESTA DE LEY REGULADORA

Informes de la Comisión Jurídica
del Consejo General de la
Abogacía Española



Abogacía
Española
CONSEJO GENERAL

EL DERECHO DE DEFENSA

PROPUESTA DE LEY REGULADORA

**Informes de la Comisión Jurídica
del Consejo General de la
Abogacía Española**

EL DERECHO DE DEFENSA PROPUESTA DE LEY REGULADORA

**Informes de la Comisión Jurídica
del Consejo General de la
Abogacía Española**



**Abogacía
Española**
CONSEJO GENERAL

tirant lo blanch

Valencia, 2019

Copyright ® 2019

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de los autores y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, el Consejo General de la Abogacía Española y la Editorial Tirant lo Blanch publicarán la pertinente corrección en las páginas web www.abogacia.es donde están recogidos todos los Informes públicos y www.tirant.com (<http://www.tirant.com>).

© CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA

EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELFS.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email:tlb@tirant.com
www.tirant.com
Librería virtual: www.tirant.es
ISBN: 978-84-1313-735-3
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCTirant.pdf>

Índice

PRÓLOGO. PROPUESTAS JURÍDICAS PARA UNA SOCIEDAD MEJOR.....	11
PROPUESTA DE LEY REGULADORA DEL DERECHO DE DEFENSA	15
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 POSI- BILIDADES PARA SU REFORZAMIENTO	25
<i>(INFORME 5/2011)</i>	
EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS REUNIONES ENTRE LOS JUECES Y LOS ABOGADOS.....	43
<i>(INFORME 1/2015)</i>	
EL DERECHO DE LOS ABOGADOS A ACCEDER AL CONTENIDO DE LAS ACTUACIONES JUDICIALES	63
<i>(INFORME 12/2012)</i>	
LA INTERVENCIÓN JUDICIAL DE LAS COMUNICACIONES ABOGADO- CLIENTE Y SUS CONSECUENCIAS SOBRE EL DERECHO A LA DEFENSA EN EL PROCESO PENAL	89
<i>(INFORME 1/2011)</i>	
INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES DEL IMPUTADO CON SU ABOGADO QUIEN, A SU VEZ, ES DECANO DE UN COLEGIO	109
<i>(INFORME 2/2015)</i>	
DENEGACIÓN DE LA SUSPENSIÓN DE ACTUACIONES JUDICIALES POR IMPOSIBILIDAD DEL ABOGADO Y SU SUSTITUIBILIDAD POR OTRO LETRADO DEL MISMO DESPACHO.....	135
<i>(INFORME 5/2015)</i>	

EL TRATAMIENTO JURÍDICO-PROCESAL DE LAS SITUACIONES DE MATERNIDAD Y PATERNIDAD CONCURRENTES EN LAS ABOGADAS Y ABOGADOS QUE EJERZAN LA DEFENSA PROCESAL	155
<i>(INFORME 12/2011)</i>	
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.....	173
<i>(INFORME 7/2011)</i>	
LA INCLUSIÓN DE LA FIGURA DEL ADMINISTRADOR CONCURSAL PERSONA JURÍDICA EN LOS REGISTROS DE ADMINISTRADORES CONCURSALES DE LOS COLEGIOS DE ABOGADOS	197
<i>(INFORME 1/2012)</i>	
EL INTRUSISMO PROFESIONAL EN LA ABOGACÍA.....	201
<i>(INFORME 1/2016)</i>	
ENTRADA Y REGISTRO DE DESPACHOS DE ABOGADOS	225
<i>(INFORME 08/2015)</i>	
LOS COLEGIOS DE ABOGADOS ANTE EL FALLECIMIENTO SIN SUSTITUCIÓN DE UNO DE SUS COLEGIADOS.....	249
<i>(INFORME 8/2014)</i>	
COMUNICACIÓN A AUTORIDADES DE OTROS ESTADOS MIEMBROS DE LA UNIÓN EUROPEA (Y A SUS CIUDADANOS) DE DATOS RELATIVOS A SANCIONES IMPUESTAS A ABOGADOS	263
<i>(INFORME 8/2012)</i>	
REGULACIÓN DE LA LEY DE HABEAS CORPUS Y PRECEPTIVIDAD DE INTERVENCIÓN LETRADA	289
<i>(INFORME 6/2015)</i>	
LA MEMORIA DEL IMPACTO NORMATIVO DE LA LEY DE TASAS.....	303
<i>(INFORME 4/2013)</i>	

Índice	9
TASAS JUDICIALES Y RESPONSABILIDAD CIVIL.....	355
<i>(INFORME 2/2013)</i>	
LA POSIBLE IMPLANTACIÓN DEL COPAGO EN LA JUSTICIA.....	371
<i>(INFORME 6/2012)</i>	
ANÁLISIS DE LA MODIFICACIÓN DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL RELATIVO	389
<i>(INFORME 1/2013)</i>	
EL IMPACTO DE LA LEY 20/2013 DE GARANTÍA DE LA UNIDAD DE MER- CADO SOBRE EL ACCESO A LA PROFESIÓN DE ABOGADO Y SU EJERCI- CIO	409
<i>(INFORME 6/2016)</i>	

Prólogo

Propuestas jurídicas para una sociedad mejor

VICTORIA ORTEGA BENITO

Presidenta del Consejo General de la Abogacía Española

Hace ya diez años se creó la Comisión Jurídica del Consejo General de la Abogacía Española, formada por abogados y abogadas que no son miembros del Consejo y que actúan con absoluta independencia, destacados profesionales comprometidos con su profesión y con las grandes áreas del Derecho y las diversas formas de ejercicio que se dan en nuestro colectivo, con el fin último que tenemos todos aquellos que formamos parte de esta profesión, de hacer mejor la sociedad y el mundo en que vivimos.

El objetivo esencial de la creación de la Comisión Jurídica fue que la Abogacía Española tuviera la capacidad de dar respuesta jurídica a los problemas que se nos plantean a abogados y abogadas en nuestros despachos y a los Colegios en nuestras sedes, pero también a nuestro país, a la sociedad española y a los retos que la globalización. Es compromiso de la Abogacía tratar de mejorar la legislación mediante la elaboración de las propuestas oportunas, adelantarse a los tiempos, facilitar respuestas comunes para las cuestiones que se plantean a los Colegios de Abogados y analizar en profundidad los problemas más importantes del ejercicio profesional del abogado. Es evidente que el Consejo General de la Abogacía Española debe estar a la vanguardia de la reflexión jurídica en nuestro país.

La defensa en general del esencial Derecho de Defensa, como punta de lanza del resto de Derechos Humanos, reclamados a través de los objetivos de desarrollo sostenible, es ejemplo paradigmático del reto permanente al que se enfrenta la Abogacía.

Los informes elaborados por la Comisión Jurídica abarcan las diferentes ramas del Derecho, si bien revisten relevancia especial los dedicados al ejercicio profesional de los abogados, a sus relaciones con los clientes y al análisis de la normativa colegial. Y dentro de ellos son destacables por pura lógica los que entroncan de manera más o menos directa con el Derecho Fundamental de Defensa, que no son pocos. En este libro y con ocasión de la celebración del XII Congreso Nacional de la Abogacía en Valladolid,

presentamos una selección de ellos, junto con el texto que desde la Abogacía se ha propuesto para la regulación del Derecho de Defensa.

La defensa es una función propia y exclusiva de los abogados y así resulta de nuestra Constitución y de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que garantizan este Derecho Fundamental. No se atribuye a otras profesiones, sólo a la abogacía. Y la razón de ello no radica en la protección de los abogados, sino de los ciudadanos, quienes son titulares de ese Derecho Fundamental de Defensa por medio de abogado, con especial énfasis en quienes carecen de recursos para litigar.

El Derecho de Defensa tiene múltiples manifestaciones y es objeto de específicas medidas de garantía. Por ejemplo, el derecho/deber de secreto profesional que se impone a los abogados con respecto a todo aquello que conozcan con motivo de su ejercicio profesional. El logro de una ya no eficaz, sino mínima, defensa depende en términos absolutos de la garantía de una comunicación reservada entre el imputado privado cautelarmente de libertad —o que, en su caso, se encuentre cumpliendo la correspondiente pena— y su abogado defensor. Más aun, lo contrario implica una quiebra en la confianza de la relación abogado-cliente y una correlativa quiebra del Derecho de Defensa porque sin confianza no se puede asegurar la defensa.

Confianza y confidencialidad son dos pilares esenciales del Derecho Fundamental de Defensa y, en relación con él, del derecho a la tutela judicial efectiva. Bien es verdad que la efectividad del Derecho de Defensa necesita del abogado, pero no puede quedarse en la garantía de una adecuada relación abogado-cliente. No, la efectividad real del Derecho de Defensa necesita que el Poder Judicial funcione. Eso es la Justicia. Para la conciencia colectiva del sistema de libertades al que aspiramos son imprescindibles las imágenes que nos ayuden a confiar en que el sistema, mejor o peor, funciona y los tribunales también.

La importancia capital del Derecho de Defensa en la consolidación del Estado de Derecho y su consideración como un indicador de la cultura democrática de un país ha llevado a la Abogacía Española a considerar oportuna la redacción de un texto que permita consolidar el contenido y alcance de este Derecho Fundamental. De ahí, que se presente en este momento el texto de la Ley Orgánica del Derecho de Defensa. A la Abogacía Institucional correspondía tomar la iniciativa para revalorizar el Derecho de Defensa, pues la Constitución asigna a la Abogacía el ejercicio de una función llave para garantizar la paz social.

Cuando, según el relato de François Andrieux, Federico II de Prusia, instalado en su nuevo palacio de Sans Souci, molesto por el ruido que hacía el molino de la finca colindante, mandó llamar al molinero para conminarle a que se lo vendiera y éste se negó, el rey le amenazó con echarle a patadas de su propiedad y demoler aquel molino. El molinero replicó: “eso sólo sería posible si no tuviéramos jueces en Berlín”.

Y abogados y abogadas, querido molinero. Profesionales que defendemos tus derechos y los de quienes se sitúan enfrente.

Propuesta de Ley reguladora del Derecho de Defensa

TÍTULO I: PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO DE DEFENSA

CAPÍTULO I: EL DERECHO DE DEFENSA Y SUS CONDICIONES DE EJERCICIO

- Artículo 1. *Objeto*
- Artículo 2. *Audiencia*
- Artículo 3. *Comunicación de los procedimientos de defensa*
- Artículo 4. *Acceso a la información y transparencia*
- Artículo 5. *Medios para la defensa*
- Artículo 6. *Resolución por autoridad imparcial y en plazo razonable*
- Artículo 7. *Contenidos necesarios*
- Artículo 8. *Presunciones objetivas*
- Artículo 9. *Derecho a la asistencia jurídica gratuita*

CAPÍTULO II: TITULARIDAD Y MODALIDADES DE EJERCICIO

- Artículo 10. *Titularidad*
- Artículo 11. *Autodefensa*
- Artículo 12. *Elección de medios y renuncia*
- Artículo 13. *Defensa compartida*

CAPÍTULO III: DEBERES VINCULADOS AL EJERCICIO DEL DERECHO DE DEFENSA

- Artículo 14. *Deber de respeto*
- Artículo 15. *Deber de colaboración*
- Artículo 16. *Deber de actuar con sujeción al procedimiento*
- Artículo 17. *Deber de lealtad*

TÍTULO II: LA ASISTENCIA JURÍDICA A LA DEFENSA

CAPÍTULO I: CONFIANZA, CONFIDENCIALIDAD Y SECRETO PROFESIONAL

- Artículo 18. *Libertad de elección y de sustitución*
- Artículo 19. *Deber de confidencialidad y reserva. El secreto profesional*

CAPÍTULO II: LA ABOGACÍA Y LAS GARANTÍAS DEL DERECHO DE DEFENSA

- Artículo 20. *Abogacía y derecho de defensa*
- Artículo 21. *La libertad de expresión del profesional de la abogacía*
- Artículo 22. *Entrada y registro del despacho profesional*
- Artículo 23. *Intercepción de las comunicaciones*
- Artículo 24. *La abogacía institucional*
- Artículo 25. *Publicidad profesional*
- Artículo 26. *Comunicación*
- Artículo 27. *Deontología y conflicto de intereses*
- Artículo 28. *Abogacía y medios de comunicación*

Disposición derogatoria

Única Disposición final

TÍTULO I

PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO DE DEFENSA

Capítulo I

El Derecho de Defensa y sus condiciones de ejercicio

Artículo 1. Objeto

A los efectos de esta ley, se entenderá por derecho de defensa el conjunto de facultades y garantías jurídicas que permiten a las personas físicas y jurídicas proteger y hacer valer, con arreglo a un procedimiento previamente establecido, sus derechos e intereses legítimos en cualquier tipo de controversias y ante cualquier instancia pública o privada.

Artículo 2. Audiencia

1. Los procedimientos habilitados para la defensa de los derechos e intereses legítimos dispondrán de un trámite de audiencia, presencial, mediante videoconferencia o por escrito, que permita exponer y fundamentar las pretensiones en conflicto.
2. Con antelación a dicho trámite, se habilitará un plazo razonable para acceder a la información y preparar la defensa.

Artículo 3. Comunicación de los procedimientos de defensa

1. Toda persona tiene derecho a ser informada de manera clara y comprensible de los procedimientos establecidos para defender sus derechos e intereses ante las distintas instancias públicas.
2. Con la misma finalidad y en los mismos términos, tiene derecho a ser informada por parte de la asociación, institución, sociedad mercantil, cooperativa o cualquier otra organización o entidad a la que pertenezca, del procedimiento que se hubiese establecido para defender sus derechos e intereses en el seno de la misma.
3. Esa información será trasladada al peticionario del modo que mejor facilite su comprensión y acceso. Su denegación, el silencio o su inadecuada transmisión serán consideradas como motivo de indefensión.

Artículo 4. Acceso a la información y transparencia

1. Toda persona tiene derecho a conocer aquella información necesaria para preparar su defensa.
2. Los poderes públicos facilitarán, con la debida claridad y transparencia, cuantas indicaciones sean necesarias para que las personas puedan formular solicitudes, reclamaciones o interponer recursos en defensa de sus derechos e intereses legítimos.
3. La asociación, institución, sociedad mercantil, cooperativa o cualquier otra organización o entidad a la que se pertenezca y que estuviese en posesión de información relevante para la defensa deberá facilitar a la persona directamente afectada o a la organización o grupo al que haya encomendado su defensa, estableciendo, en su caso, las medidas pertinentes para su debida protección y exigiendo, cuando fuese necesario, un acuerdo previo de confidencialidad. Este deber no será exigible si la información fuese considerada como reservada o protegida, cuando concurra causa justificada o motivo legal.
4. Toda persona podrá solicitar que la contratación de los servicios jurídicos de defensa se formalice por escrito en una hoja de encargo profesional. En este caso, deberá dejarse constancia de que se ha informado previamente al defendido, con claridad y

precisión, de los derechos que le asisten, de los trámites esenciales a seguir en función de la controversia planteada y de las principales consecuencias jurídicas inherentes a su decisión.

5. El defendido tiene derecho a ser previamente informado de los honorarios y de los costes vinculados al ejercicio de su derecho de defensa, lo que, en su caso, incluirá las consecuencias que puede tener una condena en costas y su cuantía aproximada, para lo que se utilizarán los criterios orientativos a efectos de tasación de costas y jura de cuentas, que serán aprobados y publicados cada año por el Consejo General de la Abogacía Española o por el Colegio profesional correspondiente.

Artículo 5. *Medios para la defensa*

1. Nadie puede padecer indefensión por carecer de la capacidad o de los medios necesarios para transmitir con claridad sus pretensiones. En el procedimiento de defensa se indicará la lengua o lenguas de referencia y se señalarán los remedios alternativos que se podrán utilizar cuando se hubiese acreditado la imposibilidad de comunicarse mediante ellas.

2. Las personas con capacidad judicialmente limitada tienen derecho a disponer de los medios y asistencias necesarias para ejercer su derecho de defensa con plenas garantías.

Artículo 6. *Resolución por autoridad imparcial y en plazo razonable*

La autoridad o el órgano, público o privado, competente para conocer de un conflicto en el que se ejerza el derecho de defensa estará siempre predeterminada mediante norma legal, estatutaria o convencional, ofrecerá garantías suficientes de su imparcialidad y dictará su resolución en un plazo razonable, con arreglo al procedimiento establecido.

Artículo 7. *Contenidos necesarios*

1. Además de las facultades y derechos anteriormente señalados, el derecho de defensa incluirá, como mínimo:

a) el acceso y examen de los materiales de interés para fundamentar la pretensión y, en su caso, solicitar la práctica de aquellas actuaciones imprescindibles para el mejor conocimiento de los hechos.

b) el disfrute de una defensa efectiva, que cumpla con los estándares de calidad a los que se refiere el apartado 4 del artículo 24 de esta ley.

c) la posibilidad de negar los hechos manifestados de contrario y guardar silencio.

d) la facultad para renunciar al derecho y a desistir de la pretensión, allanarse, prestar conformidad o negociar un acuerdo cuando las leyes no lo prohiban y,

e) en las causas penales, el derecho a entrevistarse reservadamente con su abogado, durante un tiempo razonable, tanto antes como después de prestar declaración, el derecho a la asistencia del abogado en cualquier declaración, incluso en sede policial, el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, y el derecho a la última palabra.

2. En las investigaciones realizadas por el Ministerio Fiscal se garantizará, en todo caso, la intervención de las personas físicas y jurídicas que sean investigadas, quienes podrán personarse en las actuaciones y alegar en defensa de sus derechos e intereses, pudiendo proponer la práctica de las diligencias que consideren convenientes.

3. La denegación o el impedimento injustificado de los derechos y facultades anteriormente expuestos constituirá una denegación técnica de justicia.

Artículo 8. Presunciones objetivas

Son contrarias al derecho de defensa aquellas presunciones probatorias absolutas que no estén previstas en la ley y que no encuentren fundamento en la preservación de valores, principios, derechos y garantías reconocidos en la Constitución o en el cumplimiento de deberes constitucionales.

Artículo 9. Derecho a la asistencia jurídica gratuita

1. La falta de recursos económicos nunca podrá ser causa de indefensión. Toda persona que acredite insuficiencia de recursos tendrá derecho a la asistencia jurídica gratuita en los términos establecidos en la Constitución y las leyes.
2. La ley determinará los supuestos en los que la asistencia jurídica gratuita se extenderá a personas o colectivos en situaciones de especial vulnerabilidad.
3. El servicio público de la asistencia jurídica gratuita, financiado con fondos públicos suficientes, será regulado y organizado por los Consejos Generales de la Abogacía Española y de los Colegios de Procuradores de los Tribunales de España y sus respectivos Colegios, a través de sus Juntas de Gobierno, garantizando, en todo caso, su prestación continuada y atendiendo a criterios de funcionalidad y de eficiencia.
4. Los profesionales que presten este servicio en cada Colegio deberán cumplir las disposiciones dictadas al efecto por la organización profesional respectiva y, en su caso, por la Administración pública competente.

Capítulo II

Titularidad y modalidades de ejercicio

Artículo 10. Titularidad

1. Toda persona física o jurídica tiene derecho a la defensa de sus derechos e intereses legítimos con arreglo a lo dispuesto en la Constitución y las leyes.
2. La defensa del menor de edad será ejercida por sus representantes legales en interés del menor, aunque éste podrá intervenir, ser escuchado y alegar por sí mismo cuando así lo disponga la ley y en atención a la naturaleza del asunto tratado. El menor tiene derecho a que se le nombre un defensor judicial en caso de conflicto o de intereses opuestos a los de sus representantes legales.
3. Las personas con su capacidad judicialmente modificada serán defendidas por sus tutores en el modo y forma previsto por la ley. Se procurará que sean oídas cuando sus facultades lo permitan y se les nombrará un defensor judicial en caso de conflicto de intereses con sus representantes legales.
4. Los representantes legales y defensores judiciales de los menores y personas con su capacidad judicialmente modificada responderán de la idoneidad y eficacia de la defensa prestada.
5. Los extranjeros ejercerán su derecho de defensa en idénticos términos que los españoles.

Artículo 11. Autodefensa

1. Salvo en aquellos casos en los que la ley disponga expresamente otra cosa, toda persona tiene derecho a defenderse por sí misma y a procurarse el asesoramiento y la ayuda que estime pertinente. Los órganos encargados de la resolución del conflicto le advertirán del alcance y consecuencias jurídicas de su decisión y pondrán a su disposi-

ción cuanta información sea necesaria, incluidas guías de procedimiento y formularios para facilitar el ejercicio personal del derecho.

2. La autodefensa en juicio será admitida cuando una ley lo autorice.

Artículo 12. Elección de medios y renuncia

1. Toda persona tiene derecho a elegir entre los diversos medios de defensa disponibles y a ser informada sobre las consecuencias jurídicas vinculadas a su ejercicio. Esta información deberá ser facilitada por la autoridad judicial o por el órgano encargado de resolver el conflicto.

2. Nadie está obligado a ejercer su derecho de defensa. La renuncia a la defensa de los derechos e intereses legítimos en ningún caso comportará la pérdida consentida de su titularidad a no ser que así lo disponga una ley o que se haya acordado mediante resolución judicial firme.

3. No obstante lo anterior, en los procedimientos judiciales, el derecho de defensa y de asistencia letrada es irrenunciable, salvo que la ley disponga lo contrario.

Artículo 13. Defensa compartida

1. Toda persona tiene derecho a compartir con otras la defensa de derechos e intereses comunes. También podrá encomendar su defensa a una organización o grupo existente o creado con esa finalidad con arreglo a lo dispuesto en las leyes.

2. Quien asume la defensa en nombre y representación de otros responderá de su idoneidad y eficacia y no podrá subordinar los derechos e intereses que defienda a ningún otro objetivo o interés.

Capítulo III

Deberes vinculados al ejercicio del derecho de defensa

Artículo 14. Deber de respeto

1. Toda persona tiene el deber de ejercer su derecho de defensa con el debido respeto hacia los demás y el de comportarse con sujeción a las normas de cortesía que rijan en el procedimiento. En particular, los abogados y procuradores habrán de ajustar en todo caso su actuación a las normas deontológicas aprobadas por sus respectivas organizaciones colegiales.

2. El ejercicio del derecho de defensa no ampara conductas amenazantes o intimidatorias ni la utilización de expresiones difamatorias o que atenten contra la dignidad de las personas. Tampoco exime de las consecuencias jurídicas que la ley anuda a las declaraciones falsas o a la aportación de pruebas alteradas o ilícitamente obtenidas.

Artículo 15. Deber de colaboración

1. El derecho de defensa es compatible con la obligación de colaborar con las autoridades públicas y con los órganos habilitados para la resolución de conflictos siempre que así lo disponga una ley y que su exigencia no comporte un perjuicio directo para los derechos e intereses legítimos que se pretenden defender.

2. El resultado de la colaboración con los poderes públicos, sea voluntaria o impuesta por la ley, nunca podrá considerarse como prueba preconstituida en perjuicio de los derechos de defensa de la persona afectada.

Artículo 16. Deber de actuar con sujeción al procedimiento

1. Quien ejerce su derecho de defensa conforme al procedimiento que previamente se hubiese pactado o regulado tiene la obligación de actuar con arreglo al mismo, observando los trámites establecidos. Cualquier duda sobre su interpretación y alcance se resolverá del modo más favorable al ejercicio del derecho.
2. Las actuaciones procesales realizadas con mala fe o en abuso de derecho para perjudicar la defensa de otros se considerarán causa de indefensión y serán nulas.

Artículo 17. Deber de lealtad

1. El ejercicio del derecho de defensa conlleva el deber de actuar con lealtad conforme al procedimiento establecido, respetando la imparcialidad de la autoridad u órgano llamado a resolver el conflicto, acatando su decisión y, en caso de disconformidad, impugnándola a través de los cauces previamente establecidos.
2. Los profesionales de la abogacía guiarán su actuación por el máximo respeto a la Constitución y a las leyes, la buena fe procesal y la protección de los derechos e intereses que tengan encomendados.
3. Los jueces y magistrados garantizarán el ejercicio del derecho de defensa y la libertad e independencia del abogado en su desempeño profesional, con respeto y consideración a la labor de los abogados.

TÍTULO II
LA ASISTENCIA JURÍDICA A LA DEFENSA**Capítulo I**
Confianza, confidencialidad y secreto profesional**Artículo 18. Libertad de elección y de sustitución**

1. Dentro del marco legalmente establecido, toda persona tiene derecho a elegir libremente al profesional que le asista en su defensa, así como a prescindir de sus servicios en cualquier momento, con arreglo a las condiciones que previamente hubiesen pactado. En caso de sustitución en procedimientos judiciales se adoptarán las medidas necesarias para seguir garantizando los derechos del defendido, concediendo al sustituto el tiempo necesario para instruirse antes de su primera intervención.
2. La asistencia letrada mediante abogado es obligatoria en caso de detención y en los procedimientos judiciales, sancionadores o restrictivos de derechos cuando así lo dispongan las leyes.

Artículo 19. Deber de confidencialidad y reserva. El secreto profesional

1. La asistencia jurídica está sujeta al deber de reserva y confidencialidad de la información y documentación de la que se haya tenido conocimiento, o a la que se haya tenido acceso como consecuencia de un encargo profesional.
2. Si esa asistencia fuese prestada por abogado, el deber de reserva y confidencialidad queda garantizado mediante el secreto profesional, que ampara todas las comunicaciones, datos, informaciones, propuestas, hechos y documentos que haya recibido o de los que haya tenido noticia en el desempeño de su encargo profesional, incluso después de haber cesado en la prestación de los servicios al cliente.

3. Los profesionales de la abogacía no vendrán obligados a prestar declaración ante ninguna autoridad, instancia o jurisdicción sobre hechos, noticias, documentos o informaciones de los que tuvieran conocimiento como consecuencia de su desempeño profesional, con la sola excepción de las obligaciones de información establecidas en la normativa sobre prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo.

Capítulo II

La abogacía y las garantías del derecho de defensa

Artículo 20. Abogacía y derecho de defensa

1. A los efectos de esta ley, son abogados y abogadas los profesionales del derecho que, estando en posesión del título habilitante e incorporados a un colegio en calidad de ejercientes, asumen técnicamente la prestación del servicio profesional de defensa jurídica de un tercero en cualquier orden jurisdiccional o ante cualquier órgano administrativo.

2. Los poderes públicos garantizarán la actuación libre e independiente del profesional de la abogacía como presupuesto para la efectividad del derecho de defensa, y lo tratarán con la dignidad y respeto exigibles para el buen desempeño de sus funciones. 3. Las autoridades, funcionarios y agentes de las fuerzas y cuerpos de seguridad, tienen el deber de asegurar el pleno respeto a la dignidad del abogado en el desempeño de sus funciones, tanto en las diligencias policiales y de investigación como en todo tipo de procesos, y adoptarán las decisiones y medidas necesarias para que el abogado pueda desarrollar su defensa sin limitaciones y con arreglo a lo establecido en las leyes.

3. El profesional de la abogacía tendrá derecho a disponer del tiempo y los medios adecuados para la preparación de la defensa. En el ejercicio de la defensa, tiene asimismo derecho a que se le notifique con una anticipación razonable el momento en que se va a realizar cualquier diligencia o actuación procesal, así como a intervenir en dichas diligencias o actuaciones.

4. Con arreglo a lo dispuesto en las leyes, el abogado o abogada pueden aceptar o rechazar libremente el asumir la defensa sin necesidad de justificar su decisión. Si hubiera indicios de que la renuncia a la defensa pudo haberse efectuado concurriendo alguno de los motivos de discriminación constitucionalmente prohibidos, el defendido podrá dar traslado al Colegio competente para la pertinente investigación. El profesional de la abogacía que renuncie deberá adoptar las medidas necesarias para no generar indefensión y facilitar su sustitución por otro compañero.

5. Si el profesional de la abogacía estimase conveniente justificar su decisión o precisar los términos en que ha asumido la defensa, únicamente lo comunicará a su cliente, absteniéndose de realizar toda manifestación pública al respecto. La misma obligación se exigirá cuando se trate de una renuncia sobrevenida.

Artículo 21. La libertad de expresión del profesional de la abogacía

1. En protección del derecho de defensa, se garantiza la indemnidad del abogado o abogada por las declaraciones efectuadas en su ejercicio, verbalmente o por escrito, en las diligencias policiales o de investigación así como en cualquier fase del procedimiento. La indemnidad se extenderá incluso después de terminado su encargo profesional.

2. El profesional de la abogacía no será constreñido, limitado o sancionado por las opiniones, orales o escritas, expresadas en el ejercicio del derecho de defensa, salvo cuan-

do resulten contrarias a la deontología profesional. Esta libertad de expresión reforzada deberá ser interpretada del modo más favorable a la eficacia del derecho de defensa.

3. Los Colegios de la Abogacía velarán porque se respete la libertad de expresión del abogado o abogada como garantía del derecho de defensa.

Artículo 22. Entrada y registro del despacho profesional

1. La entrada y registro en el domicilio profesional de quien ejerce la abogacía para toda clase de diligencias solo podrá hacerse mediando su consentimiento expreso o autorización judicial, y siempre en presencia del funcionario competente para dar fe de esa actuación.

2. El auto de entrada y registro precisará con claridad y detalle el motivo del registro y su alcance, identificando al cliente o clientes afectados por la investigación y limitando la pesquisa al mínimo imprescindible, con el fin de salvaguardar los derechos de defensa de terceros no implicados en la investigación y el secreto profesional del abogado.

3. Cuando el juez estime que concurren circunstancias que dificultan esa tarea previa de identificación podrá ordenar igualmente el registro, requiriendo para su práctica la presencia con antelación de un representante del colegio al que pertenezca el profesional titular del domicilio registrado, quien informará al juez si advirtiese alguna anomalía y verificará la cadena de custodia establecida para el aseguramiento de los archivos, documentos, soportes informáticos, terminales de telefonía u otros objetos incautados, colaborando, bajo supervisión judicial, en su examen y selección. Los materiales irrelevantes para la investigación serán inmediatamente devueltos, sin dejar constancia alguna en las actuaciones, garantizándose su reserva. Este procedimiento se seguirá, en todo caso, cuando la investigación recaiga sobre el profesional o los profesionales de la abogacía titulares del domicilio objeto de registro.

4. La entrada y registro del domicilio profesional de quien ejerce la abogacía con infracción de lo dispuesto en esta ley será nula y su resultado carecerá de toda validez probatoria.

Artículo 23. Interceptación de las comunicaciones

1. Para garantizar la eficacia del derecho de defensa, las comunicaciones de los profesionales de la abogacía con sus clientes serán objeto de una protección reforzada. Con excepción del supuesto previsto en el artículo 55.2 de la Constitución, en ningún caso podrá ser acordada la intervención de las comunicaciones del detenido o del investigado con su abogado o abogada, ni la grabación de las conversaciones presenciales que puedan mantener.

2. Tampoco podrá acordarse la interceptación de las comunicaciones de un profesional de la abogacía sin autorización judicial previa en la que se detalle el motivo y alcance de dicha diligencia. Si el abogado tuviese la condición de investigado por su implicación en los hechos delictivos se especificarán, además, las medidas necesarias para asegurar su proporcionalidad e impedir que pueda perjudicarse el derecho de defensa de sus clientes.

3. Cuando el abogado o la abogada utilice unos mismos canales para mantener comunicaciones profesionales y privadas, el juez ordenará que se proceda al borrado inmediato de todos aquellos mensajes personales, así como de los ajenos a la investigación que, en ningún caso, podrán tener valor probatorio en otros procesos.

4. Si como consecuencia de una intervención autorizada llegaran a interceptarse comunicaciones con el letrado defensor, se procederá a la destrucción de dichos registros

o grabaciones, previa puesta en conocimiento del investigado y su letrado quienes, no obstante, podrán solicitar su incorporación al procedimiento. Lo propio habrá de ordenarse cuando se intercepte una comunicación con un abogado en el curso de una diligencia de intervención de comunicaciones, salvo que acrediten su participación en un hecho delictivo.

5. En todo caso, el control sobre el contenido de las conversaciones intervenidas, a efectos de su incorporación al proceso o su destrucción corresponderá exclusivamente a la autoridad judicial, sin que las fuerzas y cuerpos de seguridad puedan realizar selección o consideración alguna sobre las comunicaciones intervenidas, salvo su puesta a disposición del juzgado. La transcripción de las conversaciones fruto de la intervención debe ser realizada bajo la fe pública del Letrado de la Administración de Justicia. En otro caso, la transcripción será nula y habrá de considerarse como no realizada.

Artículo 24. Abogacía institucional

1. La organización colegial de la abogacía opera como garantía institucional del derecho de defensa al asegurar la independencia y libertad de abogados y abogadas, velar por los derechos y el debido cumplimiento de los deberes propios de la profesión, promover su formación continuada y supervisar su conducta.

2. La organización colegial de la abogacía española promoverá la eficacia y el correcto ejercicio del derecho de defensa, potenciando las mejores prácticas y removiendo los obstáculos que dificulten su desempeño. A tal fin amparará al abogado que se considere inquietado, perturbado o presionado en el ejercicio de sus funciones y denunciará todas aquellas medidas normativas y actuaciones públicas o privadas que menoscaben el derecho a la defensa.

3. El Consejo General de la Abogacía Española está legitimado para intervenir en los procedimientos judiciales que afecten a la abogacía, así como en aquellos otros en los que pueda verse concernido el derecho a la defensa.

4. Correspondrá al Consejo General de la Abogacía Española, como órgano regulador de la profesión, elaborar y aprobar los estándares uniformes que pauten la calidad de la defensa y que servirán para supervisar, en su caso, la adecuación y suficiencia del servicio profesional prestado.

Capítulo III

Derechos y obligaciones del profesional de la abogacía

Artículo 25. Publicidad profesional

Los profesionales de la abogacía tienen derecho a dar publicidad a sus servicios profesionales en consonancia con la dignidad y relevancia social de las funciones que desempeñan sin utilizar la imagen ni hacer alusión a sus clientes, a no ser que previamente lo hayan consentido por escrito.

Artículo 26. Comunicación

1. El abogado y la abogada tienen derecho a comunicarse con los órganos judiciales en castellano o en la lengua oficial de la Comunidad Autónoma en la que tengan lugar las actuaciones judiciales, tanto en manifestaciones orales como escritas.

2. El profesional de la abogacía con alguna discapacidad tiene derecho a que el órgano judicial le autorice a utilizar las asistencias necesarias para desempeñar de forma eficaz el ejercicio profesional de la defensa.

Artículo 27. *Deontología y conflicto de intereses*

1. El profesional de la abogacía debe ajustar su conducta a las normas deontológicas aprobadas por la abogacía institucional, así como cumplir y hacer cumplir las buenas prácticas de la profesión allí donde se encuentre.
2. En todas sus actuaciones, observará los tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos y aquellos otros que persiguen la represión de conductas que atenten contra la dignidad del ser humano o a su desarrollo personal y social.
3. El abogado o la abogada no asumirán la defensa ni asesorarán en aquellos asuntos en los que exista una situación de conflicto de intereses.

Artículo 28. *Abogacía y medios de comunicación*

1. Como garantía de su independencia y del derecho de defensa de sus clientes, el profesional de la abogacía no realizará más manifestaciones a los medios de comunicación social que las estrictamente necesarias para informar acerca del estado y situación de un procedimiento en curso o de la posición sostenida por su defendido, tras recabar su consentimiento para ello.
2. El profesional de la abogacía evitará hacer declaraciones públicas que incidan en cuestiones judiciales en curso sobre las que pese la obligación de reserva, ni en las que se valoren testimonios o conductas de personas distintas a la de su defendido, especialmente cuando afecten a las víctimas o a sus familias, y a menores o personas en situación de especial vulnerabilidad.
3. Los poderes públicos adoptarán las medidas necesarias para impedir que el profesional de la abogacía pueda verse perturbado en el ejercicio de sus funciones como consecuencia de la presión mediática que pueda padecer en virtud de determinado asunto cuya defensa haya asumido.

Disposición derogatoria Única**Disposición final**

(...)

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

(Informe 5/2011)

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

1. 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.

2. 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, *principal* 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.

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 parlamen-

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 diciembre².

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.

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

taria 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

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 transcrita 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

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).

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 196/1987⁴, 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.

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

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.

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 detenido 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.

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.

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 enero⁷.

- (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 extramuros 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 vigen-

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...”

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

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.

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 detenido⁹.

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 a la asistencia letrada).

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).

mente 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 declaración 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.

3. 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 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*

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

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).

4. 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 deseé.

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 “*no 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 faltó 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 custodian 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).

El régimen jurídico de las reuniones entre los jueces y los abogados

(Informe 1/2015)

“El proceso se aproximará a la perfección cuando haga posible, entre jueces y abogados, el intercambio de preguntas y respuestas que se desarrollan normalmente entre personas que se respetan cuando, sentadas en una mesa, tratan en interés de todos, de aclararse recíprocamente las ideas”.

Piero Calamandrei

1. INTRODUCCIÓN

Las relaciones profesionales entre los Jueces y los Abogados en nuestro país presentan diversos aspectos que conviene analizar.

Tales relaciones, como ya se dijo en el Informe nº 5/2013 de esta Comisión Jurídica del Consejo General de la Abogacía Española sobre el Borrador de Anteproyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial impulsado por el Ministerio de Justicia, pueden producirse en dos planos distintos: (i) dentro del proceso, es decir, en el seno de las distintas actuaciones procesales reguladas por las leyes de enjuiciamiento correspondientes a cada uno de los órdenes jurisdiccionales (vistas públicas, actos de práctica de la prueba, informes orales, juicio oral, etc., etc., etc.); (ii) o bien fuera del proceso, es decir, contactos profesionales extraprocesales, reuniones privadas, conversaciones informales, etc. que se producen al margen de los concretos actos procesales regulados en las leyes de enjuiciamiento.

Las primeras están perfectamente reguladas en nuestras normas procesales. Así, por ejemplo, en la Ley Orgánica del Poder Judicial (“LOPJ”), en su artículo 187, se dice que:

1. *En audiencia pública, reuniones del Tribunal y actos solemnes judiciales, los Jueces, Magistrados, Fiscales, Secretarios, Abogados y Procuradores usarán toga y, en su caso, placa y medalla de acuerdo con su rango.*
2. *Asimismo, todos ellos, en estrados, se sentarán a la misma altura”.*

En el mismo sentido, el artículo 57.1 del Estatuto General de la Abogacía Española, aprobado en el Pleno celebrado el día 12 de junio de 2013 (“EGAE”)¹, dispone que:

“Los Abogados intervendrán ante los juzgados y tribunales de cualquier jurisdicción sentados en estrados al mismo nivel en que se halle el órgano jurisdiccional ante el que actúen y vistiendo toga, adecuando su indumentaria a la dignidad de la función”.

Con ello, se transmite la idea de que todos los protagonistas que actúan en un determinado proceso judicial son igualmente necesarios para una recta Administración de Justicia.

Ello no obstante, aun partiendo de esa situación de “*igualdad en estrados*”, es el Juez quién preside el acto judicial de que se trate y es al Juez a quién corresponde dirigir el debate y mantener el orden en la Sala, para lo que la propia LOPJ, en sus artículos 552 y siguientes, relativos a la llamada “*policía de estrados*”, le confiere potestades disciplinarias, de las cuales también se hace eco el artículo 118.2 del EGAE, cuando establece que:

“Las facultades disciplinarias de la autoridad judicial sobre los Abogados se ajustarán a lo dispuesto en las leyes procesales”.

Al margen del proceso y de las concretas regulaciones procesales, no existe ninguna norma legal que establezca con claridad cómo deben articularse las relaciones entre los Jueces y los Abogados. No existe ningún precepto legal que regule las reuniones que los Jueces, fuera del horario de audiencia pública, pueden mantener con los Abogados y/o con las propias partes litigantes.

Existe, por tanto, un vacío legal que a juicio de la Abogacía es conveniente abordar para normalizar en la medida de lo posible las relaciones entre ambos profesionales de la Administración de Justicia.

2. LA PERSPECTIVA JUDICIAL

En la actualidad, aunque no regula el régimen de reuniones privadas entre Jueces y Abogados y se encuentra ínsito en la regulación del contenido de la audiencia pública, la única previsión normativa existente se

¹ El Estatuto General de la Abogacía Española, aprobado por el Pleno celebrado el día 12 de junio de 2013, se encuentra todavía pendiente de aprobación por el Ministro de Justicia. El Estatuto vigente es el aprobado mediante RD658/2001, de 22 de junio.

encuentra en el artículo 10 del Reglamento 1/2005, de 15 de septiembre, sobre los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales.

Al regular el contenido de la audiencia pública para la práctica de las pruebas, las vistas de los pleitos y causas y la publicación de las sentencias, el apartado 2 de dicho precepto, señala que:

“También durante este horario se desarrollará el despacho ordinario de los asuntos, la atención a los profesionales y al público que soliciten ser recibidos por el Juez, por el Presidente del Tribunal o por el Secretario Judicial, salvo que se deniegue motivadamente la solicitud, y los demás actos que señalen la Ley y este Reglamento”.

En este precepto, simplemente, se contempla la posibilidad de que el Juez, el Presidente del Tribunal o el Secretario Judicial, estando constituidos en audiencia pública, reciban a los profesionales jurídicos, ya sean Abogados, Procuradores, miembros del Ministerio Fiscal, Abogados del Estado, o al “público” en general, ya sea la propia parte litigante, los testigos, los peritos, o cualquier persona que así lo solicite. Dicha solicitud, no obstante, podrá ser “denegada motivadamente”.

Nótese que ni siquiera se exige que esta denegación se haga por escrito, lo que dificultaría enormemente la presentación de un eventual recurso gubernativo, de reposición o de alzada, contra la misma. Tampoco contempla el precepto la posibilidad de que la solicitud de reunión se dirija al Magistrado Ponente, en el caso de un Tribunal colegiado, ya que el precepto reglamentario parece remitir en todo caso al Presidente del Tribunal.

En la práctica habitual, las reuniones o contactos entre los Jueces y los Abogados de parte son muy poco frecuentes y, sobre todo, cuando se producen, son muy poco útiles no obstante el relevante papel que tanto los Jueces como los Abogados juegan en una recta Administración de Justicia, los primeros como administradores de la misma y los segundos, como cooperadores y defensores de los intereses que les son confiados.

Esta situación contrasta con la fluidez de las relaciones que tienen los Jueces con los Fiscales o con los Abogados del Estado, que también son “parte” en el proceso y que también se configuran en la LOPJ como “cooperadores” de la Administración de Justicia.

Indudablemente, este estado de cosas obedece a la existencia en nuestro país de un determinado “modelo de juez” más próximo a una concepción del mismo como funcionario público, “hacedor de sentencias y autos”, que como titular *difuso* de un Poder del Estado encaminado a resolver satisfactoriamente las controversias que se someten a su jurisdicción con todos los

medios que las leyes ponen a su alcance y no sólo mediante la sentencia, con el único y exclusivo sometimiento al imperio de la ley.

Como acertadamente recuerda GIMENO SENDRA², el prestigio o la autoridad moral del Juez o Magistrado no puede obtenerse, en la sociedad contemporánea, a través de la observancia de determinadas pautas de conducta, afortunadamente superadas por la evolución histórica, como podrían ser, por ejemplo, el modelo de “juez-militar” o “virtuoso funcionario público” propio del modelo napoleónico vigente en la Europa de los siglos XIX y buena parte del XX.

Tampoco sirven ya los modelos del “juez-servidor de la Patria”, correspondiente a los Estados Totalitarios y Comunistas del siglo XX ni, por supuesto, el modelo franquista del “Juez-sacerdote” defendido, entre otros, por el que fue Presidente del Tribunal Supremo y antiguo Ministro de Justicia, RUIZ JARABO³, el cual, en el Discurso de Apertura de Tribunales, de 15 de septiembre de 1969, decía lo siguiente de los Jueces:

“Yo afirma, sin temor a equivocarme, que para que un hombre pueda soportar el peso extraordinario, verdaderamente agobiante, de las responsabilidades que caen sobre sus espaldas, hace falta que esté dotado de vocación extraordinaria, de un espíritu de servicio inquebrantable. Vocación sí, porque la misión de juzgar está reservada a ese grupo de hombres que sin pensar, ni mirar dificultades ni sacrificios se sienten llamados especialmente al desempeño de esa actividad, casi divina, de impartir la Justicia; y el que no la sienta en el fondo de su alma no debe formar parte de nuestras filas, y si ya estuviera en ellas, debe tener el valor de marcharse”.

Lejos de estos modelos ya obsoletos, lo que reclama una sociedad moderna es, por encima de cualquier otra consideración, un modelo de “Juez profesional” que resuelva los conflictos sometidos a su jurisdicción mediante la aplicación del Derecho y que lo haga con rapidez e imparcialidad, a través de un proceso con todas las garantías de contradicción y prueba, tal y como establece el artículo 24.2 de nuestra Constitución.

Ello no obstante, la pervivencia en parte de la concepción de un modelo de Juez-funcionario hace que el Magistrado se sienta en muchas ocasiones más próximo a los restantes funcionarios públicos que actúan en el proceso judicial, como son los Fiscales o Abogados del Estado o, incluso los Catedráticos o Profesores Titulares cuando actúan como Peritos, que con

² GIMENO SENDRA, Vicente. “El control de los jueces por la sociedad”. Revista PODER JUDICIAL N° 48. Año 1997. Págs. 37 a 56.

³ RUIZ JARABO, Francisco. “Discurso de Apertura de Tribunales” de 15 de septiembre de 1969, Págs. 27 y ss.

los Abogados de parte que ejercen su función con libertad e independencia, como antes hemos dicho.

Desde este punto de vista, el Magistrado, en tanto que servidor público, se siente mucho más cómodo hablando en privado con otros funcionarios que con profesionales liberales como los Abogados, no obstante ostentar unos y otros la misma condición de parte en el proceso y, a los ojos de la LOPJ, ser todos ellos cooperadores de la Administración de Justicia, y no obstante tener que observar el Juez la misma distancia entre ellos.

Ese estado de cosas desconoce u olvida que los Abogados de parte, aunque profesionales liberales, constituyen una pieza esencial en el funcionamiento del Poder Judicial y en la satisfacción del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. En el Estado social y democrático de Derecho, los Abogados desempeñan una función importantísima y sirven a los intereses de la Justicia mediante el asesoramiento jurídico y la defensa de los derechos y las libertades públicas.

Como dice el artículo 56.1 del EGAE:

“En su condición de garante de la efectividad del derecho constitucional de defensa y de colaborador con la Administración de Justicia, el Abogado está obligado a participar y cooperar con ella asesorando, conciliando y defendiendo los intereses que le sean confiados”.

Los Jueces deberían considerar a los Abogados como sus colaboradores más fieles porque una de las labores más preciosas de éstos últimos es justamente la de evitar procesos que consideran abocados al fracaso. Al igual que ocurre con los médicos, que no pueden variar el curso de una enfermedad, pero nadie duda de su capacidad profiláctica o preventiva, los Abogados pueden erigirse en los grandes cooperadores de la Administración de Justicia cuando, mediante su asesoramiento y consejo, evitan la provocación de procesos judiciales inútiles y perjudiciales para los intereses de sus clientes.

3. LA PERSPECTIVA DEL ABOGADO

Desde la perspectiva de la Abogacía, es claro que las relaciones profesionales entre los Jueces y los Abogados de parte, al margen de los concretos actos procesales regulados en las distintas leyes de enjuiciamiento, son susceptibles de mejorar, en el sentido de normalizarse.

En muchas ocasiones, los Abogados y sus clientes sienten la necesidad de hablar con el Juez que lleva su caso, de llamar su atención sobre éste u otro extremo del proceso, de expresarle sus dudas, inquietudes, sospechas, incertidumbres o preocupaciones. Sienten la necesidad, en suma, de conocerle más de cerca.

Sin embargo, y precisamente como una consecuencia directa de esta laguna legal de la que hablábamos al principio, muchos Jueces y Magistrados se sienten incómodos con este tipo de contactos o reuniones. Piensan que estos contactos unilaterales con las partes y sus Abogados pueden “contaminarles” o poner en peligro su imparcialidad, concediendo ventajas no previstas en las leyes procesales. Ese miedo a la contaminación o a poner en peligro su imparcialidad o, incluso, su apariencia de imparcialidad, no lo sienten en cambio cuando sus interlocutores son los Fiscales o los Abogados del Estado o Autonómicos.

En España estos contactos o reuniones son infrecuentes y, sin embargo, contra lo que muchos podrían pensar, la proximidad entre los Jueces y los Abogados de parte no tiene por qué otorgar ventaja alguna a los clientes de los Letrados que mantienen fluidas relaciones con el Juez, ya que es de conocimiento general que los Jueces suelen mostrarse más escrupulosos en aquellos asuntos en los que interviene un Abogado amigo o conocido, que en aquellos en los que el Letrado es un desconocido.

Como dice un antiguo adagio forense:

“Se necesita más valor para ser justo, aún a riesgo de parecer injusto, que para ser injusto, pero dando la apariencia de ser justo”.

Ahora bien, para que existan unas relaciones fluidas entre los Jueces y los Abogados, es necesario que exista un conocimiento mutuo, es necesario que se conozcan y es verdad que, sobre todo en las grandes capitales, la existencia de un número ingente de Abogados hace que los Jueces no conozcan o no puedan conocer a todos ellos. En este detalle, por ejemplo, radica una importante diferencia con los Abogados del Estado o los Fiscales que, al ser muchos menos y ostentar también la condición de servidores públicos, favorece el conocimiento mutuo y el trato personal.

Es verdad que los Abogados de renombre, los llamados “primeras españas”, también pueden llegar a tener ese trato más cercano y directo con los Jueces pero, para la gran mayoría de los Letrados ese trato próximo y personal está poco menos que vedado, lo que dificulta enormemente el conocimiento mutuo y la fluidez de las relaciones profesionales.

Sin embargo, es lo cierto que el artículo 1.5 del EGAE, dispone que:

“En el Estado social y democrático de Derecho los Abogados desempeñan una función esencial y sirven los intereses de la Justicia, mediante el asesoramiento jurídico y la defensa de los derechos y libertades”.

Por tanto, para cumplir con este “servicio a los intereses de la Justicia” y poder “cooperar” de un modo más eficaz con la Administración de Justicia y, en suma, con los Jueces, desde el punto de vista de la Abogacía española se considera deseable un mejoramiento de las relaciones profesionales *extra processum* entre los Abogados y los Jueces que se traduzca en una mayor fluidez en las mismas.

Desde la perspectiva de los Abogados de parte, en tanto que garantes de la efectividad del derecho fundamental de defensa, existe un espacio de colaboración o de cooperación con los Jueces para la resolución de los conflictos y de los intereses que les han sido confiados, que no tiene por qué ser estrictamente la sentencia, sino que puede ser alguna otra fórmula de mediación, conciliación o, incluso, amigable composición en la que, tanto Jueces como Abogados pueden estar interesados y que exige la existencia de unas relaciones fluidas entre ambos profesionales del Derecho, entre quienes administran la Justicia y quienes cooperan a ello.

4. LA PERSPECTIVA DEL DERECHO COMPARADO

Tanto desde el punto de vista de la regulación, como de los usos y las costumbres, la normativa relativa a los encuentros o reuniones privados entre Jueces y Abogados en los países de nuestro entorno de la Unión Europea es escasa e, incluso, en algunos ordenamientos jurídicos, inexistente.

En el ámbito continental o del llamado *Civil Law* (derecho codificado de origen romano-germánico) se intuye un cierto rechazo a que los Jueces y Abogados, en el marco de un proceso judicial, se comuniquen privadamente dado que la frágil y fácilmente quebrantable apariencia de imparcialidad, así como el principio de igualdad de armas, son dos de los fundamentos básicos que todos los ordenamientos jurídicos pretenden salvaguardar y ello, a pesar de que muchas veces la sobreprotección que se dispensa a esta “apariencia de imparcialidad”, hace que estos sistemas judiciales pierdan en eficiencia y celeridad.

Así, podríamos decir que, con carácter general, nuestros colegas europeos continentales (Francia, Italia y, en menor medida Alemania) no quieren arriesgarse ante la opinión pública en el sentido de llevar a cabo

cualquier movimiento legislativo que pudiera poner en entredicho el citado principio de imparcialidad.

Desde este punto de vista, no puede pasarse por alto que, por ejemplo, la tradición jurídica francesa nace en un marco histórico en el que una de las máximas que se mantienen hasta la actualidad es, justamente, el principio de igualdad y esta igualdad, en su versión de la “igualdad de armas en el proceso”, empapa tanto el ordenamiento jurídico francés, como la propia mentalidad de la sociedad de nuestro país vecino.

La situación en Italia es muy parecida y al Abogado no se le permite interactuar con los Tribunales sobre las actuaciones en marcha, sin la presencia del Abogado de la parte contraria.

En Alemania, en cambio, sí existe una cierta flexibilidad para la comunicación directa entre Jueces y Abogados, puesto que en este país, el clima judicial y la percepción social de la Justicia son diferentes a otros países, ya que la sociedad respeta y confía de manera generalizada en los Jueces y en los Abogados.

No faltan tampoco voces críticas que denuncian que la burocracia y la extrema formalidad exigida en las actuaciones judiciales, no sólo paralizan y ralentizan los procedimientos, sino que en muchas ocasiones dan lugar a resoluciones más injustas pues tales formalidades impiden a los abogados realizar puntualizaciones concretas a los Jueces que les permitirían explicar de un modo más informal y distendido las diferentes circunstancias del caso.

Por el contrario, en el sistema anglosajón del *Common Law* (conjunto de reglas y normas no escritas, pero sancionadas por la costumbre o la jurisprudencia), es mucho más frecuente la comunicación entre Jueces y Abogados sin que, por ello, sufra merma alguna el principio de imparcialidad o de igualdad de armas.

Por tanto, parece razonable realizar una primera y básica distinción entre el sistema anglosajón del *Common Law*, muy basado en la costumbre y el antecedente, y el sistema continental del *Civil Law*, puesto que los roles que juegan los Abogados en uno y otro sistema, determinan también el modo de relacionarse con los Jueces.

Así, mientras que en el sistema del *Civil Law*, los Abogados son técnicos jurídicos defensores de los intereses de parte que les son confiados y es el Juez quién atrae para sí mismo todo el protagonismo del proceso judicial, por lo que su figura es mucho menos asequible y las relaciones que tienen con los Abogados, al margen de los escritos y de las audiencias y juicios

públicos, son muy poco significativas, en el sistema del *Common Law*, son los abogados los indiscutibles protagonistas del proceso, lo que determina que sean mucho más proactivos, y a que en este sistema el Juez tenga un papel más pasivo o de mediador, por lo que las relaciones entre Jueces y Abogados son mucho más frecuentes.

Es lo cierto, no obstante, que los Abogados que trabajan en el ámbito de los sistemas procesales del *Civil Law*, cada vez demandan más importancia y protagonismo dentro de los procesos, pues son cada vez más conscientes de la trascendencia que tiene su intervención en la Administración de Justicia.

La globalización de los derechos ha situado a los Jueces pero también a los Abogados como principales referentes dentro de cualquier proceso judicial, haciendo que la proactividad de los Abogados y las relaciones de éstos con los Jueces en el ámbito del *Common Law*, sea ya un referente para quienes trabajan bajo el sistema del *Civil Law*.

El mundo anglosajón ha logrado con éxito encontrar un punto de equilibrio entre la “seguridad jurídica y la igualdad entre las partes” y la “eficiencia en el desarrollo del procedimiento”. De este modo, y bajo la denominación de diferentes tipos de encuentros “*in chambers*”, esto es, en el despacho del Juez, el derecho inglés ha permitido que los Abogados accedan a mantener reuniones de carácter informal con el Juez, con múltiples propósitos. Todas esas reuniones tienen un denominador común: son confidenciales y carentes de formalidades.

Existen muchas razones por las que la doctrina anglosajona ha considerado de vital importancia mantener las reuniones de carácter privado en el despacho del Juez. Sin duda, hay excepciones que pueden justificar que ciertos asuntos de especial delicadeza o trascendencia hayan de tratarse fuera de la vista del público y del jurado. Por ejemplo, hay algunos temas que por su importancia empresarial o económica, no conviene que sean revelados al público en general pero que, sin embargo, son relevantes para el proceso. En algunos otros casos, existen situaciones personales o íntimas que, pese a ser necesario valorar en el proceso judicial, es inapropiado que se diriman en una audiencia pública.

En otros casos distintos, el juez del mundo anglosajón tiene por costumbre llamar a los Abogados a su despacho no sólo para facilitar el normal desarrollo del proceso, sino también para aconsejar sobre un posible acuerdo, evitando la continuación del pleito. (*Settlement Conferences*)

Por tanto, vemos como la tendencia que se va imponiendo es la proveniente del sistema inglés que empieza ya a ser un referente para los Abogados que trabajan en el sistema continental.

Y es que, como dice la doctrina procesalista italiana de la primera mitad del siglo XX (CHIOVENDA, CARNELUTTI o el ya citado CALAMANDREI), el Abogado no debe temer aparecer como parcial ante el Juez y, desde esta óptica, debe “tomar todas las iniciativas, agitar todas las dudas y remover todos los obstáculos” en la defensa de los intereses que le son confiados pues, como dice CALAMANDREI:

“El abogado que pretendiese ejercitar su ministerio con imparcialidad, no sólo constituiría una embarazosa repetición de juez, sino que sería el peor enemigo de éste porque, no cumpliendo su cometido, que es oponer a la parcialidad del contradictor la reacción equilibrante de una parcialidad en sentido inverso, favorecería, creyendo apoyar a la justicia, el triunfo de la injusticia contraria”.

5. LA PERSPECTIVA DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

En su reciente comparecencia en el Congreso de los Diputados, el pasado 25 de noviembre de 2014, el Presidente del Tribunal Supremo ha señalado que en un país con una tasa de litigiosidad tan alta como la española, es necesario fomentar la mediación y los sistemas alternativos de resolución de conflictos, así como abordar un profundo cambio en el modelo de organización de la Justicia, para adaptarla a las necesidades del Siglo XXI.

Grandes palabras, sin duda, pero que reflejan la preocupación del más alto representante de la Judicatura española sobre un modelo judicial que, simplemente, no responde satisfactoriamente.

De hecho, según datos del Centro de Investigaciones Sociológicas (Barómetro de febrero de 2011), el 57% de los encuestados, si se viesen envueltos en un conflicto con otra persona sobre sus derechos o intereses, intentarían llegar a un acuerdo con ella, aunque les supusiera alguna pérdida, mientras que sólo el 21,7% acudirían a un Tribunal de Justicia para obtener todo lo que en justicia les corresponde (Pregunta 11).

Por otra parte (Pregunta 15), el 77'4% de los encuestados entiende que la justicia necesita de unos procedimientos más ágiles y rápidos, puesto que una Justicia lenta no es aceptable.

Este dato contrasta con la opinión del 56,5% de los encuestados que considera que los Jueces españoles, por lo general, están bien preparados y son competentes (Pregunta 21).

Por tanto, en su mayoría, los españoles consideran que sus Jueces son profesionales competentes y preparados pero, el mismo tiempo, sólo el 18% cree que la Justicia en España funciona bien (Pregunta 12).

Estos datos, dado que son los Jueces y sólo los Jueces quienes administran la Justicia en España, nos devuelven a la cuestión inicial sobre si el modelo judicial español es el más adecuado para afrontar los problemas de la Justicia española en el siglo XXI o si, como dice el Presidente Lesmes, se requiere un cambio profundo en el modelo judicial.

Ya hemos dicho antes que, a nuestro entender, en cierto modo subsiste en España una concepción de “juez-funcionario” o de juez “hacedor de sentencias”, cuando lo que demanda la sociedad contemporánea es un modelo de juez “solucionador de conflictos” mediante la búsqueda de soluciones flexibles acordes con el Derecho y en estrecha colaboración con los restantes profesionales que cooperan con la Administración de Justicia.

En la búsqueda de una solución jurídica al conflicto, el Juez actual ya no puede ser un mero “auténtico de la subsunción”, ya no puede ser únicamente “la boca que pronuncie las palabras de la Ley”, como sustentaron MONTESQUIEU o FEUERBACH, sino que el Magistrado de hoy en día debe erigirse como un “cualificado intérprete del Derecho”, como un “buscador” cabal de la solución jurídica más adecuada al caso concreto, sin violentar nunca el tenor literal de la Ley, en tanto que reflejo de la voluntad soberana, pero con la mente abierta para tratar de encontrar el sentido objetivo de la norma, extrayendo de ella nuevos contenidos o nuevos significados en consonancia con las nuevas exigencias sociales. Como dice GIMENO SENDRA, es pues, desde esa tarea interpretativa, desde donde el Juez actual puede obtener la necesaria “*auctoritas*” que la sociedad moderna le reclama.

Más que una Justicia autoritaria, impuesta por el *imperium* del Juez, lo que hoy demanda la sociedad es una Justicia consensuada que encuentre su *auctoritas* en el refrendo de la sociedad entera lo que, indudablemente, requiere de la colaboración y de un mayor protagonismo por parte de los Abogados.

En un modelo de Juez distinto, más implicado en la satisfactoria resolución del conflicto que en el mero hecho de poner una sentencia, el protagonismo del Juez seguirá siendo esencial, pero de otra forma y en ese

otro modelo, las reuniones con los Abogados encaminadas a solucionar el conflicto e impedir el pleito o poner fin al ya iniciado o, incluso, a encauzarlo correctamente, podrían cobrar todo su sentido.

Sin dejar la perspectiva del Consejo General del Poder Judicial, en la Guía para la práctica de la mediación *intrajudicial*, publicada por dicho órgano constitucional, puede leerse que el objetivo último de los Jueces y Magistrados es otorgar la tutela judicial efectiva a los derechos e intereses de los ciudadanos, por imperativo del artículo 24 de la Constitución Española (“CE”), pero el otorgamiento de la tutela judicial efectiva mediante una sentencia, es decir, mediante una decisión impuesta por autoridad o por *ius imperium*, en una relación jurídico-procesal de “ganar o perder”, puede no llegar a ser una auténtica solución al problema concreto puesto que, en muchas ocasiones, las decisiones así impuestas no son aceptadas por aquel a quién resultan desfavorables y dan lugar a recursos, cuando no, directamente, a resistirse a su efectividad.

Si de verdad se quiere fomentar la mediación y los sistemas alternativos de resolución de conflictos de que habla el Presidente del Consejo General del Poder Judicial, es preciso dar a los Abogados un mayor protagonismo en ese ámbito y, fundamentalmente, permitirles con mayor facilidad mantener reuniones privadas con los Jueces en las que se hable abiertamente del caso y se exploren las posibilidades de conciliación de intereses, sin que ello tenga que comprometer en absoluto la “independencia” de criterio y, eventualmente, de decisión, del Magistrado.

Llegados a este punto, es importante resaltar que en la Europa de hoy en día, los llamados *Alternative Dispute Resolution* (“ADR”), es decir, el uso de medios alternativos de resolución de conflictos es una tendencia que se va imponiendo cada vez con más fuerza.

En línea con las palabras del Presidente del Tribunal Supremo, a las que anteriormente hemos hecho referencia, es lo cierto que si entendemos la función judicial como la actividad racional que permite establecer una serie de hipótesis legales de solución al conflicto, patrocinadas por los distintos Abogados intervenientes en el proceso, también puede afirmarse que entra dentro del cometido del Juez el estimular las soluciones amistosas o consensuadas entre las partes litigantes.

En este sentido, el artículo 428.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que:

“A la vista del objeto de la controversia, el tribunal podrá exhortar a las partes o a sus representantes y a sus abogados para que lleguen a un acuerdo que ponga fin al litigio”.

Por tanto, es la propia ley procesal civil la que contempla la posibilidad de que los jueces “exhorten” a los Abogados, es decir, les inciten con palabras, razones o ruegos a que lleguen a un acuerdo que ponga fin al litigio o, lo que es lo mismo, es la propia ley de enjuiciamiento la que otorga a los abogados la posibilidad de “poner fin al litigio”, mediante un acuerdo consensuado, reflejando de forma muy evidente el papel de los Abogados como cooperadores de la Administración de Justicia y evidenciando que no es únicamente la sentencia el instrumento procesal adecuado para resolver un conflicto, sino que también el acuerdo, la mediación o la conciliación, en las que el protagonismo del Abogado es mucho más intenso, son instrumentos aptos para poner fin a los litigios.

Esta previsión legislativa es importante en la medida en que, en cierto modo, aunque siempre bajo la presidencia del Juez, los Abogados pueden ser también “solucionadores” de litigios y, en todo caso, son “cooperadores” con la Administración de Justicia.

Dentro de los actos propios de la profesión de Abogado, el artículo 4 EGAE, contempla la consulta, consejo y asesoramiento jurídico, los arbitrajes, la mediación, las conciliaciones, acuerdos y transacciones, la elaboración de dictámenes jurídicos, la redacción de contratos y otros documentos para formalizar actos y negocios jurídicos, el ejercicio de toda clase de acciones ante los diferentes órdenes jurisdiccionales y administrativos y, en general, la defensa de los derechos e intereses ajenos, públicos y privados, judicial o extrajudicialmente.

Con cualquiera de esas actividades, los Abogados pueden cooperar con el Juez para alcanzar una solución satisfactoria al conflicto que evite la prosecución del pleito.

Como dijimos en el Informe de esta Comisión Jurídica nº 3/2012, sobre el Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, el primer aspecto donde es más evidente la posible intervención de los Abogados en el ámbito de la mediación es, justamente, en el papel de asesores de las partes interesadas en ésta y, dentro de este asesoramiento que pueden recibir las partes, se encuentra el asesoramiento jurídico.

No parece tampoco que exista ningún obstáculo para que un Abogado pueda asumir la representación de una de las partes interesadas en la mediación, siendo perfectamente posible que los Abogados que asesoren a las partes interesadas en la mediación, intervengan de forma activa en la misma, acudiendo a las reuniones con el mediador en compañía de sus clientes o en solitario, en representación de aquél.

También parece muy clara la intervención de los Abogados a la hora de examinar el acuerdo de mediación que le sea presentado a las partes para su firma. La importancia del documento de mediación hace absolutamente necesario que en su redacción intervenga un Abogado con el fin de asegurar en la medida de lo posible que su contenido es correcto desde el punto de vista jurídico y que el acuerdo alcanzado y reflejado en el documento es válido en Derecho.

La mayor participación de los Abogados en la búsqueda de soluciones consensuadas a los conflictos podría presentar múltiples ventajas. Entre otras, podemos señalar las siguientes:

- a) Un mayor control del proceso y del resultado.
- b) Una mayor colaboración entre los Abogados, en lugar de una confrontación.
- c) Una perspectiva de ganar-ganar, en vez de un escenario de ganar o perder.
- d) Un mayor protagonismo de los Abogados y de las partes en la búsqueda de una solución al conflicto.
- e) Un mayor grado de compromiso con el cumplimiento del acuerdo, frente a un escaso compromiso por parte del perdedor del litigio.
- f) Mayor rapidez a la hora de alcanzar una solución, frente a las ya endémicas dilaciones judiciales.
- g) Un menor coste económico para las partes en conflicto.
- h) Permisividad de soluciones más creativas e imaginativas
- i) Permite reanudar el diálogo entre las partes, en lugar de romper toda posibilidad de diálogo futuro entre las partes contendientes.
- j) Posibilidad de generación de empatía, frente a la hostilidad que representa la continuación del pleito.
- k) Alta probabilidad de cumplimiento, frente a una mayor resistencia al cumplimiento en el perdedor del pleito.
- l) Prevención de futuros conflictos, frente a la posibilidad de reiteración en la litigiosidad.

6. PERSPECTIVA DE *LEGE FERENDA*

A la vista de todo lo anteriormente expuesto, en el Borrador de Anteproyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial impulsado por el Ministerio de Justicia, al que aludíamos al principio de este trabajo, se incluyó un precepto que trataba de regular el régimen de reuniones entre los Abogados y los Jueces.

Dicho precepto disponía lo siguiente:

- “1. Sin necesidad de constituirse en audiencia pública, podrán los Jueces de oficio o a instancia de parte, convocar a cualquiera de las partes, a sus Abogados o a sus representantes procesales en la sede del Tribunal cuando lo consideren conveniente para la recta administración de justicia, informando de ello en todo caso al resto de las partes personadas.*
- 2. En el supuesto previsto en el apartado anterior, y a fin de garantizar el derecho de defensa y la igualdad entre los litigantes, podrán los jueces convocar también, si lo consideran necesario, a los demás litigantes, conjunta o separadamente”.*

Esta iniciativa surgió como consecuencia del vacío legal existente al respecto pero hay que decir que, en la actualidad, parece que el proyecto legislativo de nueva Ley Orgánica del Poder Judicial ha entrado en dique seco y que, lo que se quiere es introducir simples modificaciones puntuales a la LOPJ vigente y a otras normas de enjuiciamiento, pero dejando incólume el cuerpo principal de la LOPJ y, en su consecuencia, dejando para mejor ocasión la regulación de los contactos y reuniones privadas entre Jueces y Abogados.

Por tanto, la situación de vacío legal persiste y no tenemos en España un precepto legal que proporcione la necesaria seguridad jurídica a este tipo de reuniones o contactos entre los Jueces y los Abogados de parte.

En el texto del precepto proyectado, debería introducirse igualmente, la limitación establecida en el artículo 11 g) del Código Deontológico, en el sentido de que por respeto al carácter contradictorio de los juicios, los Abogados no podrán entregar pruebas, notas u otros documentos al Juez en forma diferente a los establecido en las normas procesales aplicables.

Si finalmente, se diera el paso en España de llevar a la LOPJ un precepto de estas características sería un gran avance en la medida en que supondría modernizar y adecuar la posición cada vez más relevante que el Abogado tiene en el proceso judicial, alineando los intereses de una recta y moderna Administración de Justicia con un papel del Juez cada vez más “solucionador de conflictos” en lugar de “sentenciador” de procesos y dando más protagonismo a los Abogados en la búsqueda de soluciones razonables.

7. CONCLUSIONES

Primera. Las relaciones profesionales entre los Jueces y los Abogados pueden producirse en dos planos distintos: a) dentro del proceso, es decir, en el seno de las distintas actuaciones procesales reguladas por las distintas leyes de enjuiciamiento (vistas, actos de práctica de la prueba, informes orales, juicio oral, etc.); b) fuera del proceso, es decir, contactos profesionales extraprocesales, reuniones privadas, conversaciones informales, etc. que se producen al margen de los concretos actos procesales regulados en las leyes de enjuiciamiento.

Segunda. En la práctica, ante la ausencia de una regulación legal expresa, las reuniones o contactos informales entre los Jueces y los Abogados de parte son muy poco frecuentes y, sobre todo, cuando se producen, son muy poco útiles no obstante el relevante papel que Jueces y Abogados juegan en una recta Administración de Justicia. Esta situación contrasta con la fluidez de las relaciones que tienen los Jueces con los Fiscales o con los Abogados del Estado, que también son “parte” en el proceso y que también se configuran en la LOPJ como “cooperadores de la Administración de Justicia”.

Tercera. Una consecuencia directa de esta laguna legal es la de que muchos Jueces y Magistrados se sienten incómodos con este tipo de contactos o reuniones. Piensan que estos contactos unilaterales con las partes y sus Abogados pueden contaminarles o lesionar su imparcialidad, concediendo ventajas no previstas en las leyes procesales.

Cuarta. Para cumplir con el debido “servicio a los intereses de la Justicia” y poder “cooperar” de un modo más eficaz con la Administración de Justicia y, en suma, con los Jueces, desde el punto de vista de la Abogacía española se considera deseable un mejoramiento de las relaciones profesionales *extra processum* entre los Abogados y los Jueces que se traduzca en una mayor fluidez en las mismas.

Quinta. Desde el punto de vista del Derecho comparado, es lo cierto que en los países donde rige el sistema del llamado *Civil Law* (derecho codificado de origen romano-germánico) se intuye un cierto rechazo a que los Jueces y Abogados, en el marco de un proceso judicial, se comuniquen privadamente dado que la frágil y fácilmente quebrantable apariencia de imparcialidad y el principio de igualdad de armas son dos de los fundamentos básicos que todos los ordenamientos jurídicos pretenden salvaguardar y ello, a pesar de que muchas veces la sobreprotección que se dispensa a esta apariencia de imparcialidad hace que estos sistemas judiciales pierdan en eficiencia y celeridad.

Sexta. Por el contrario, en el sistema anglosajón del *Common Law* (conjunto de reglas y normas no escritas, pero sancionadas por la costumbre o la jurisprudencia), es mucho más frecuente la comunicación entre Jueces y Abogados sin que, por ello, sufra merma alguna el principio de imparcialidad o de igualdad de armas.

Séptima. La globalización de los derechos ha situado a los Jueces y Abogados como principales referentes dentro de cualquier proceso judicial, haciendo que la proactividad de los Abogados y las relaciones de éstos con los Jueces en el ámbito del *Common Law*, sea ya un referente para quienes trabajan bajo el sistema del *Civil Law*.

Octava. En un país con una tasa de litigiosidad tan alta como la española, es necesario fomentar la mediación y los sistemas alternativos de resolución de conflictos *Alternative Dispute Resolution* (“ADR”), así como abordar un profundo cambio en el modelo de organización de la Justicia, para adaptarla a las necesidades del Siglo XXI.

Novena. En un modelo de Juez distinto al del “Juez-funcionario”, más implicado en la satisfactoria resolución del conflicto que en el mero hecho de poner una sentencia, el protagonismo del Juez como “cualificado intérprete del Derecho” seguirá siendo esencial, pero de otra forma y en ese otro modelo, las reuniones con los Abogados encaminadas a solucionar el conflicto e impedir el pleito o poner fin al ya iniciado o, incluso, a encauzarlo correctamente, podrían cobrar todo su sentido.

Décima. El otorgamiento de la tutela judicial efectiva mediante una sentencia, es decir, mediante una decisión impuesta por autoridad o por *ius imperium*, en una relación jurídico-procesal de “ganar o perder”, puede no llegar a ser una auténtica solución al problema concreto puesto que, en muchas ocasiones, las decisiones así impuestas no son aceptadas por aquel a quién resultan desfavorables y dan lugar a recursos, cuando no, directamente, a resistirse a su efectividad.

Décimoprimera. Si de verdad se quiere fomentar la mediación y los sistemas alternativos de resolución de conflictos (ADR) es preciso dar a los Abogados un mayor protagonismo en ese ámbito y, fundamentalmente, permitirles con mayor facilidad mantener reuniones con los Jueces en las que se hable abiertamente del caso y se exploren las posibilidades de conciliación de intereses, sin que ello tenga que comprometer en absoluto la “independencia” de criterio y, eventualmente, de decisión, del Magistrado.

Décimosegunda. La mayor participación de los Abogados en la búsqueda de soluciones consensuadas a los conflictos podría presentar múltiples ventajas. Entre otras, podemos señalar las siguientes:

- a) Un mayor control por las partes en conflicto del proceso y del resultado.
- b) Una mayor colaboración entre los Abogados, en lugar de una confrontación.
- c) Una perspectiva de ganar-ganar, en vez de un escenario de ganar o perder.
- d) Un mayor protagonismo de los Abogados y de las partes en la búsqueda de una solución al conflicto.
- e) Un mayor grado de compromiso con el cumplimiento del acuerdo, frente a un escaso compromiso por parte del perdedor del litigio.
- f) Mayor rapidez a la hora de alcanzar una solución, frente a las ya endémicas dilaciones judiciales.
- g) Un menor coste económico para las partes en conflicto.
- h) Permisividad de soluciones más creativas e imaginativas
- i) Permite reanudar el diálogo entre las partes, en lugar de romper toda posibilidad de diálogo futuro entre las partes contendientes.
- j) Posibilidad de generación de empatía, frente a la hostilidad que representa la continuación del pleito.
- k) Alta probabilidad de cumplimiento, frente a una mayor resistencia al cumplimiento en el perdedor del pleito.
- l) Prevención de futuros conflictos, frente a la posibilidad de reiteración en la litigiosidad.

Décimotercera. Desde el punto de vista de la Abogacía, sería muy positivo que se incorporara en la LOPJ un nuevo precepto que regulara las relaciones profesionales entre los Jueces y los Abogados. Su tenor literal podría ser el siguiente:

“1. Sin necesidad de constituirse en audiencia pública, podrán los Jueces de oficio o a instancia de parte, convocar a cualquiera de las partes, a sus Abogados o a sus representantes procesales en la sede del Tribunal cuando lo consideren conveniente para la recta administración de justicia, informando de ello en todo caso al resto de las partes personadas.

2. *En dichas reuniones, los Abogados no podrán entregar a los Jueces pruebas, notas u otros documentos, en forma diferente a lo establecido en las normas procesales aplicables.*
3. *En el supuesto previsto en los apartados anteriores, y a fin de garantizar el derecho de defensa y la igualdad entre los litigantes, podrán los jueces convocar también, si lo consideran necesario, a los demás litigantes, conjunta o separadamente”.*

Décimocuarta. Si finalmente, se diera el paso en España de llevar a la LOPJ un precepto de estas características sería un gran avance en la medida en que supondría modernizar y adecuar la posición cada vez más relevante que el Abogado tiene en el proceso judicial, alineando de forma apropiada los intereses de una recta y moderna Administración de Justicia con un papel del Juez cada vez más “solucionador de conflictos” en lugar de “sentenciador” de procesos y dando más protagonismo a los Abogados en la búsqueda de soluciones razonables.

El derecho de los abogados a acceder al contenido de las actuaciones judiciales

(Informe 12/2012)

CONTENIDO SUMARIO DE LAS CUESTIONES ANALIZADAS:

Consideración constitucional de la tutela judicial efectiva y la asistencia jurídica de abogado. Necesidad de una Ley Orgánica del Derecho de Defensa que trate esta materia. Acceso a los expedientes administrativos. Definición de interesado. Normativa comunitaria sobre transparencia. Conceptos de intimidad y acceso a datos personales. Acceso a la información en los Registros de la Propiedad y su especial consideración para con los letrados. Valor de la transparencia en el ámbito de la Administración de Justicia. Tratamiento en la LOPJ de la publicidad y el acceso a los expedientes judiciales. Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Especial referencia a la no exigencia de ser parte para el ejercicio de este derecho. Hipotética colisión entre el derecho de acceso por letrado y la asistencia jurídica y, por otra parte, la protección de datos personales. Deber de secreto profesional de los abogados y los deberes deontológicos, como partícipes de la Administración de Justicia, impuestos a aquellos normativamente. Límites o cauces para el acceso a la información judicial. Normativa. Referencia específica del Acuerdo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Valencia. El proyecto de ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

El derecho de defensa, vinculado a la tutela judicial efectiva, es un derecho fundamental del sistema democrático cuyo reconocimiento constitucional le da un singular valor al constituir no ya uno más sino uno de los ejes relevantes de lo que es un Estado de Derecho donde las garantías jurídicas tienen, sin duda, un gran valor.

Hablar de Estado de Derecho en un contexto judicial cuya práctica no facilita al máximo la labor de quienes han de ejercer la defensa de derechos, libertades e intereses de los ciudadanos, es una contradicción.

Es el artículo 24 de la Constitución (C.E) el que de modo específico lo proclama cuando prescribe:

1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión.
2. Asimismo, todos tienen derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y asistencia de letrado, a ser informado de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas u con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar sobre sí mismo, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia".

Así pues, la efectividad de la asistencia y defensa a través de letrado tiene una clara vinculación con la proclamación del derecho a la tutela judicial de modo tal que si aquella resulta cercenada o constreñida, también ello afectará, sin duda, a la efectividad de la tutela judicial que no puede quedar reducida a una formulación teórica o sino que tiene que ser real y “efectiva”.

Este requisito no se cumpliría si desde los órganos jurisdiccionales se pusieran trabas a las actuaciones que comprende la asistencia por profesional, como claramente es el derecho de acceder los abogados a la documentación judicial de la cual pudiera resultar información necesaria para el ejercicio de sus funciones hacia sus defendidos.

Así, pues, puede considerarse que el artículo 24 de la Constitución consagra un mecanismo esencial —no susceptible de interpretarse restrictivamente, como después se señalará— para que la relación entre el abogado y el ciudadano-cliente esté especialmente protegida por lo que supone de eje fundamental del derecho constitucional de defensa.

No es, pues, el derecho de defensa, con todo el haz de actuaciones que conlleva, una posición privilegiada de unos profesionales sino un derecho fundamental de los ciudadanos los cuales lo ejercen a través de quienes designan para que les defiendan jurídicamente.

Ello tiene la consecuencia de que sólo en supuestos muy estrictos puedan limitarse las posibilidades de actuación de los letrados o igualmente en casos sumamente restringidos, pudiesen incluso cercenarse derechos básicos de los abogados (como pudiera ser el de comunicaciones), pero haciendo también sagradas las posibilidades y mecanismos de defensa y castigando toda intromisión ilegítima en la defensa de este derecho.

Pues bien, al igual que ese supuesto tan excepcional como fue el reciente enjuiciamiento —y condena— de un magistrado por haber promovido y autorizado la intervención telefónica de las comunicaciones de unos abogados con sus clientes, otras manifestaciones del derecho de defensa y, en su caso, sus limitaciones —que han de ser extraordinarias— requieren una concreción legal, una plasmación normativa. Se anticipa así una de las conclusiones que en su momento se recogerán sobre la necesidad —más que conveniencia— de disponer de una Ley Orgánica del Derecho de Defensa.

De este modo, aunque pueda considerarse *prima facie* una cuestión menor del haz de contenidos o manifestaciones del derecho de defensa, el acceso a la información judicial por el abogado es una cuestión de clara transcendencia práctica con una limitada base legislativa. De este modo,

ha realizarse una búsqueda de criterios interpretativos que permitan ponderar las soluciones más razonables en Derecho en tanto no se elabore la conveniente Ley Orgánica del Derecho de Defensa que aún sin tener un contenido reglamentista, sí que arbitre el contenido esencial y, en su caso, las justificadas limitaciones, de este derecho fundamental.

En este sentido, debe ya destacarse una idea esencial sobre el asunto sometido a informe: que partiendo de la consideración de que se trata de un derecho fundamental, el de defensa —con especial anclaje o conexión con lo que suponen las garantías de un Estado de Derecho según indicamos—, la interpretación en caso de hipotéticas limitaciones ha de ser claramente restrictiva de estas. En todo caso, además de la excepcionalidad, esas restricciones han de responder a criterios de proporcionalidad, ineludible necesidad y razonabilidad. Además, ha de estar fundamentada en Derecho.

Asimismo, hay que apuntar ya aquí una idea que posteriormente desarrollaremos sobre la consolidada doctrina constitucional acerca de la interpretación restrictiva de lo que pueden ser límites para el ejercicio de un derecho fundamental. Si esto es así, el carácter excepcional de las limitaciones en lo que se refiere a su establecimiento por normas legales, aún se debe ser más riguroso cuando esas restricciones vienen producidas en la práctica sin que tengan un anclaje directo en una norma con rango formal de ley.

Sobre esta base, nos podemos ya preguntar si son admisibles en Derecho o si cumplen los requisitos apuntados, las limitaciones que en ocasiones y en la práctica se imponen a los abogados en el acceso a expedientes judiciales.

Este es el objeto y contenido del presente dictamen, aunque no son tratados aquí otras cuestiones diversas aún más complejas en la teoría y difíciles en la práctica referidas al acceso de información que obra en poder de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en cuanto se consideren policía judicial, siendo de facto sumamente difícil, casi imposible, acceder al sumario de atestados. Sobre ello, merece citarse la interesante Instrucción de la Fiscalía General del Estado 8/2004, de 17 de diciembre, con un título ya expresivo referente a “sobre la necesidad de promover el acceso de los letrados de la defensa a las copias de los atestados en las actuaciones ante el juzgado de guardia en el procedimiento para el enjuiciamiento rápido de delitos”. Lo mismo, la no inclusión de su análisis aquí por exceder del ámbito del presente informe y su notable dificultad de hacerlo efectivo en la práctica, sería predecible de los archivos de antecedentes policiales o

documentos o archivos de los centros Penitenciarios que acaso merecieran un dictamen específico.

Antes de entrar, respecto lo que aquí nos ocupa, el acceso a los documentos judiciales, a examinar las posibilidades que configura la LOPJ, deben reseñarse otros ámbitos en los cuales se contempla el acceso a expedientes.

En el ámbito administrativo, sobre la base del artículo 105 b) de la Constitución, el artículo 35 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), dispone el derecho de los ciudadanos a “conocer en cualquier momento el estado de la tramitación de los procedimientos en que tengan la consideración de interesados y obtener copias de los documentos contenidos en ellos”.

El artículo 31 de esa misma norma, señala quiénes tienen el carácter de interesados, refiriéndolo no solo a quienes promuevan un expediente como titulares de derechos o intereses legítimos sino también “a los que sin haber iniciado el procedimiento tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte”.

Así, en lo que es propiamente Administración, puede observarse cómo la consideración de interesado no está vinculada estrictamente a ser parte de un procedimiento, sino que existe un concepto más amplio.

Asimismo, también en el ámbito administrativo, aunque referido a los documentos tramitados en un expediente ya concluido, el artículo 37.1 de la LRJ-PAC dispone el acceso a los registros y documentos que formando parte de un expediente, obren en los archivos administrativos, señalándose en el apartado 5 una serie de prohibiciones y restricciones al acceso y, como limitación genérica, se refiere en el apartado 2 a los documentos que contengan datos sobre la intimidad de las personas.

Como singularidad, debe señalarse que frente a lo que se dispone en el apartado 7 que exige, en principio, una petición individualizada de los documentos que se desean consultar, de ello se exime en esta legislación a algún grupo profesional concreto, como son los investigadores.

De este modo, queremos destacar el hecho de que pudiera existir justificación para dar un tratamiento particular de más accesibilidad a determinados colectivos profesionales, como pudiera ser en el ámbito judicial a los abogados. Por otra parte, respecto los investigadores, a pesar de la autorización genérica que les concede la ley para acceder a archivos públicos, la práctica es que en algunos instituciones (es el caso de las Cortes Ge-

nerales) se les dificulta o no facilita este derecho al exigirles una carta de presentación de un parlamentario, un profesor, etc. Y esta práctica y esta mentalidad restrictiva respecto el acceso de profesionales cualificados por su función es la que se está dando en casos diversos en la Administración de Justicia y que da origen a la petición y emisión de este informe.

Con esa referencia que hacemos a la legislación administrativa, se está poniendo de relieve que en lo que se refiere a lo que es el acceso a los registros y archivos, esto es, los expedientes ya terminados, se dispone la limitación de que los que contengan datos sobre la intimidad (entendida como privacidad, según indicaremos), de modo tal que solo les serán accesibles a esas personas (con ello, se puede incluir los datos sanitarios, tributarios, electorales, etc). En cambio, respecto los procedimientos que estén en marcha, puede observarse que esa condición o limitación no es recogida en el artículo 35 trascrito en el que basta tener la condición de interesado y sin que la existencia de otros que tengan ese carácter impida su ejercicio.

No puede dejar de señalarse la regulación, asimismo, de la normativa comunitaria. Concretamente el Reglamento CE 1049/2001, de 30 de mayo, dispone en su artículo 4.1.b) que

“Las instituciones comunitarias denegarán el acceso a un documento cuya divulgación suponga un perjuicio para la protección de la intimidad...”.

Asimismo en su apartado 2 se refiere a que:

“Las autoridades denegarán el acceso a un documento cuya divulgación suponga un perjuicio para la protección de los intereses comerciales de una persona física o jurídica, incluida la propiedad intelectual, los procedimientos judiciales y asesoramiento jurídico, el objetivo de las actuaciones de inspección, investigación y auditoría, salvo que su divulgación revista un interés público superior”.

Se trae esto a colación por las limitaciones al acceso de datos de la intimidad y que están expuestos en referencia al propósito o riesgo de divulgarlos, lo cual, obviamente, no es el caso, ni el uno ni el otro, del acceso a la información por los abogados.

Debe hacerse en este punto, referencia a lo que es la “intimidad” de las personas que pudiera operar como límite al conocimiento, accesibilidad o disposición de información. Sobre este concepto, puede reconocerse una doble acepción.

Así, en primer lugar una noción más amplia, elaborada por la doctrina anglosajona, vinculada a lo que algunos califican como “privacidad” (aun-

que el concepto es equívoco desde la LOPD) y que se refiere a una serie de datos que permiten construir un retrato de la personalidad del individuo, a través de elementos relevantes que configuran su propia identidad. Así, en este sentido, sin perjuicio de legislación específica como la referida a sanidad, el artículo 37.2 de la LRJ-PAC, dispone que:

“El acceso a documentos que contengan datos referentes a la intimidad de las personas estará reservado a estos...”.

Un segundo nivel o noción de protección es más reducido y se refiere a los documentos que podríamos calificar como “nominativos”, esto es aquellos documentos o informaciones que permiten directa o indirectamente, identificar a las personas a quienes afectan. Sobre ello, el artículo 37.3 del mismo texto legal citado, prescribe que:

“El acceso a los documentos de carácter nominativo que sin incluir otros datos pertenecientes a la intimidad de las personas figuren en los procedimientos de aplicación del Derecho, salvo los de carácter sancionador o disciplinario y que, en consideración a su contenido, puedan hacerse valer para el ejercicio de los derechos de los ciudadanos, podrán ser ejercidos, además de por sus titulares, por terceros que acrediten un interés legítimo y directo”.

Se plantea así, tal y como sucede en el ámbito de una litis procesal, la posibilidad de existencia en un mismo procedimiento de una pluralidad de interesados de modo tal que estando legitimado uno de ellos, bien por sí, bien a través de su letrado, para conocer de lo que se contiene en aquel, ello no puede quedar afectado por la existencia de otras partes o interesados. O expresado de modo diferente: el hecho de que pueda haber cierta información personal, no impide que otros, igualmente interesados en el asunto, también concurran y puedan acceder a los datos que obren en el expediente para disponer de una información indispensable que a aquellos se refiere y hacer efectivo algo absolutamente legítimo cual es la mejor defensa posible de sus derechos e intereses o de sus representados.

Así como nos hemos referido al acceso a los documentos en un expediente administrativo, hemos de contemplar la doctrina existente sobre el acceso a la información de los libros en los Registros de la Propiedad donde la accesibilidad de los datos que allí constan están sujeto, como es lógico, a unas limitaciones en orden al interés legítimo de quien prenda tal acceso. En este caso, son particularmente ilustrativos los criterios emanados de la Dirección General de Registros que particulariza, facilita y extiende el acceso y la publicidad cuando se trata de abogados.

Nos referimos a la doctrina contenida en la Instrucción de 17 de febrero de 1998 de la DGRN. En ésta, hay una parte primera general en la que se expresan reflexiones llenas de lógica:

"Los Registradores deben tomar las medidas necesarias en cada caso para armonizar las facilidades que han de darse a quienes tengan interés conforme a la ley en la obtención de la publicidad registral con la seguridad, integridad y conservación de los libros del registro. Por otro lado, la expresada finalidad de publicidad puede desvirtuarse si no existe interés legítimo en la consulta de los libros registrales. Los Registradores podrán, cuando las circunstancias así lo aconsejen, establecer algún tipo de control de la identidad de los que solicitan la manifestación de los libros del Registro, de manera que quede información de los que, cada día, hayan examinado dichos libros: Los Registradores deberán tomar las precauciones adecuadas para que la facilidad del conocimiento del contenido de los asientos...no se utilice por personas o empresas con falsa apariencia de interés legítimo".

Pues bien, además de estas consideraciones, es muy interesante por lo que aquí nos interesa, lo que se expresa por la DGRN en otras disposiciones respecto al acceso de la información registral a través de abogado.

Al respecto, en la Resolución-Circular de 12 de junio de 1985 se señala que:

"Podrá dispensarse de la justificación del encargo a profesionales del derecho, oficinas públicas y entidades financieras cuando la información que directamente soliciten se refiera a personas o fincas concretas relacionadas con la legítima actividad de tales profesionales, oficinas o entidades.

También merece citarse la Instrucción de 5 de febrero de 1987 en la que se dispone que:

"El Registrador podrá dispensar la justificación del interés a las personas o entidades cuando la obtención de la información registral constituya el objeto específico de sus actividades profesionales o sea elemento esencial para su regular desenvolvimiento (profesionales del Derecho)".

De este modo, puede observarse que, además de la configuración con carácter general del acceso público a la información de los libros del Registro, se refuerza y amplia ese accesibilidad cuando se trata de profesionales del Derecho. Y si esto, señalado en resoluciones y circulares de hace ya varios años, está referido al ámbito de la publicidad del contenido de los libros del Registro de la Propiedad, con mucha mayor razón debería darse a los abogados especiales facilidades cuando esa actuación está referida no simplemente a un asesoramiento jurídico a su cliente sino que tiene relación con un proceso judicial y, por tanto, a una defensa vinculada a lo que es el artículo 24 de la Constitución.

En el ámbito judicial, el principio de la trasparencia tiene especial valor dado el origen de la Justicia la cual “emana del pueblo” (artículo 117.1), el cual es “titular de la soberanía” (artículo 1.2) y a cuyos miembros, los ciudadanos, se les reconocen y garantizan (más que se les atribuyen) una serie de derechos entre los cuales está —y es uno de más fundamentales en un Estado de Derecho— el de defensa y asistencia por letrado (artículo 24). De este modo, se trata de resaltar que en las limitaciones de los poderes públicos, está la consideración de que la legitimación de la justicia y, por tanto, el servicio público que lo encarna, está supeditada a la superior posición de lo que representa el pueblo y los derechos de los ciudadanos.

Por consiguiente, no parece razonable que en el ejercicio de estos derechos, particularmente aquellos que tienen especial conexión con ella, la Administración judicial imponga interpretaciones restrictivas o límites que no son recogidos en las leyes que constituyen precisamente la expresión normativa emanada del único órgano con una legitimidad democrática directa, las Cortes Generales las cuales representan al pueblo español (artículo 67).

La ley fundamental, la Constitución de 1978, establece el principio general de publicidad de las actuaciones procesales, recogiendo este principio en el artículo 120.1 donde se señala que

“Las actuaciones judiciales serán públicas con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento”.

Este principio, que a nuestro parecer, es un corolario del derecho a un proceso público del artículo 24.2, viene desarrollado por la Ley Orgánica del Poder Judicial, concretamente en los artículos:

232: “1. Las actuaciones judiciales serán públicas con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento.

2. Excepcionalmente, por razones de orden público y de protección de derechos y libertades, los Jueces y Tribunales mediante resolución motivada podrán limitar el ámbito de la publicidad y acordar el carácter secreto de todo o parte de las actuaciones”.

234: “1. Los Secretarios y funcionarios competentes de la Oficina Judicial facilitarán a los interesados cuanta información soliciten sobre el estado de las actuaciones judiciales, que podrán examinar y conocer, salvo que sean o hubieren sido declaradas secretas conforme a la Ley. También se expedirán los testimonios en los términos previstos en esta Ley.

2. Asimismo, las partes y cualquier persona que acredite un interés legítimo tendrá derecho a obtener copias simples de escritos y documentos que consten en los autos no declarados secretos o reservados”.

Esto es lo que establece propiamente la “ley” donde parecen evidentes las limitaciones respecto estos supuestos mencionados pues la publicidad transparente de la investigación judicial en la averiguación de delitos podría quedar frustrada por cualquier actividad perturbadora de esa necesaria —reitero, en esos casos— reserva, estando reiteradamente justificado por el T.C la procedencia del secreto sumarial, aunque no cabe justificar siempre y en todos los casos sin límite el secreto judicial, tal y como ocurre, por ejemplo, si el delito supone un grave peligro para la sociedad.

En todo caso, puede observarse que en la propia LOPJ en los artículos 234 y 235 se refiere a “los interesados”, el artículo 266.1 de “cualquier interesado”, el artículo 270 “de todos los que sean parte en el pleito o causa y también a quienes se refieran o puedan parar perjuicios” y el artículo 279 a “las partes interesadas”.

El mismo concepto amplio de interesado resultante del artículo 31 de la LRJ-PAC en el ámbito administrativo ha de contemplarse en lo que son los procedimientos judiciales donde se reconoce a aquellos idéntica garantía —y aún más debe atribuirse— para poder informarse cuando ese interés en obtener información de un expediente judicial es ejercido a través de un letrado cuya función de “defensa y asistencia” referidas en el artículo 24 de la CE operan, sobre todo la primera, como un plus y es un término amplio que comprende no solo lo que se refiere a las actuaciones procesales orales o escritas en defensa de su cliente ya personado sino también cualquier actuación previa, recabando información que obre o resulte de los expedientes judiciales.

Debe tenerse en cuenta que son escasas las sentencias existentes sobre la materia. Primeramente, la de 3 de marzo de 1995 de la Sala 3º, Sección 1ª (RJ Aranzadi 1995/2292) aunque es referida al acceso en masa o indiscriminado a los libros de sentencias que una vez extendidas y firmadas por el Juez o por todos los magistrados, serán depositadas en la Secretaría del Juzgado o Tribunal y custodiadas por los Secretarios, permitiéndose a “cualquier interesado” el acceso a las mismas.

Pues bien, sobre ello, el Tribunal Supremo, señala que:

“El interés legítimo que es exigible en el caso solo puede reconocerse en quien, persona física o jurídica, manifiesta y acredita ante el órgano judicial una conexión de carácter concreto y singular bien con el objeto mismo del proceso, bien con alguno de los actos procesales a través de los que aquel se ha desarrollado y que están documentados en autos. El Tribunal Supremo en este caso rechaza ese acceso general o indiscriminado pretendido por una empresa respecto de sentencias que pudieran afectar a la solvencia patrimonial de las personas sobre las cuales recayó la sentencia”.

Esta sentencia desestimaba, acertadamente, el recurso interpuesto contra el Acuerdo del CGPJ en el que se rechazaban recursos de alzada contra Acuerdos de Salas de Gobierno de los TSJ de Canarias y Castilla-León sobre denegación de acceso al texto de sentencias a una empresa cuyo interés en el acceso se basaba en confeccionar bases de datos, recabados de las sentencias recaídas en procesos civiles, para facilitar a terceros (clientes suyos: bancos y empresas) información sobre solvencia de peticionarios de créditos.

Dicha sentencia, repito que referida a acceso al libro de sentencias en procesos obviamente conclusos, señalaba que:

“El interés legítimo que es exigible en el caso, solo puede reconocerse en quien, persona física o jurídica, manifiesta o acredita, al menos *prima facie*, ante el órgano judicial, una conexión de carácter concreto y singular bien con el objeto mismo del proceso —y, por ende, de la sentencia que lo finalizó en la instancia—, bien con alguno de los actos procesales a través de los que aquel se ha desarrollado y que están documentados en autos, conexión que, por otra parte se halla sujeta a dos condicionamientos: a) que no afecte a derechos fundamentales de las partes procesales o de quienes de algún modo hayan intervenido en el proceso, para salvaguardar esencialmente el derecho a la privacidad e intimidad personal y familiar, el honor y el derecho a la propia imagen que eventualmente pudiera afectar a aquellas personas; y b) que si una información es utilizada como actividad mediadora, para satisfacer derechos o intereses de terceras personas y en consecuencia adquiere como es el caso, un aspecto de globalidad o generalidad por relación no a un concreto proceso, tal interés se mantenga en el propio ámbito del ordenamiento jurídico y de sus aplicadores, con carácter generalizado, pues otra cosa sería tanto como hacer partícipe o colaborador al órgano judicial en tareas o actividades que, por muy lícitas que sean, extravasan su función jurisdiccional...”

La información solicitada en ese caso al que se refiere la sentencia transcrita era general y no a un asunto concreto, siendo la finalidad perseguida absolutamente ajena al derecho de defensa y referida exclusivamente a la situación patrimonial de los implicados en el proceso. En este caso, la protección de datos de carácter personal tratada en aquel momento por la primera ley de 1992 y no la actual de 1999, parecía que debía impedir un acceso indiscriminado a datos concernientes la situación patrimonial y de solvencia de personas concretas.

Que la información pretendiese ser dispuesta por una empresa cuyos intereses y finalidades eran ajenos a las partes procesales y valorando la finalidad de la obtención de datos en ese caso concreto, permitió al Tribunal Supremo llegar a la conclusión de que la LOPJ no abre el derecho de información a todos los ciudadanos o al público en general, sino tan solo

a los propiamente interesados y no a quienes son ajenos al mínimo interés exigible para tener acceso a información judicial.

Muy diferente es el otro asunto sobre el cual se pronunció el Tribunal Supremo y que tiene clara identidad con lo que aquí analizamos. El caso que vamos a examinar, se refiere no ya al acceso, además por terceros muy extraños a los fines de defensa, a documentos o sentencias ya archivadas, sino a la posibilidad por los abogados de conocer información en un proceso vivo de carácter penal del que no sean parte su defendido o cliente, siendo, pues, una cuestión muy relevante respecto lo que en este informe se trata de analizar.

Se trata de la sentencia dictada por la Sala Tercera, Sección Sexta, de 11 de noviembre de 1997, que resuelve de modo definitivo un recurso interpuesto por el Colegio de Abogados de Córdoba contra un acuerdo de la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 14 de junio de 1991 que mantuvo en alzada el criterio de la Junta de Jueces de esa provincia relativo a la exigencia de personación en actuaciones judiciales penales para que los abogados pudieran tomar conocimiento de las mismas.

La sentencia del Alto Tribunal parte de la consideración de que, además de la declaración específica de secreto de las actuaciones derivada del artículo 302 de la LECrim (secreto de segundo grado o reduplicado, en términos de la sentencia de la Sala Segunda del T.S. de 19 de octubre de 1995), existe una declaración genérica de secreto de las diligencias que no afecta estrictamente a las partes sino a terceros y que tiene su base en el artículo 301.

Sobre este planteamiento, se suscita en la sentencia si esta declaración legal genérica de secreto impide a los interesados recabar información y tomar conocimiento de las actuaciones en la forma que prescribe el artículo 234 de la LOPJ.

Al respecto, es clara e importante la doctrina sentada por el T.S en esta sentencia de la Sala sexta de 11 de noviembre de 1997 cuando señala que:

“El derecho de defensa corresponde a aquellos de los que resulta una imputación en unas diligencias penales o pueden resultar perjudicados por el hecho delictivo (artículo 118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), quienes tienen la condición de legítimamente interesados independientemente de que hayan comparecido o no en la causa. Una interpretación adecuada a la condición constitucional de la asistencia del abogado no puede reducir el derecho de defensa a la intervención formal en la causa mediante comparecencia, como acredita el derecho de asistencia al detenido, que constituye una manifestación concreta y consagrada constitucionalmente de uno

de los aspectos del derecho de defensa en el proceso penal que no discurren por el cauce formal de la personación.

En contraposición a ello, no parece que las finalidades del sumario se frustren por el hecho de que la posibilidad de recabar información y de examinar las actuaciones se realice sin necesidad de comparecencia, siempre que el concepto de interesado, reflejado en el artículo 234 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se interprete en el sentido que se acaba de indicar (extensible a todos los órdenes jurisdiccionales); y específicamente en cuanto al derecho penal, solo se entienda referido al interés propio de la condición de posible imputado, víctima, perjudicado o responsable del hecho investigado y no a intereses ajenos al proceso o al interés que pueda acompañar al ejercicio de la acción popular, que constituye un interés genérico en la defensa de la legalidad que rebasa el interés directo en un proceso concreto que es exigible para la aplicación del artículo 234 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

No es ajena a esta doctrina la Sala Segunda de este Tribunal. En la sentencia que se acaba de citar (la de 19 de octubre de 1995) se declara que “la apertura de las actuaciones al conocimiento de las partes interviniéntes se consagra de manera expresa en el artículo 234 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que obliga al secretario y personal judicial a dar a los interesados —que pueden no ser parte— la información que soliciten sobre las actuaciones salvo que se hubiesen declarado secretas conforme a la ley”.

Otra cuestión que es necesario analizar es la hipotética colisión entre la accesibilidad por los abogados a la información que obre en los juzgados y, por otro, la protección de datos personales.

Sobre este asunto, primeramente, debe tenerse en cuenta que en un proceso judicial en el que se es parte, los respectivos letrados personados acceden obviamente a toda la información sobre la parte contraria que conste en los expedientes judiciales, sin que a nadie se le pueda ocurrir que la disposición de aquella pudiera afectar a la protección debida de datos de carácter personal que pudiera conocer.

Pues bien, lo mismo es predictable absolutamente respecto aquellos datos que puedan conocer aun sin ser parte constituida procesalmente. Resulta inimaginable pensar que un letrado va a utilizar su status para acceder a información con fines ajenos a su actividad profesional que no es sino la defensa de sus clientes.

Además, los abogados, como agentes colaboradores cualificados de la Administración de Justicia, están sujetos a unas normas específicas cual es el Estatuto General de la Abogacía actualmente vigente y que fue aprobado por R.D. 658/2001, de 22 de junio.

En él, debe comenzar señalándose el valor —no solo individual sino también el corporativo— que supone el juramento de acatamiento a la

Constitución y al resto del ordenamiento jurídico y de fiel cumplimiento de las obligaciones y normas deontológicas en la profesión de abogado (artículo 16.1). Junto a ello, el deber fundamental del abogado como partícipe en la función pública de la administración de Justicia de cooperar con ella (artículo 30), debiendo hacerse mención expresa del deber que se impone a los abogados de guardar secreto de todos los hechos que conozcan por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional (artículo 32), junto a las obligaciones de probidad y lealtad de los abogados para con los órganos jurisdiccionales (artículo 36).

Son, pues, mandatos y límites muy claros fijados en una norma jurídica respecto la actuación profesional de los abogados que son de inexcusable cumplimiento para estos, sin que resulte verosímil que más allá de lo que impone un texto legal, los funcionarios de la Administración de Justicia se imbuyan de desconfianza y recelo respecto las actuaciones profesionales de los letrados cuando acuden a un juzgado recabando información sobre un asunto concreto.

Sobre protección de datos en España rige la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, que según señala su artículo 1:

“Tiene por objeto garantizar y proteger, en lo que concierne al tratamiento de los datos personales, las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas y, especialmente de su honor e intimidad personal y familiar”.

A continuación se refiere la Ley a su ámbito de protección que es referido a los datos personales que estén registrados en ficheros, algo que evidentemente no es el caso en la cuestión que se analiza en este informe donde los datos de carácter personal a los que podría acceder un letrado son los que resultan de un proceso judicial y que se refieran a la contraparte o las partes —para el caso de que no se hubiese personado— pero no figuran en fichero alguno, sin que sean predicables los mecanismos y derechos básicos de protección articulados en la Ley, esto es: el acceso, modificación, y cancelación de esos datos.

Así pues, nada tiene que ver la protección de datos que viene configurada en la Ley Orgánica antes citada (aunque no toda ella tenga tal carácter) con el hecho de que pudiera invocarse de modo vago o difuso esta supuesta protección de datos como razón para una hipotética negativa a permitir a un letrado acceder a la información que obre en un expediente judicial.

En todo caso, la actuación de un abogado que en el ámbito de un proceso en el cual está ya, o aún no, personado su cliente requiere, lógica e

ineludiblemente, poder acceder a una información sobre quienes ya lo estén y así sucederá cualquiera que sea la fase del proceso.

Pues bien, en el caso de que se quiera exacerbar el argumento indicado, se podría plantear una tensión entre el derecho de protección de datos de carácter personal que tiene conexión con el artículo 18 de la Constitución (aunque la Ley Orgánica que lo regula en ningún momento invoca este precepto constitucional ni ningún otro) con lo que es el derecho a la asistencia letrada como manifestación fundamental del derecho de los ciudadanos a obtener la tutela judicial efectiva de los Juzgados y Tribunales contenida en el artículo 24.2 de la Constitución.

Sobre ello, debe partirse del hecho de que la Ley Orgánica 15/1999 posibilita establecer límites para la exigencia de la prestación del consentimiento pues si bien éste es el principio general, el consentimiento del propio interesado para que sus datos obren en poder de otros en ficheros o archivos, se establece la posibilidad de que una norma contemple algo diferente al recoger, después de referirse a la exigibilidad del consentimiento, el inciso “salvo que la Ley disponga otra cosa”.

De ahí puede deducirse que la propia ley contempla que la protección de datos personales puede ceder en los casos en que el legislador considere existen motivos razonables que justifican la necesidad del tratamiento de datos al relevar de las exigencias de observancia de esta ley en lo que se refiere el eje de la disponibilidad de los datos de esta naturaleza: el consentimiento del interesado.

El tratamiento por los profesionales de esos datos a los que acceden tiene base directa en el derecho de todos los ciudadanos a la defensa letrada consagrada en el artículo 24 de la Constitución por lo que, formando parte necesariamente de su actividad profesional es fundamental que puedan acceder y se les facilite el conocimiento de la información que obre en los Juzgados y Tribunales, por lo que debe entenderse que los abogados están habilitados directamente por la configuración constitucional para el tratamiento de los datos que resulten de los expedientes judiciales.

Lo contrario, esto es, entender que sería necesario el consentimiento de la parte contraria, supondría inutilizar absolutamente el derecho de defensa en la medida en que quedaría en manos de la otra parte autorizar el acceso a la información por los letrados, lo cual es impensable y absurdo.

Pero si esto no tendría sentido, tampoco sería razonable que el personal judicial pretendiese asumir una misión de velar con excesivo y desproporcionado celo por la intimidad de las partes que pueda resultar de los autos,

debiendo señalarse, asimismo, que no todo lo que hay en el contenido de los expedientes judiciales forma parte de lo que es propiamente intimidad (en el sentido que calificamos como de privacidad), concepto este que debe quedar reservado para determinados y cualificados datos, aun cuando, como también señalamos, la LOPD no solo protege este concepto tan cualificado de dato personal.

En todo caso, puede señalarse con toda claridad que aunque no se ha suscitado en la jurisprudencia constitucional, el sentido estructural configurador de uno de los pilares de lo que es un Estado Democrático de Derecho que tiene el derecho de defensa y asistencia letrada, engarzado con el derecho a la tutela judicial, hace que en una supuesta colisión de este derecho con el de la intimidad, prevalecería claramente aquel.

Además en este sentido, ya en diversas ocasiones la Agencia de Protección de Datos ha analizado la relación entre lo que es protección de datos y el derecho de defensa y la doctrina que ha establecido es que en principio debe prevalecer el derecho de defensa o dicho de otro modo, el derecho de defensa puede habilitar un tratamiento de datos sin necesidad de un consentimiento.

Desde un enfoque diverso, podría suscitarse qué efectos produciría la restricción de cualquiera de los derechos respecto su virtualidad. En este sentido consideramos que pretender hacer una interpretación expansiva y desmesurada del derecho a la protección de datos personales en relación con la actividad profesional de los abogados y su acceso a la información judicial privaría absolutamente de valor al derecho de asistencia letrada y, por ende, a la tutela judicial efectiva.

En este sentido, es doctrina consolidada del Tribunal Constitucional el criterio recogido, entre otras, en la sentencia 186/2000, de 10 de julio, en la que se señala que:

"El derecho a la intimidad no es absoluto, como no lo es ninguno de los derechos fundamentales, permitiendo ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que aquel haya de experimentar se revele como necesario para lograr el fin legítimo previsto, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho".

Esas limitaciones han sido reconocidas expresamente o supeditadas, por ejemplo, al deber de colaboración con la Administración tributaria o al ejercicio del derecho a la información y en el mismo sentido, aunque el Tribunal Constitucional no se ha pronunciado sobre la colisión de ambos derechos, todo hace pensar dada la configuración del artículo 24 en el di-

seño constitucional del sistema del modelo de Estado, esto es, un plus más a lo que es ya un derecho fundamental.

En todo caso, la protección de datos personales, lo cierto es que en ocasiones se distinguen (aunque no lo hace la Ley especial) dos planos, tal y como antes anticipamos. El primero, basado en la doctrina anglosajona que le hace asimilable como “privacidad” que configuran un cierto retrato de la personalidad del individuo y cuyo nivel de protección (en la LRJ-PAC es el artículo 37.2) es, claramente intenso aunque no signifique absoluto. El otro plano es más reducido y se refiere a los considerados “documentos nominativos” a los cuales es predictable el artículo 37.3 LRJ-PAC antes transcrita, donde indudablemente se amplia las posibilidades de acceso a estos documentos. También la LOPD, aún protegiendo todos los datos, íntimos o no, particulariza respecto los datos sensibles o especialmente protegidos (artículo 7) un régimen más riguroso de protección. No obstante, también hay que advertir que en ocasiones se ha criticado la falta de cohesión entre esta Ley y la LOPD.

Lo señalado en cuanto a la protección de los datos personales no puede suponer que, igual que aludíamos anteriormente a límites en otros derechos, se pueda afirmar que el derecho de publicidad en el ámbito judicial como presupuesto del derecho de acceso a los expediente judiciales sea ilimitado, aun cuando estén basados en el artículo 24 de la Constitución, pues acaso puede requerir ciertos cauces que estén fijados por normas jurídicas.

Si, como se ha señalado, la única limitación contemplada en la LOPJ se refiere a aquellos casos en que el sumario haya sido declarado secreto (con derivaciones como los casos en que existan personas especialmente protegidas), pero no se contempla, ni siquiera a modo de remisión a otras normas o abriendo la puerta a otros supuestos, la existencia de más supuestos donde pueda restringirse ese acceso.

En todo caso, la propia Ley Orgánica del Poder Judicial configura al Secretario Judicial como el responsable del tratamiento de los datos contenidos en la documentación que se produce en la Secretaría de la que es titular, ostentando la jefatura directa del personal de la misma, sin perjuicio de la superior dirección de Jueces y presidentes (artículo 473.2).

Tras la LOPJ, se dictó inicialmente, por lo que aquí nos interesa, el Reglamento 5/1995, de 7 de junio, de los Aspectos Accesorios de las Actuaciones Judiciales que, en general, era una reiteración, en materia de publicidad, de lo que establecía ya la LOPJ, siendo casi su única innovación la contenida en el artículo 4 en la medida en que se diseñaba el cauce o

procedimiento para el acceso a las actuaciones judiciales en curso o ya conclusas.

Dicho Reglamento ha sido sustituido por el actualmente vigente Acuerdo de 15 de septiembre de 2005 del Consejo General del Poder Judicial plasmado en el Reglamento 1/2005, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales.

De este texto, interesa destacar el principio recogido en el artículo 2 donde se señala que:

- “1. Los interesados tendrán acceso a los libros, archivos y registros judiciales que no tengan carácter reservado, mediante las formas de exhibición testimonio o certificación que establezca la Ley, de conformidad con lo establecido en el artículo 235 de la ley Orgánica del Poder Judicial.
2. Tendrán carácter reservado las actuaciones Judiciales que sean o hayan sido declaradas secretas de conformidad con lo dispuesto en las leyes procesales, así como aquellas otras cuya publicidad pudiera afectar a derechos, principios y valores constitucionales”.

Referido el artículo siguiente al acceso a las sentencias, lo señalado en el artículo transscrito, debe ser completado con dos preceptos seguidos cuyo alcance no resulta bien precisado, como son los artículos 4 y 5.

En el primero se dispone que:

- “1. Corresponde a los Secretarios de la Oficina Judicial facilitar a los interesados el acceso a los documentos judiciales a los que se refieren los dos artículos anteriores.
2. Quienes estén interesados en acceder a los documentos a que hacen referencia los dos artículos anteriores, presentarán la solicitud por escrito en la Secretaría del órgano judicial, precisando el documento o documentos cuyo conocimiento se solicita y exponiendo la causa que justifica su interés. La solicitud será resuelta en el plazo de dos días mediante acuerdo del Secretario de la unidad de la Oficina judicial en que se encuentre la documentación interesada, quien deberá valorar si el solicitante justifica su interés, la existencia de derechos fundamentales en juego y la necesidad de tratar los documentos a exhibir o de omitir datos de carácter personal en los testimonios o certificaciones a expedir, en caso de que el solicitante no justifique un interés personal y directo, de manera que se salvaguarde el derecho a la intimidad personal y familiar, al honor y a la propia imagen de los afectados por la resolución judicial. Si accediere a lo solicitado expedirá el testimonio o la certificación que proceda o exhibirá la documentación de que se trate, previo tratamiento de datos de carácter personal.
3. Sin perjuicio de lo establecido en las leyes de procedimiento, el acuerdo dene-gatorio del Secretario Judicial será revisable por el Juez o Presidente a petición del interesado, que lo deberá solicitar en el plazo de tres días desde la correspondiente notificación. Si transcurridos dos días desde la solicitud no hubiera recaído acuerdo expreso del Secretario, ni se hubiese expedido el testimonio o certificación solicitados ni realizada tampoco la exhibición de que se trate, se entenderá que la petición ha sido denegada y, en su consecuencia, el interesado podrá ejercitarse ante el Juez o

Presidente el derecho de revisión mencionado anteriormente. Contra el acuerdo del Juez o presidente se podrán interponer los recursos establecidos en el Reglamento número 1/2000, de 26 de julio, de los órganos de Gobierno de Tribunales".

Por su parte, el artículo 5 dispone:

"Los Secretarios y funcionarios competentes de la Oficina judicial facilitarán a las partes interesadas y a cuantos manifiesten y justifiquen un interés legítimo y directo, cuanta información soliciten sobre el estado de las actuaciones judiciales, que podrán examinar y conocer, salvo que sean o hubieren sido declaradas secretas conforme a la Ley.

La información se facilitará en términos claros y asequibles cuando las partes o interesados que la soliciten no sean profesionales del Derecho...

Los Secretarios expedirán las certificaciones o los testimonios de las actuaciones judiciales no declaradas secretas ni reservadas a las partes que se soliciten, con expresión de su destinatario y fin para el cual se solicitan, con sujeción, en su caso, a los criterios establecidos en el artículo 4.2 de este Reglamento.

Los funcionarios del Cuerpo de Gestión Procesal y Administrativa expedirán, con conocimiento del Secretario Judicial y, a costa del interesado, copias simples de escritos y documentos que consten en autos no declarados secretos ni reservados".

Por cierto, entre estos últimos, sin perjuicio de referirse a aquellos autos declarados secretos, hay otros supuestos en los que se restringe mediante norma legal el acceso, como es el caso de lo contemplado en el artículo 1826 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que dispone que los datos identificadores de los acogedores se mantengan reservados frente a los padres biológicos del menor acogido, en la línea de lo contemplado en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, que impone un deber de reserva a las autoridades y personas que por su profesión intervengan en asuntos de menores, preservando su intimidad y evitando en sus actuaciones toda interferencia innecesaria en la vida del menor (artículos 9.2 y 13.3).

En todo caso, volviendo a los artículos trascritos del Reglamento de 2005 y sin perjuicio de lo que enseguida se señalará, debe advertirse una cierta duplicidad o complejidad en cuanto a diferenciar las actuaciones a las que se refiere, salvo que como criterio delimitador, se entienda que el artículo 5 se refiera a la pretensión, más limitada, de información "sobre el estado de las actuaciones judiciales".

Particularmente respecto a este Reglamento 1/2005, debe hacerse una referencia crítica en cuanto parece desconocer las reformas operadas con carácter general por la Ley Orgánica 19/2003 toda vez que a la vista de lo dispuesto en el artículo 235 de la LOPJ, parece establecerse una cierta reserva legal en la regulación y desarrollo de esta materia sin que la potestad

reglamentaria asumida por el CGPJ en la aprobación de este Reglamento —y otros— tenga el adecuado valor para dar cobertura jurídica normativa suficiente a la regulación que contiene en el asunto que estamos analizando en este dictamen.

En este sentido, aún cuando se quedó a medio camino en lo que aquí nos interesa, no puede dejar de mencionarse la Ley 18/2011 cuyo artículo 6.2.a) dispone el derecho de los Abogados a

“Acceder y conocer por medios electrónicos el estado de tramitación de los procedimientos en los que sean representantes procesales de la parte personada, en los términos establecidos en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y en las leyes procesales”.

Con ello, sin perjuicio, del limitado alcance y referido solo a los asuntos en que ya este constituido como parte en un proceso, lo que queremos destacar es la remisión a la LOPJ y leyes procesales, pero no otro tipo de normas con rango insuficiente,

Por otra parte hay que advertir que, tras la sentencia del Tribunal Supremo 11 de noviembre de 1997 antes expuesta que consagró un criterio abierto en cuanto al acceso, además del Reglamento que acabamos de señalar del CGPJ, en algún órgano gubernativo del ámbito judicial se han dictado reglas que siguen, en la línea de este último texto, esas mismas pautas que, con un criterio en cierto modo burocrático y restrictivo, constriñen en la forma el modo de hacer efectivo para los abogados el derecho de acceso que estamos examinando.

En este sentido debe destacarse la Instrucción sobre información acerca del estado o el contenido de los pronunciamientos judiciales de fecha 18 de junio de 2007 de la Secretaría de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana. Esta Instrucción tiene la finalidad comprensible y loable de que ante la diversidad de criterios seguidos en cada Juzgado o Tribunal, se unifiquen los criterios y las formas de que se lleve a cabo ese derecho a acceder.

Se aprovechaba la rendija de que frente al criterio general ampliamente abierto respecto este derecho según recoge la sentencia mencionada, anulando el criterio de la Sala de Gobierno del TSJ de Andalucía relativo a la exigencia de personación en actuaciones judiciales para que los abogados pudieran tener conocimiento de las mismas, esta misma resolución del TS expresaba que:

“no se ha planteado y por ello no debe examinarse la cuestión relativa al modo de acreditar el abogado la representación de su cliente y el interés de este ni el proce-

dimiento concreto con arreglo al cual puede solicitarse y acordarse el examen de las actuaciones conforme a lo dispuesto en el artículo 234 de la LOPJ”.

Así pues, nadie discute, ni siquiera los propios abogados ejercientes, que el importantísimo derecho de acceder a expedientes judiciales, como parte inescindible del derecho de defensa y, por ende, de la tutela judicial efectiva, no es tampoco (al igual que señalábamos antes a propósito de la protección de datos personales vinculada al derecho a la intimidad) un derecho absoluto en cuanto a la forma sino que puede tener su lógica el hecho de que se fijen unos criterios claros en orden al modo de hacerlo efectivo, siempre y cuando, según anteriormente apuntamos, estas pautas, respondan a criterios de proporcionalidad, necesidad y razonabilidad y basamento legislativo suficiente.

No es claro que el acuerdo del TSJ de Valencia que inmediatamente señalamos vaya en esta última línea sino que siguiendo la estela del Reglamento del CGPJ de 2005, tenga junto a la ya apuntada loable intención de fijar pautas comunes y de homogeneización para todos los órganos jurisdiccionales en esa Comunidad Autónoma y la clarificación de criterio, tenga, junto a esto, una visión bastante burocrática mucho más centrada en resaltar y acentuar las funciones de los Secretarios Judiciales (que nadie discute) en orden a la custodia de documentos que de dar o reconocer el valor constitucional que tiene el derecho de defensa que realizan los abogados. Y ello, reiteramos, sin negar en modo alguno el positivo valor de esta función homogeneizadora ni tampoco, por supuesto, las funciones que corresponden a las Secretarías de Gobierno respecto todos los Secretarios Judiciales de ese ámbito jurisdiccional ni en el gubernativo.

En todo caso, antes de señalar cómo este Acuerdo del TSJ de Valencia aborda desde un punto de vista práctico este asunto, hay que destacar algo loable recogido en el contenido, concretamente en el punto III, y que se refiere a un reconocimiento del interés que en determinadas diligencias pudieran tener las compañías aseguradoras a la hora de configurarla como interesada, lo cual en algún tribunal de otras comunidades había sido en algún caso sido cuestionado o al menos no facilitado en la práctica.

Al respecto, se señala que:

“Especial referencia ha de hacerse a las compañías aseguradoras a quienes la legislación impone el cumplimiento puntual de sus obligaciones, estableciendo importantes consecuencias económicas en caso de retraso o que ostenten derechos como el de subrogarse (en cuanto a la acción civil exclusivamente) en la posición del asegurado al que, en virtud de contrato, haya satisfecho cantidades que este podrá haber recibido, como perjudicado, en el seno del proceso penal. Estas cuantías conducen a

entender que tales compañías gozan de la condición de interesado respecto los procedimientos en los que entran en juego tales obligaciones, coberturas o relaciones contractuales”.

Por lo demás, el Acuerdo que estamos comentando, incide en la línea del Reglamento del Consejo General del Poder Judicial, dejando muy claro que la petición de quien no es parte en un proceso debe seguir el trámite del artículo 4 del citado Reglamento: solicitud motivada presentada en la Secretaría del órgano judicial ante la que el Secretario Judicial, apreciando el interés adecuado, resolverá mediante acuerdo de naturaleza gubernativa.

Al efecto, es muy expresivo el contenido de las conclusiones de este Acuerdo del TSJ valenciano donde se ordena que la petición de acceso se realice por escrito facilitándose un “formulario” oficial”; se prescribe que “los Srs. Secretarios tratarán que toda solicitud sea resuelta en el plazo más breve posible”, o que “se intentará evitar que el ciudadano tenga que acudir personalmente como consecuencia de la misma petición en más de una ocasión al Juzgado o Tribunal” o la regla de que “Los Sres. Secretarios procurarán que la información sea resuelta de forma expresa”.

El carácter notablemente vago de los deberes de “los Srs. Secretarios” en el Acuerdo que estamos analizando, se ve agravado por los verbos que se emplean respecto lo que deberían ser obligaciones firmes: “tratarán”, “se intentará” o “procurarán”, lo cual es una manifestación de un planteamiento no ya solo celosamente corporativo sino también de una mentalidad muy poco adecuada para los tiempos actuales.

Además de lo expuesto, hay otras conclusiones referidas específicamente a los abogados, procuradores y graduados sociales (a los cuales se refiere conjuntamente dándoles el mismo tratamiento ignorando las funciones cualificadas constitucionalmente de los abogados). Pues bien, con respecto a estos tres grupos de profesionales, aunque graciamente se les exime de la exigencia de presentar los documentos notariales del apoderamiento de sus clientes, sí que se requiere la aportación “del documento del que resulte el encargo o relación con la persona en quien concurra la condición de interesado”.

Asimismo, se prescribe que “Se les podrá pedir ratificación si el documento suscita dudas razonables” (lo cual no es sino una desconfianza sobre la ética de los abogados), para concluir limitando el acceso, al prescribir que “Se facilitará por los Sres Secretarios que la información se facilite de forma verbal...de los extremos procedentes y que resulten necesarios” afir-

mando que “la exhibición íntegra solo [procederá] cuando se justifique por el solicitante que es imprescindible para el ejercicio adecuado de sus derechos”.

En esta posición crítica que estamos haciendo, debe hacerse mención del Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de octubre de 2005 por el que se aprueba el Plan de Transparencia Judicial, señalando entre sus objetivos, “Mejorar el acceso a la información sobre la actividad judicial... (y) de alcanzarse este objetivo a través de, al menos, de las siguientes herramientas: articular un sistema razonable de acceso de profesionales y ciudadanos a la información sobre el estado en que se encuentran los procedimientos”.

Sobre estos planteamientos de “mejorar” el acceso y la articulación de un sistema “razonable” es lo que nos podríamos preguntar si este tipo de Acuerdos como el del TSJ de la Comunidad Valenciana o la práctica seguida en Juzgados diversos en otras Comunidades, van en esa línea de transparencia, accesibilidad, publicidad, reconocimiento de lo que representa la abogacía como colaboradores de la Justicia, el derecho de asistencia jurídica y tutela judicial y lo que es una Administración judicial moderna que responda a planteamientos constitucionales comprometidos.

En este sentido, se señala el mandato a los órganos de la abogacía a nivel colegial de velar por los medios legales a su alcance para que se remuevan los impedimentos de cualquier clase que se opongan a la intervención en derecho de los abogados, según dispone el artículo 7.1 del Estatuto General de la Abogacía y, entre ellos, a la vista de lo que acontece y que se analiza aquí, a propósito de las limitaciones que en la práctica suceden en algunos casos cuando se pretende por los abogados el acceso a la información judicial.

Por ello, el análisis de ese tema lleva, como una razón más y como ya se anticipó al comienzo de este dictamen, a la necesidad de que se aborde la elaboración y aprobación de una Ley Orgánica del Derecho de Defensa donde se aborde esta manifestación de lo que supone una interpretación y aplicación conformes a la Constitución del alcance, dentro de la asistencia y defensa mediante abogado y la tutela judicial efectiva, del acceso por estos profesionales a la información que obre en expedientes judiciales.

Por último, debe asimismo, hacerse mención a dos instrumentos que tienen relación con el asunto que estamos examinando.

El primero se refiere a la denominada “Carta de Derechos de los ciudadanos ante la justicia” que fue aprobada por unanimidad de los grupos parlamentarios del Congreso de los Diputados, con la forma de proposición

no de ley, el 16 de abril de 2002. Pues bien, sin perjuicio de la sugerencia manifestada ya en alguna ocasión en orden que su contenido debería convertirse en ley y así ser más vinculante para sus aplicadores, los Tribunales, y más exigible por los ciudadanos, debe destacarse que en ella se hace referencia a la trasparencia.

En efecto, en el punto primero, bajo el epígrafe, “Una justicia moderna y abierta a los ciudadanos” se refiere a “Una justicia transparente”. Sobre ello nos interesa particularmente aludir a los puntos 4 y 5. Así se expresa que “El ciudadano tiene derecho a conocer el contenido y estado de los procesos en los que tenga interés legítimo de acuerdo con lo dispuesto en las leyes procesales” y que “Los interesados tendrán acceso a los documentos, libros, archivos y registros judiciales que no tengan carácter reservado”.

El otro instrumento a tener en cuenta —y en este caso especialmente— es un texto normativo recientemente presentado en el Congreso de los Diputados: el “Proyecto de la ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno” publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 7 de septiembre de 2012. Pues bien, dejando a un lado otras consideraciones críticas ajenas a lo que aquí particularmente nos interesa, hay que tener en cuenta que no solo se refiere a la propiamente y de modo usual se conoce como transparencia sino también, como señala el propio texto de la norma, “al derecho de acceso a la información pública”.

En todo caso, conviene tener en cuenta la limitación de su alcance pues al fijar el ámbito de aplicación de la ley no aparece recogido en el artículo 2º la “Administración de Justicia” sino únicamente, como aspecto relacionado con el ámbito judicial, el CGPJ, dejando pues a un lado lo que se refiere a la actividad jurisdiccional, la cual, con los límites ya expresados en este informe, no puede a nuestro parecer quedar absolutamente al margen (en la medida en que este proyecto dice que es un avance del concepto) de la transparencia ni, como manifestación de ella, el acceso a la información judicial sin perjuicio de que desde un punto de vista técnico sea pudiese ser fijado más bien por la LOPJ.

No puede dejar de advertirse que resulta curioso observar como en el artículo 11 del proyecto de ley, a propósito de los límites del derecho de acceso a la información, se dispone que ello (la restricción al acceso) puede operarse cuando ello suponga un perjuicio para “...f) la igualdad de las partes en los procesos judiciales y la tutela judicial efectiva”. Sobre ello, no se alcanza a comprender bien el sentido de lo expresado dado que a los procesos judiciales no les afecta el ámbito de aplicación de la ley.

En todo caso, sí que consideramos importante destacar que, dado su reducido ámbito de aplicación de la Ley (según el proyecto), se considera oportuno que desde Abogacía Española, Consejo General, se promueva (vía Ministerio de Justicia y/o Grupos parlamentarios) la introducción de una enmienda que haga referencia a la regulación de esta materia y principios (que se dicen renovados aunque en realidad no sean de modo muy limitado) en materia judicial, aprovechando a realizar una referencia a los abogados.

En este sentido, sería aprovechable la Disposición adicional primera, referida a “Regulaciones especiales del derecho de acceso a la información pública” o bien una nueva propia y exclusiva que declarase algo así como “El Gobierno en el plazo de seis meses remitirá a las Cortes Generales la plasmación legislativa de los principios de esta ley y del fortalecimiento de la trasparencia y acceso a la documentación al ámbito procesal de la Administración de Justicia, facilitando este derecho, con los límites constitucionalmente indispensables, tanto a los ciudadanos como, de modo particular, a los profesionales que ejercen funciones de asistencia y defensa jurídica reconocidas en el artículo 24 de la Constitución vinculadas a la tutela judicial efectiva”.

CONCLUSIONES:

1. El derecho de defensa y asistencia de abogado forma parte del contenido amplio de la tutela judicial efectiva cuya proclamación constitucional le configura no solo como un derecho fundamental sino también como uno de los pilares de lo que es un Estado democrático de Derecho.
2. Las limitaciones de lo señalado en el párrafo precedente han de tener una base normativa con rango de ley y han de responder a principios de ineludible necesidad, proporcionalidad y racionalidad.
3. La noción amplia de “interesado” y las facilidades para éstos en el acceso a información resultante de un expediente administrativo debe ser contemplado como pauta a seguir en los diversos sectores de la acción pública, como la Administración de Justicia.
4. La doctrina de la Dirección General de Registros establece un criterio facilitador de información, disponiendo un tratamiento favorecedor a los letrados desde la consideración a su función, dispensándoles de justificar el interés de quienes representan.

5. Especial valor debería tener la transparencia y publicidad en el ámbito de la Justicia, cuyo origen es el “pueblo”, titular, a su vez de la soberanía en base a la cual se consagra un sistema de derechos fundamentales donde la asistencia letrada y la tutela judicial tienen un especial valor.
6. Los abogados son profesionales cuya actuación ha de estar presidida por su consideración como partícipes-colaboradores cualificados de la Administración de Justicia y, particularmente, el deber de secreto profesional, la probidad y lealtad para con los órganos jurisdiccionales.
7. La invocación de la supuesta protección de datos de carácter personal como argumentación contraria a facilitar el acceso a la información, debe destacarse que en una supuesta tensión entre el derecho a la intimidad, esta cede ante el valor la asistencia y defensa letrada y la tutela judicial efectiva.
8. De la configuración del derecho de acceso a la información judicial que hace una norma con rango de ley como la LOPJ, no se infiere (salvo para las actuaciones secretas) la previsión de límites para el ejercicio de este derecho-función por los abogados.
9. La regulación algo más casuística y limitativa de un derecho fundamental viene hecha por un Acuerdo del CGPJ y, aún más, por la práctica de algunos Juzgados y Tribunales sobre argumentaciones diferentes y nada precisas.
10. Ciento es que resulta conveniente clarificar y homogeneizar criterios, si bien deben impugnarse aquellos Acuerdos tomados por algún TSJ que responden a planteamientos restrictivos del acceso a la información judicial y, particularmente, del que se hace por abogados.
11. Para lo anterior debe recordarse la legitimación y el deber que corresponde a los órganos de los Colegios de Abogados de “velar por los medios legales a su alcance para que se remuevan los impedimentos de cualquier clase que se opongan a la intervención en derecho de los abogados...” (artículo 7.1 del Estatuto de la Abogacía), entre ellas, el acceso a la información judicial para una adecuada asistencia y defensa de sus defendidos.
12. A fin de evitar aplicaciones restrictivas de estos derechos, resulta necesario insistir en la necesidad de la aprobación de una Ley Orgánica del Derecho de Defensa donde pueda precisarse una correcta

interpretación y configuración constitucional del acceso de los abogados a la información judicial.

13. Podría resultar conveniente aprovecha la tramitación parlamentaria actual del “Proyecto de ley de transparencia, acceso a información pública y buen gobierno” para introducir un mandato para subrayar en el ámbito de la Administración de Justicia, a recoger en la LOPJ, las ideas expresadas en el presente informe a propósito de transparencia y accesibilidad y un alcance más amplio y actual de estos conceptos.

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

(Informe 1/2011)

1. 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.

2. 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 Tribu-

nal 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).

3. 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.

4. 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 pre-

siones 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 Judicial¹ (“LOPJ”) y de los artículos 32.1 y 42.1 del Estatuto General de la Abogacía Española, aprobado por Real Decreto 658/2001². 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 Penal³ y se encuentra también en el artículo 371.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil⁴. Y directamente en conexión con

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 interroge, 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”.

la problemática que nos ocupa en el presente dictamen, por el artículo 416.2 LECrim⁵.

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

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*”.

instrucción. Al contrario: la información intercambiada entre abogado 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.

5. 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.

5.1. 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 ÁLVAREZ⁶, 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,

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”*.

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”.

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.

5.2. *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 1992⁷ (RJ 1992/6102), el

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,

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.

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

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.]

- (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) Trascipción 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 intervenientes 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.

5.3. *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 contra 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

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 referencia 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 delictivas.

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.]

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 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.

5.4. 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**”*

didas 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 LECrim⁹.

6. 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 in-

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.

tervención 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 auto-incipulitorio.

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).
- (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 abogado¹⁰.
- (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 intervenientes, 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

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.

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.

6.1. 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 jueza, realizaron varias anotaciones en las cuales identificaron al abogado de la persona investigada. Esta circunstancia resulta especialmente relevante, en tanto que:

- (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 interveniente) 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 continuado¹¹, el

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

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.

59. Desconocemos si en este caso la jueza 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.

6.2. 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.

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.]

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 WINTER¹² 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 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.

7. 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

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. P 41-82.

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.

Intervención de las comunicaciones del imputado con su abogado quien, a su vez, es Decano de un Colegio

(Informe 2/2015)

Se ha solicitado informe acerca de la relevancia jurídico-procesal de la intervención de las comunicaciones telefónicas de un imputado durante la fase de instrucción de un proceso penal, cuando su interlocutor es su Abogado, así como sobre el amparo que el Consejo General de la Abogacía Española puede proporcionar a dicho Abogado, cuando se trata del Decano de un Colegio de Abogados.

Cumple al respecto informar cuanto sigue:

1. ANTECEDENTES Y PLANTEAMIENTO DEL INFORME

1. En el marco de unas Diligencias judiciales de investigación desarrolladas por un Juzgado de Primera Instancia e Instrucción se autorizó la intervención de las comunicaciones telefónicas del imputado. En la ejecución de la diligencia por parte de la Guardia Civil se procedió a intervenir una llamada del imputado al despacho de su Abogado, en la que es atendido por otra persona a la que le solicita que localice a su Abogado para que le asista en su declaración como imputado ante la Guardia Civil por hechos presuntamente constitutivos de un delito contra la propiedad industrial.

2. La conversación con el despacho del Abogado fue recogida íntegramente en la transcripción de las comunicaciones que se realiza como consecuencia de la ejecución de la diligencia por parte de la Guardia Civil.

3. Además de e contener una mera transcripción de las conversaciones interceptadas, el Atestado policial) recogió comentarios, apreciaciones o consideraciones de los agentes intervenientes sobre el contenido de la referida conversación telefónica intervenida y transcrita.

4. La intervención de las comunicaciones telefónicas del imputado con su Abogado se produce en el marco de la investigación de otros hechos delictivos distintos de los que dieron lugar a las diligencias previas a que se refiere el atestado.

5. El Abogado afectado por esta injerencia y que asiste a las declaraciones es además Decano de un Colegio de Abogados en cuyo ámbito se han producido las actuaciones.

6. Ante esta situación se plantean varias cuestiones que deben ser analizadas. En especial las siguientes:

- Si las comunicaciones entre el Abogado y sus clientes pueden ser susceptibles de observación, grabación, transcripción e incorporación a la instrucción penal y, en consecuencia, al proceso.
- Cuál es el órgano competente para realizar la transcripción de las conversaciones grabadas y para incorporar dichas transcripciones al proceso y cuál es el modo en que dichas transcripciones deben ser realizadas e incorporadas a los Autos.

7. Diversos han sido los informes emitidos y las resoluciones jurisdiccionales que se han dictado en los últimos tiempos y que deberían permitir extraer unas conclusiones definitivas con vocación de permanencia que guíen la actuación de todos los operadores con atribuciones relativas a la diligencia de intervención de las comunicaciones telefónicas en aquellos casos en los que se proceda a escuchar y grabar comunicaciones Abogado-cliente.

En consecuencia, procede formular las siguientes

2. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

2.1. *Previa. Terminológica*

Con carácter previo a las consideraciones jurídicas debe realizarse una precisión terminológica sobre la diligencia de investigación objeto del presente Informe, dado que uno de los términos utilizado legalmente —por el artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECR)— como es el de “*observación*” no resulta todo lo omnicomprensivo que debiera, tomando en consideración los actos que el desarrollo de esta diligencia implica. Esta cuestión es algo más significativa que lo puramente dialéctico o terminológico, puesto que la diligencia de investigación no es sólo la pura observación, sino también la grabación, transcripción e incorporación a los Autos, por lo que dichas fases también deben estar presididas por las mismas garantías. El caso objeto de este informe es un ejemplo del motivo por el que el término “*observación*” no es idóneo, al ponerse de manifiesto

una serie de cuestiones surgidas en relación con las actuaciones posteriores a la *escucha* u *observación*.

De hecho, son escasos los textos jurisprudenciales o doctrinales en los que se utilice el término “*observación*”. Así, la sentencia nº 79/2012, de 9 de febrero, de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo (caso *Garzón*) utiliza los términos “*escucha y grabación*”. Y la Circular de la Fiscalía General de Estado nº 1/2013, de 1 de enero, sobre Pautas en relación con la diligencia de intervención de las comunicaciones telefónicas, utiliza el término “*intervención*”, siguiendo a la propia LECR, que también usa dicha palabra.

Asimismo, el Proyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, aprobado por el Consejo de Ministros de 13 de febrero de 2015 (en adelante Proyecto LECR 2015) destierra la utilización del término “*observación*” y se refiere a esta diligencia, en la rúbrica del capítulo en el que se recoge la nueva regulación, como “*interceptación*” de las comunicaciones, si bien a lo largo del texto sigue utilizando también el término “*intervención*” de modo indistinto con el recogido en la rúbrica. Debe entenderse que el más omnicomprensivo es precisamente éste último, el de “*intervención*” y por eso es el que se utilizará a lo largo del Informe.

2.2. Primera. Sobre el déficit normativo de la intervención de las comunicaciones en el proceso penal español

La LECR regula la diligencia de observación de las comunicaciones telefónicas en un único precepto y con un carácter muy escueto. Se trata de una regulación insuficiente y obsoleta que ha generado notables problemas de aplicación práctica y que ha exigido de los órganos jurisdiccionales un esfuerzo de interpretación impropio de una materia en la que la necesidad de regulación legal es un imperativo constitucional. Así, la regulación que la LECR hace de la diligencia de intervención es la fuente de todos los problemas que se han generado cuando en la investigación de los delitos en el marco de la instrucción penal, se ha puesto de manifiesto la necesidad de observar, grabar y aportar al proceso las conversaciones telefónicas relevantes para cumplir los fines de la instrucción y posteriormente, en su caso, de la prueba.

La regulación se contiene exclusivamente en el artículo 579 de la LECR (introducido por la Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo), que lo hace conjuntamente con las diligencias de intervención sobre comunicaciones

postales y telegráficas. El mero planteamiento y ubicación del precepto —de casi 30 años de antigüedad^{1*}— poco dice en favor del Legislador español a la hora de regular esta medida.

El tenor literal no puede ser más escueto:

- “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”.

Una diligencia con una afectación tan directa y explícita de un derecho fundamental como es el recogido en el artículo 18.3 de la Constitución nunca se debería haber regulado de modo tan escueto, ni siquiera en el contexto en el que se introduce en el año 1988 como novedad y un artículo pionero en el ordenamiento jurídico español.

Así, el citado precepto se limita a prever la diligencia de intervención-observación de las comunicaciones telefónicas y omite regular otros aspectos de la diligencia, más allá de una genérica previsión temporal, omitiendo cualquier desarrollo normativo de la institución, ni de los supuestos en que cabe autorizar la intervención, ni de los presupuestos de la diligencia, ni del procedimiento para su autorización, ejecución e incorporación al pro-

¹ * En aquel momento se venía actuar sobre un texto ya obsoleto de la LECR, puesto que dicha norma regulaba únicamente la observación de las comunicaciones telegráficas —original artículo 582—, sin referencia alguna a la intervención sobre las comunicaciones postales o telefónicas, como es lógico. No obstante la novedad que el texto de 1988 introducía en una panorama ya problemático en aquél momento, en poco tiempo se puso de manifiesto la insuficiente intensidad normativa de un texto que, por otra parte, permanece vigente después de casi 30 años, sin que las sucesivas reformas de la LECR hayan ni siquiera desarrollado las líneas básicas de la diligencia de investigación. En todo caso, la reforma de 1988 ha sido unánimemente criticada, “el legislador, con olvido poco explicable, omitió toda regulación del procedimiento para realizar las observaciones telefónicas, lo que ha debido suplir la jurisprudencia” (MORENO CATENA).

ceso penal. Ni, por supuesto, en lo que nos interesa aquí, la intervención de las comunicaciones con los sujetos que están exentos de la obligación de declarar y, en particular, sobre aquéllos en los que concurriría el deber de secreto profesional —mención expresa del abogado del imputado—.

Son conocidas las líneas jurisprudenciales, tanto del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) como del propio Tribunal Constitucional, en las que se pone de manifiesto el déficit normativo apuntado en la presente consideración. En el caso del TEDH, la sentencia de 18 de febrero de 2003 —caso Prado Bugallo c. España— recogía lo siguiente:

“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 intervenidas, 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”.

En cuanto al Tribunal Constitucional, puede reseñarse la sentencia nº 184/2003, de 23 de octubre de 2003, en la que se recoge lo siguiente:

“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 LECR adolece de vaguedad e indeterminación en aspectos esenciales, por lo que no satisface los requisitos necesarios exigidos por el art. 18.3 CE 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”.

El vacío normativo identificado ha exigido que la regulación de la diligencia de intervención tenga un marcado, se podría decir que exclusivo, carácter jurisprudencial, lo que más allá de los problemas de aplicación que esto supone, constituye una profunda irregularidad de nuestro ordenamiento jurídico procesal, tomando en consideración la exigencia general contenida en el artículo 8.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos en cuanto a la necesidad de una previsión legal expresa de cualquier injerencia en el derecho al respecto de las comunicaciones^{2*}.

² * *“Artículo 8. Derecho al respeto a la vida privada y familiar.*

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de

Segunda. La intervención de las comunicaciones telefónicas: el estado actual de la cuestión

La regulación “jurisprudencial” de la diligencia de “intervención”, partiendo de la insuficiencia normativa identificada en el punto anterior, exige la concurrencia de una serie de presupuestos para su adopción, que han sido sintetizados por la relevante Circular 1/2013 de la Fiscalía General del Estado sobre pautas en relación con la diligencia de intervención de las comunicaciones telefónica:

- La exclusividad jurisdiccional, en el sentido de que únicamente por la autoridad judicial se pueden establecer restricciones y derogaciones al derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas.
- La finalidad exclusivamente probatoria de las interceptaciones para establecer la existencia de delito y el descubrimiento de las personas responsables del mismo.
- La excepcionalidad de la medida, que sólo habrá de adoptarse cuando no exista otro medio de investigación del delito que sea de menor incidencia y cause menos daño sobre los derechos y libertades fundamentales del individuo que los que inciden sobre la intimidad personal y el secreto de las comunicaciones.
- La proporcionalidad de la medida, que implica que sólo habrá de adoptarse en caso de delitos graves (STS de 25 de junio de 1993).
- La limitación temporal de la utilización de la medida, lo que exige que la resolución jurisdiccional que la autoriza determine el período en el que puede ser adoptada.
- La especialidad del hecho delictivo que se investigue, pues no cabe decretar una intervención telefónica para tratar de descubrir de manera general e indiscriminada actos delictivos.
- La existencia previa de indicios de la comisión de delito y no meras sospechas o conjeturas.

este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

- La existencia previa de un procedimiento de investigación penal, aunque cabe que la intervención de las telecomunicaciones sea la que ponga en marcha el procedimiento.
- La motivación suficiente de la resolución judicial acordando la intervención telefónica (STC 181/1995, de 11 de diciembre de 1995 o STS de 11 de abril de 1997).
- La exigencia de control judicial en la ordenación, desarrollo y cese de la medida de intervención.

La exigencia del cumplimiento de requisitos ineludibles para que las intervenciones sean legítimas deriva no solamente del carácter de derecho fundamental del secreto de las comunicaciones, sino además, de una singularidad que no concurre respecto de otras diligencias de investigación intrusivas en los derechos fundamentales, a saber, que la injerencia se lleva a cabo manteniendo al titular del derecho en la total ignorancia respecto de la pérdida de amparo de su derecho constitucional.

La necesidad de exigir una serie de requisitos formales que se han ido perfilando jurisprudencialmente a los efectos de que la adaptación y ejecución de la diligencia de intervención se realice de modo respetuoso con las garantías procesales y los derechos fundamentales afectados. En concreto, resulta imprescindible que la resolución que acuerde la intervención haga referencia expresa al número/s de teléfono objeto de la intervención, personas cuyas conversaciones deben ser intervenidas, personas autorizadas para intervenir, plazo de duración —que debe ser razonable— y momentos en los que se debe dar cuenta al Juez de la marcha de la diligencia (SSTS de 18 de marzo de 1994 y de 25 de junio de 1993 y ATS de 18 de junio de 1992 o la STC 49/1994 de 5 de abril).

No obstante, tal como se ha recogido, el objeto fundamental de este Informe no es tanto el análisis de la diligencia de investigación en sí misma considerada, sino el ámbito subjetivo en el que puede ser adoptada. Esto es, más allá de que se cumplan los presupuestos generales de la diligencia de investigación o de plantear en este Informe un estudio genérico de la diligencia, es necesario centrarse en determinados aspectos de la misma directamente relacionados con los hechos que sirven de base a este Informe, básicamente si la diligencia puede recaer sobre las comunicaciones de la persona imputada o sobre la que incurren los indicios que justifican la diligencia con su Abogado y el procedimiento para transcribir las escuchas e incorporarlas, en su caso, a la instrucción.

2.3. Tercera. La inviolabilidad general de las comunicaciones entre el abogado y su cliente

Llegados a este punto, se ha de afirmar categóricamente que a pesar de la falta de regulación expresa y de que la jurisprudencia nacional resulta a veces un tanto confusa o al menos carente de contundencia, las comunicaciones del imputado con su Abogado no son susceptibles de constituir objeto lícito de la diligencia de intervención de las comunicaciones.

La categórica afirmación de la que se parte no evita que se deba llamar la atención sobre el hecho de que la falta de regulación contenida en la LECR aísla al ordenamiento procesal penal español de los referentes tradicionales, en la medida en que en los ordenamientos jurídico-procesales francés, alemán e italiano sí regulan expresamente considerables limitaciones a la posibilidad de intervenir este tipo de comunicaciones. En aplicación expresa de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (por todas puede verse la STEDH de 24 de abril de 1990, caso KRUSLIN) se han ido estableciendo regulaciones, limitaciones para ser exacto, a la posibilidad de intervenir las comunicaciones circunscritas a la relación establecida entre abogado y cliente imputado, en los ordenamientos jurídicos alemán (parágrafo 97. 1 y 2 StPO), francés (artículo 100.7 CPP) e italiano (art. 271.1º CPP en relación con el artículo 200.1º).

Con carácter general, todas y cada una de las diligencias de intervención de las comunicaciones deben acordarse y realizarse inspiradas por las máximas garantías, tratadas de modo excepcional y rodeadas de límites y requisitos (Circular FGE nº 1/2013).

Pero es que además en caso de que la intervención afecte a la comunicación Abogado-cliente la afectación de derechos fundamentales trasciende del derecho al secreto de las comunicaciones, afectando a otros derechos (básicamente al derecho de defensa y, en su caso, al derecho a la intimidad personal), por lo que el examen de las garantías en este caso —el juicio de proporcionalidad— no se puede limitar a aplicar los criterios generales, sino que deben tomar en consideración el resto de derechos afectados. Se trata, pues, de uno de esos casos identificados por el Tribunal Constitucional en su sentencia nº 123/2.002, de 20 de mayo:

“... este reconocimiento autónomo del derecho (art. 18.3) no impide naturalmente que pueda contribuir a la salvaguarda de otros derechos, libertades o bienes constitucionalmente protegidos, como el secreto del sufragio activo, la libertad de opinión, ideológica y de pensamiento, de la libertad de empresa, la confidencialidad de la asistencia letrada o, naturalmente también, el derecho a la intimidad personal y familiar”.

A continuación exponemos los motivos por los que debe declararse con carácter general la inviolabilidad de las comunicaciones Abogado-cliente en el marco del proceso penal.

A. Motivos de *lege data*

Aun cuando la regulación procesal es escasa, como toda cuestión atinente al ejercicio efectivo del derecho de defensa, sí puede extraerse de diversos preceptos un mínimo régimen sobre las comunicaciones entre el Abogado y su cliente, si bien casi todas orientadas a que el primero no haga público su contenido.

Y lo cierto es que resulta esencial conocer cuál es el marco jurídico en el que nos movemos en España respecto al derecho/deber de secreto profesional que vincula a los Abogados en su ejercicio. Nos limitaremos, eso sí, a las normas de rango legal, omitiendo referencias al Estatuto General de la Abogacía Española (EGAE) y al Código Deontológico de la Abogacía Española, que recoge esa regulación legal y la desarrolla convenientemente.

El artículo 24.2 de la Constitución sirve de marco general para el secreto de las comunicaciones entre el Abogado y su cliente, cuando regula el secreto profesional como razón para no declarar sobre hechos delictivos:

"2. 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 mismos, 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".

Se trata por tanto de un supuesto de configuración legal, lo que ahora veremos.

Huelga decir que tampoco se ha desarrollado legalmente con la intensidad y extensión suficiente el mandato constitucional. Y así, la ausencia de obligación de declarar, con todo lo que ello supone, se regula de modo muy escueto de modo sectorial y sin la sustantividad propia que su ubicación constitucional demandaría.

En el caso de los Abogados, el mínimo desarrollo legal se realiza, en primer lugar y con carácter genérico, por el artículo 437.2 LOPJ que establece lo siguiente:

“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”.

El Código Penal, por su parte, dispone en su artículo 199 lo siguiente:

- “1. *El que revelare secretos ajenos, de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o sus relaciones laborales, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses.*
2. *El profesional que, con incumplimiento de su obligación de sigilo o reserva, divulgue los secretos de otra persona, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para dicha profesión por tiempo de dos a seis años”.*

En el ámbito de la LECR se regula en primer lugar, el artículo 263 exceptúa del deber de denunciar, que el art. 262 establece, a *“los abogados y a los procuradores respecto de las instrucciones o explicaciones que recibieren de sus clientes”*.

El artículo 416.2, por su parte, exceptúa del deber de declarar como testigo al *“abogado del procesado respecto a los hechos que éste le hubiese confiado en su calidad de defensor”*.

Además de la propia exoneración de la obligación de denunciar/declarar que tiene como finalidad clara la protección del secreto profesional y la confidencialidad de las comunicaciones Abogado-cliente, es reseñable que dicha exención se circunscribe a los hechos conocidos en el desempeño de la función de defensa —*“instrucciones o explicaciones que recibieran de sus clientes”* y *“hechos (...) confiado(s) en su calidad de defensor”*—.

Si se examina la diligencia de intervención de las comunicaciones telefónicas a la luz de dichos preceptos resulta claro que, aplicada a la comunicación Abogado-cliente, la diligencia es contradictoria con la exención y supone una injerencia en el derecho de Abogado y cliente a que sus comunicaciones no trasciendan el ámbito de confidencialidad en el que se producen, toda vez que se trata de una declaración obtenida de modo forzoso del propio Abogado en el mismo momento en el que tiene conocimiento de los hechos sobre los que recae la exención de declarar.

En consecuencia, la práctica de la diligencia de intervención sobre las comunicaciones del Abogado con su cliente resulta incompatible con la prohibición —establecida con claridad en la LOPJ— de declarar sobre hechos que haya conocido o le hayan sido confiados en el ejercicio de su profesión, dentro de lo cabe incluir de un modo evidente todo aquello que pueda comunicar con su cliente y que es incorporado al proceso —del

mismo modo que una declaración testifical—en virtud de la diligencia de intervención adoptada.

Esto es esencial en la medida en que en alguno de los ordenamientos de nuestro entorno —el alemán, el italiano y el suizo (relevante en este punto porque sirvió de base para la sentencia del TEDH en el asunto KOPP)— se pone en contacto la prohibición de intervención precisamente con la prohibición de declaración como testigo sobre aquello que se ha conocido en el ejercicio de la profesión. Por lo tanto, una interpretación razonable del artículo 579 de la LECR debe llevar a excluir expresamente del ámbito subjetivo de la intervención a aquellos sujetos que tengan prohibido declarar (ya sabemos que el secreto profesional se configura como un derecho/deber de no declarar), precisamente cuando la intervención implique conocer aquello que éstos han conocido en virtud de su ejercicio profesional y respecto de lo que recae la regulación del artículo 416 de la LECR.

El Tribunal Supremo ya ha conectado la diligencia de intervención de las comunicaciones con los preceptos mencionados, afirmando que se produciría una vulneración del secreto profesional en caso de que aquélla tenga por objeto la comunicación Abogado-cliente. En la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo nº 79/2012, de 9 de febrero (caso *Garzón*), se afirma lo siguiente:

“En segundo lugar, el derecho al secreto profesional. Concebido como un derecho del letrado a no revelar los datos, de la clase que sean, proporcionados por su cliente, o, con carácter más general, obtenidos en el ejercicio del derecho de defensa (artículo 416 de la LECR y 542.3 de la LOPJ), opera también como un derecho del imputado a que su letrado no los revele a terceros, ni siquiera bajo presión. El conocimiento indebido del contenido de las comunicaciones entre ambos, pues, dejaría en nada este derecho”.

Por otra parte, con carácter general, los preceptos reguladores del derecho a no declararse culpable deben inspirar también la regulación de la diligencia de intervención de las comunicaciones, puesto que realizándose la comunicación del cliente con su Abogado en el marco de la confianza que genera el derecho de defensa, la obtención y traslado al proceso de lo comunicado —que podría incluir referencia a los hechos investigados o incluso una declaración autoinculpatoria— supone no sólo cercenar el derecho de defensa, sino también el derecho a no declarar contra sí mismo o el derecho a no declararse culpable, ambos reconocidos como garantías constitucionales del proceso por el artículo 24.2 de la Constitución.

B. Motivos jurisprudenciales

Como ya se anticipó, uno de los argumentos más sólidos para llegar a la conclusión que preside la rúbrica de la presente consideración jurídica ha sido el tratamiento jurisprudencial expreso de la intervención de las comunicaciones entre Abogado y cliente.

En el ámbito del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) —relevante, tomando en consideración que son fundamentales los derechos afectados y, en su caso, vulnerados—, el TEDH ha declarado en repetidas ocasiones la confidencialidad de la relación entre Abogado e imputado como un principio esencial que debe inspirar la normativa reguladora del proceso penal y su aplicación (STEDH de 13 de marzo de 2007 —caso *Castravet c. Moldavia*— y Sentencia de 20 de junio de 2000 —caso *Foxley c. Reino Unido*—). Además se ha de recordar que el TEDH considera que las comunicaciones telefónicas están incluidas en los conceptos del artículo 8.1 CEDH (respeto de la vida privada y familiar, de su domicilio y correspondencia) y, en consecuencia, su interceptación puede ser examinada en los términos previstos en el apartado 2 de ese artículo (STEDH de 29 de marzo de 2005 —caso *Matheron c. Francia*—).

De modo específico, en la sentencia TEDH de 5 de octubre de 2006 —caso *Marcello Viola c. Italia*— establece que el derecho del acusado a comunicarse con su Abogado de modo confidencial constituye un presupuesto básico para un proceso equitativo y justo en un sociedad democrática y se deriva directamente del artículo 6.3(c) CEDH.

El TEDH considera que si un Abogado no pudiera entrevistarse con el imputado de un modo reservado, la asistencia perdería gran parte de su utilidad (Sentencia TEDH de 28 de noviembre de 1991 —caso *S. c. Suiza*—), lo que tiene relevancia directa para el derecho defensa (Sentencia TEDH de 16 de octubre de 2001 —caso *Brennan c. Reino Unido*—).

No obstante, sin perjuicio de las sentencias anteriores, la referencia más actual para valorar la intervención en las comunicaciones Abogado-cliente es la reciente Sentencia del TEDH de 3 de febrero de 2015 —caso *Pruteanu c. Rumanía*—). En dicha sentencia se analiza la intervención, transcripción y aportación al proceso de unas conversaciones entre el Abogado y su cliente, llegando el Tribunal a un pronunciamiento claro. Afirma así que la interceptación de conversaciones entre un Abogado y su cliente afecta a la confidencialidad y secreto profesional que está en la base de esa relación. En consecuencia, en términos absolutos, su interceptación, grabación y, en su caso, transcripción a efectos procesales vulnera el artículo 8.1 CEDH.

A pesar de que las partes del proceso seguido ante el TEDH discuten si la intervención que se realiza en el caso está o no amparada en la Ley procesal rumana —que, todo hay que decirlo, regula ampliamente la diligencia de intervención de las comunicaciones en la instrucción penal— y si dicha Ley cumple con las exigencias del artículo 8 del CEDH, el TEDH ni siquiera entra a analizarlo porque considera que dicho precepto es violado por otras razones ajenas a la existencia o no de previsión en la Ley nacional correspondiente con respecto a la interceptación y grabación de las conversaciones telefónicas expuestas.

En el ámbito comunitario, la confidencialidad de las comunicaciones Abogado-cliente fue declarada como un principio del Derecho Comunitario ya por la fundamental sentencia TJCE de 18 de mayo de 1982 —caso AM&S Ltd. Comisión Europea, C. 155/79, Rec. 417—.

Nuestro Tribunal Constitucional otorga trascendental relevancia también a la confianza y confidencia como elementos que forman parte del núcleo esencial del derecho de defensa. Así, señala su Sentencia 110/1984, de 26 de noviembre, que:

“La confianza y la confidencia son, pues, dos requisitos inseparables del asesoramiento técnico del abogado defensor, forman parte del “núcleo esencial” del derecho de defensa y no concurren cuando se impone un abogado que no aporta al justiciable la intimidad imprescindible para que haya una comunicación recíproca entre ambos que, además, debe quedar reservada, pues de lo contrario, no se manifestaría: quedaría coartada, limitada y cercenada, lo que significa una mutilación de la propia asistencia letrada. El apartado 2.3.1 del Código Deontológico aprobado por el CCBE (Colegio de Abogados de la Comunidad Europea) el 28 de octubre de 1988 confirma que ‘forma parte de la naturaleza misma de la misión del Abogado que éste sea depositario de los secretos de su cliente y destinatario de comunicaciones confidenciales’”.

En el Derecho interno constituye un hito la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo nº 79/2012, de 9 de febrero (caso *Garzón*), dado que, si bien tiene por objeto el análisis de una intervención de las comunicaciones entre el Abogado y su cliente en el ámbito de un centro penitenciario, que cuenta con un régimen jurídico específico en la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria (LOGP), las consideraciones que realiza sobre la confidencialidad de las comunicaciones entre el Abogado y su cliente son aplicables con carácter general a cualquier ámbito y sea cual sea el modo en que se produzca la intervención:

“Como luego se dirá, aunque es pertinente adelantarla, el derecho de defensa es un elemento nuclear en la configuración del proceso penal del Estado de Derecho como un proceso con todas las garantías. No es posible construir un proceso justo si se

elimina esencialmente el derecho de defensa, de forma que las posibles restricciones deben estar especialmente justificadas. (...)

En el desarrollo de la comunicación entre letrado y cliente, basada en la confianza y en la seguridad de la confidencialidad, y con mayor razón en el ámbito penal, es lo natural que aparezcan valoraciones sobre lo sucedido según la versión del imputado, sobre la imputación, sobre las pruebas existentes y las que podrían contrarrestar su significado inculpatorio, sobre estrategias de defensa, e incluso podría producirse una confesión o reconocimiento del imputado respecto de la realidad de su participación, u otros datos relacionados con la misma. Es fácil entender que, si los responsables de la investigación conocen o pueden conocer el contenido de estas conversaciones, la defensa pierde la mayor parte de su posible eficacia".

Los términos que el Tribunal Supremo utiliza, que por otra parte son práctica reproducción literal de algunos pasajes de las sentencias del TEDH citadas, son contundentes y no dejan lugar a dudas sobre la conclusión a la que se debe llegar sobre la falta de conformidad a Derecho de las diligencias de intervención que tengan por objeto las comunicaciones Abogado-cliente.

Además, el propio Tribunal Supremo se encarga de dejar claro que la inviolabilidad de la comunicación Abogado-cliente debe ser proclamada con carácter general, más allá de las consideraciones y particularidades de los casos concretos, con el siguiente razonamiento:

"7. Naturalmente, todas estas consideraciones no pueden entenderse referidas solo a los efectos que producen en el caso concreto las escuchas de las comunicaciones reservadas entre el imputado y su letrado defensor. De aceptarse que la mera posibilidad de que se sigan cometiendo delitos justifica la supresión de la confidencialidad entre el imputado preso y su letrado defensor, desaparecería de manera general un elemento esencial en la misma configuración del proceso justo. Incluso la mera sospecha fundada acerca de la existencia de escuchas generalizadas de las comunicaciones entre el imputado privado de libertad y su letrado defensor, anularía de manera general la confianza en una defensa con capacidad de efectividad, como elemento imprescindible para un proceso con igualdad de armas; un proceso, por tanto, equitativo".

C. Previsión legal expresa en el ámbito penitenciario

Un importante punto de apoyo de la inviolabilidad de las comunicaciones entre Abogado y cliente se contempla en la LOGP, si bien que para un ámbito especial, tanto desde el punto de vista subjetivo —cliente privado de libertad, lo lógico es que en situación de prisión preventiva—, como objetivo —comunicaciones que tienen lugar en el Centro Penitenciario—. En su artículo 51.2 contempla la prohibición expresa de intervenir las comunicaciones de la siguiente forma:

"2. 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".

La interpretación del precepto en modo alguno puede pivotar sobre la excepción que constituye el último inciso, sino sobre la prohibición general de intervención. No puede ser de otro modo, puesto que la excepción es extraordinaria —autorización judicial para intervenir en caso de terrorismo— y, en todo caso, debe ser interpretada de modo restrictivo, tal como indica el Tribunal Constitucional en su sentencia nº 183/1994, de 20 de junio de 1994:

"Esta diferenciación esencial que existe entre el art. 51.5 —régimen general cuya única remisión válida es al art. 51.1— y el art. 51.2, pone de manifiesto 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, así como derivar de ello la legitimidad constitucional de una intervención administrativa que es totalmente incompatible con el más intenso grado de protección que la norma legal confiere al derecho de defensa en los procesos penales. Dichas condiciones habilitantes deben, por el contrario, considerarse acumulativas y, en su consecuencia, llegar a la conclusión que el art. 51.2 de la LOGP autoriza únicamente a la autoridad judicial para suspender o intervenir, de manera motivada y proporcionada, las comunicaciones del interno con su Abogado sin que autorice en ningún caso a la Administración Penitenciaria para interferir esas comunicaciones".

Por otra parte, no parece que haya duda sobre la naturaleza exclusivamente procesal de las comunicaciones que se producen entre el abogado y su cliente en un centro penitenciario, cuando precisamente sobre el abogado no concurre la condición de imputado. En consecuencia, extraer de la previsión de la LOGP cualquier conclusión que suponga poner en duda la inviolabilidad general de las comunicaciones Abogado-cliente por el hecho de que se prevea una excepción que, en todo caso, debe ser interpretada restrictivamente, implica una interpretación no admisible desde el punto de vista de los derechos fundamentales que se encuentran afectados.

D. Las posibles excepciones no condicionan la inviolabilidad general de las comunicaciones Abogado-cliente

Se ha reconocido, en cualquier caso, la posibilidad de que las comunicaciones entre el Abogado y su cliente sean sometidas a intervención, más

allá del derecho al secreto de las comunicaciones, a la asistencia letrada y a la confidencialidad con que debe desarrollarse la misma.

Así, la ya citada Sentencia del TEDH de 25 de marzo de 1998 —caso Kopp c. Suiza— exige como presupuesto de la confidencialidad que las comunicaciones se ciñan a “*la relación abogado-cliente que atañe directamente a los derechos de defensa*” y “*a las actividades propias de su profesión*”, lo que en otras sentencias ha supuesto que se admitan restricciones a la confidencialidad cuando concurra causa suficiente (STEDH de 12 de mayo de 2005 —caso Öcalan v. Turquía—).

Esa excepción ha sido precisada en la Sentencia del TEDH de 16 de octubre de 2012 —caso Tsonyo Tsonev c. Bulgaria— en la que se recoge que “*...la lectura de la correspondencia de un interno con su abogado, sólo puede autorizarse en casos excepcionales, si las autoridades tienen razones para creer que existe un abuso de privilegio por cuanto el contenido de la carta amenaza la seguridad del establecimiento o a terceros o reviste un carácter delictivo*”. En un sentido similar la Sentencia del TEDH de 6 de diciembre de 2012 —caso Michaud c. Francia—, en la que se exceptúa la confidencialidad en aquellos casos en que el Abogado desempeñe tareas similares a las realizadas por otros profesionales y no tan propias de la esencia de la profesión —esto es la defensa procesal—.

De un modo más claro, el TJCE, en la sentencia de 14 de septiembre de 2010, supeditó la confidencialidad a dos presupuestos, esto es, “*(...) por una parte, debe tratarse de correspondencia vinculada al ejercicio de los derechos de la defensa del cliente y, por otra parte, debe tratarse de abogados independientes, es decir, no vinculados a su cliente mediante una relación laboral*”.

En España, la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 2001 es muy clara al respecto:

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

De la jurisprudencia citada se extrae que, con las lógicas garantías, se podría exceptuar la confidencialidad en caso de que la relación y, en con-

secuencia, la comunicación entre el Abogado y su cliente trascienda de la relación profesional y pase a constituirse en una relación delictual.

No obstante, debe entenderse que en estos casos realmente no estamos ante una excepción de la inviolabilidad de las comunicaciones, puesto que la comunicación lo es entre Abogado y cliente sólo en términos formales, dado que materialmente no es posible identificar un ejercicio de las funciones del Abogado en dichas comunicaciones.

En todo caso, lo que sí parece necesario es que sea el Juez quien, previa cognición de la situación, autorice la intervención de las comunicaciones, para lo que la resolución que autoriza deberá, apreciando los indicios de criminalidad que concurren en la conducta del Abogado y previa su imputación formal, justificar que dichas comunicaciones no son las propias de una relación Abogado-cliente. En todo caso, conviene resaltar que la intervención de este tipo de comunicaciones debería estar prevista expresamente en la Ley (STEDH de 25 de marzo de 1998 —caso Kopp c. Suiza—).

E. Las previsiones del Proyecto LECR 2015

El Proyecto LECR 2015 viene a refrendar la inviolabilidad de las comunicaciones entre el imputado y su Abogado y, en consecuencia, lo sostenido hasta este punto por el presente Informe, recogiendo en líneas generales lo apuntado por la jurisprudencia comentada, incluyendo la excepción recogida en el punto anterior.

El Proyecto LECR 2015 lo destaca en su Exposición de Motivos, subrayando la novedad de la inclusión:

“Especial mención requiere la cuestión relativa al reconocimiento de la confidencialidad de las comunicaciones entre el investigado o encausado y su abogado, que podrá ser limitada cuando concurran determinadas circunstancias, como la presencia de indicios objetivos de la participación del abogado en el hecho delictivo investigado”.

Posteriormente la confidencialidad se reitera en el precepto general que regula el derecho de defensa, su contenido y características, como es el artículo 118 de la LECR:

“4. Todas las comunicaciones entre el investigado o encausado y su abogado tendrán carácter confidencial.

Si estas conversaciones o comunicaciones hubieran sido captadas o intervenidas durante la ejecución de alguna de las diligencias reguladas en esta ley, el juez ordenará la eliminación de la grabación o la entrega al destinatario de la correspondencia detenida, dejando constancia de estas circunstancias en las actuaciones.

Lo dispuesto en el párrafo primero no será de aplicación cuando se constate la existencia de indicios objetivos de la participación del abogado en el hecho delictivo investigado o de su implicación junto con el investigado o encausado en la comisión de otra infracción penal, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley General Penitenciaria".

Reiterándose en el artículo 520 de la LECR entre el elenco de derechos y garantías del detenido:

"7. Las comunicaciones entre el investigado o encausado y su abogado tendrán carácter confidencial en los mismos términos y con las mismas excepciones previstas en el apartado cuarto del artículo 118 de esta ley".

Los artículos son elocuentes. Se declara con carácter general la inviolabilidad de las comunicaciones Abogado-cliente, estableciéndose además el tratamiento procesal de las potenciales intervenciones que pudieran haberse realizado para garantizar su irrelevancia procesal. En cuanto a las excepciones, se incluyen las dos señaladas por la jurisprudencia, esto es, la imputación previa del Abogado y el régimen especial de la LOGP que, tal como se ha argumentado, en nada desvirtúan el principio general de confidencialidad de las comunicaciones.

Al margen de que se trate de un texto gubernamental o *prelegislativo*, es muy relevante que dicho Proyecto LECR 2015 respalde la conclusión general del presente Informe, sirviendo como argumento de cierre a lo recogido en los puntos anteriores.

2.4. Cuarta. Tratamiento procesal de la intervención de las comunicaciones abogado-cliente

La propia dinámica de la diligencia de intervención de las comunicaciones impide que sea absoluta en el sentido de que nadie pueda tener tan siquiera acceso a escucharlas.

Lógicamente, si el objeto de la intervención son las comunicaciones que se realicen desde un determinado número de teléfono, la discriminación en los actos propios de la diligencia, como son la escucha u observación de la comunicación y su grabación resulta imposible. En consecuencia, la inviolabilidad debe ser entendida en términos no materiales, como imposibilidad de que las conversaciones sean tan siquiera escuchadas, sino en términos procesales, en el sentido de que dicha escucha-grabación no debe tener virtualidad procesal alguna, debiendo destruirse los archivos que los contengan de modo inmediato.

Siendo claro que el caso objeto de este Informe es ejemplo de una serie de incorrecciones en la práctica de la diligencia de intervención —más allá del mero hecho de que, efectivamente, los agentes pudiesen escuchar—, de nuevo volvemos a enfrentar la falta de soporte normativo que evidencie las irregularidades cometidas y, en su caso, el modo, en primer lugar, en que los agentes autorizados practiquen correctamente las diligencias y, segundo, en el que las potenciales irregularidades sean depuradas antes de incorporar el resultado de las diligencias a los Autos.

Dicha situación, al igual que la inviolabilidad misma, ha sido reconocida por el TEDH con expresa referencia a la situación de la normativa española en la Sentencia de 30 de julio de 1998 —caso Valenzuela Contreras c. España—:

“(...) algunas de las condiciones que se desprenden del Convenio, necesarias para asegurar la previsibilidad de la ley y garantizar en consecuencia el respeto de la vida privada y de la correspondencia, no están incluidas ni en el art. 18.3 de la Constitución, ni en las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, principalmente la definición de las categorías de personas susceptibles de ser sometidas a vigilancia telefónica judicial, la naturaleza de las infracciones que pueden dar lugar a ello, la fijación de un límite de la duración de la ejecución de la medida, las condiciones de establecimiento de los atestados que consignen las conversaciones interceptadas y, la utilización y el borrado de las grabaciones realizadas”.

Dicho criterio jurisprudencial ha sido recogido, entre otras, por la sentencia del Tribunal Constitucional 184/2002, de 23 de octubre:

“De la lectura del transcripto precepto legal resulta la insuficiencia de su regulación sobre el plazo máximo de duración de las intervenciones, puesto que no existe un límite de las prórrogas que se pueden acordar; la delimitación de la naturaleza y gravedad de los hechos en virtud de cuya investigación pueden acordarse; el control del resultado de las intervenciones telefónicas y de los soportes en los que conste dicho resultado, es decir, las condiciones de grabación, y custodia, utilización y borrado de las grabaciones, y las condiciones de incorporación a los atestados y al proceso de las conversaciones intervenidas. Por ello, hemos de convenir en que el art. 579 LECR no es por sí mismo norma de cobertura adecuada, atendiendo a las garantías de certeza y seguridad jurídica, para la restricción del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones telefónicas (art. 18.3 CE)”.

Ante el vacío normativo, de la aplicación jurisprudencial de la diligencia se han obtenido una serie de presupuestos y requisitos sobre el tratamiento procesal del producto de tal diligencia, esto es, de la grabación de las comunicaciones que, ya lo hemos de adelantar, no se han respetado en el supuesto que nos ocupa especialmente.

A. Control judicial de la intervención de las comunicaciones

El Juez de instrucción, tras dictar la resolución que autoriza la intervención, no puede permanecer al margen de su práctica por los agentes autorizados, ni debe limitar su participación a la eventual prórroga del plazo de intervención determinado inicialmente. Por el contrario, el Juez debe tener constancia permanente del resultado de las escuchas practicadas y tiene exclusividad en el control que debe desplegarse sobre el producto de la intervención. El Juez es el único que puede desplegar su cognición sobre el resultado de la intervención, lo que excluye cualquier pronunciamiento o consideración tanto por parte de la Policía, como del Secretario Judicial.

La Policía Judicial no puede realizar en el cuerpo del atestado ningún tipo de consideración sobre el contenido de las escuchas realizadas, como ha ocurrido lamentablemente en el caso que se analiza en el presente Informe. Es más, tal como ha afirmado la jurisprudencia y la doctrina, finalizada la intervención de las comunicaciones, la Policía Judicial debe remitir al Juzgado todas las cintas y soportes en los que hayan sido grabadas las llamadas y conversaciones intervenidas.

En consecuencia, es el Juez quien, a partir de las grabaciones —más bien de su transcripción— debe determinar qué conversaciones se incorporan y cuáles no al proceso a través de la vía formal para ello. En ese trámite de control judicial, el Juez debe descartar las conversaciones que vulneren el secreto profesional, impidiendo su inclusión en los autos, incluso su transcripción.

Es más, una correcta praxis por parte de la Policía Judicial debería llevar a que sean los órganos autorizados para realizar las escuchas los que señalen al Juez las conversaciones susceptibles de vulnerar algún derecho fundamental distinto al secreto de las comunicaciones, para que sea el Juez quien resuelva sobre su incorporación o no a los Autos.

El Proyecto LECR 2.015 trata expresamente la cuestión regulando el control judicial en el artículo 118.4, en relación precisamente con la intervención de las comunicaciones entre Abogado y cliente:

“Si estas conversaciones o comunicaciones hubieran sido captadas o intervenidas durante la ejecución de alguna de las diligencias reguladas en esta ley, el juez ordenará la eliminación de la grabación o la entrega al destinatario de la correspondencia detenida, dejando constancia de estas circunstancias en las actuaciones”.

Ésta es precisamente la práctica exigida por las garantías procesales: control del Juez en todo caso y si el Juez estima que parte de las conversaciones no pueden ser incorporadas por afectar otros derechos fundamen-

tales no ponderados en la autorización inicial —como sería el derecho de defensa encarnado en las conversaciones Abogado-cliente— debe ordenador la destrucción de las grabaciones.

Confirma esto la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 1995, según la cual:

“(...) en ningún caso se debe autorizar a la policía judicial para realizar por su cuenta y sin control judicial una previa selección del material copiado durante la intervención telefónica (...)”

O de modo más nítido la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 1998:

“(...) es el Juez y no la policía a quien compete determinar y seleccionar los pasajes que se entienden útiles para la instrucción de la causa, excluyendo los que carezcan de relevancia para la investigación y, sobre todo, aquellos que, por afectar a la intimidad de terceros ajenos al proceso y cuyas conversaciones no sean de interés para la causa, deben con mayor razón ser excluidos de la publicidad”.

Dicha jurisprudencia pone de manifiesto que la Policía Judicial tiene vetada la realización de cualquier extracto de la grabación. Siendo esto así, tampoco podrá realizar consideración alguna sobre el contenido de las escuchas en el Atestado, como ha ocurrido en el caso que se analiza.

B. Práctica de la transcripción

Otro aspecto de las diligencias que debe ofrecer garantías en su realización es el de la transcripción de las conversaciones grabadas, esto es, documentar en un acta lo que hasta ese momento consta en un soporte de audio. Al no existir referencia normativa, han sido los Tribunales los encargados de establecer las garantías con que se debe realizar la transcripción.

Así, se trata de un trámite que debe ser controlado por el Secretario Judicial como fedatario público y se debe producir con respeto del principio de contradicción —presencia de la persona intervenida y de su Abogado—. De hecho, en algún caso se ha declarado la nulidad probatoria porque no se observó la contradicción en la transcripción (Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 1997), indicándose que la contradicción en la transcripción es más relevante que en el control judicial del contenido de las escuchas (Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1997).

Lógicamente dichas exigencias han sido matizadas en algunas sentencias, por ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 1996 considera que el Secretario:

"(...) cumpliendo con su función de fedante, hizo las compulsas oportunas rectificando en aquello que procedía las transcripciones oportunas rectificando en aquello que procedía las transcripciones que las acompañaban (a las cintas), con lo que vino a cumplirse así del modo más exquisito y riguroso el exigible control judicial de la medida".

Aun en este caso, el Secretario está obligado a revisar los borradores de la transcripción a efectos de otorgar fe pública al acto y al documento que recoge la transcripción.

Es destacable, por cuanto resulta aplicable a los hechos objeto de informe, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 14 de enero de 1994:

"El motivo por el que el Tribunal no valora como pruebas dichas intervenciones telefónicas es porque en la causa no constan las transcripciones de las conversaciones grabadas por la Guardia Civil, lo que consta es un resumen de las mismas, una síntesis elaborada por los propios funcionarios del Cuerpo que las llevaron a cabo (...)".

De los dos puntos anteriores se extrae que el Atestado objeto de análisis en este Informe incurre en dos defectos procesales que implican (o deberían implicar) su nulidad radical. Por una parte, distrae de la exclusividad jurisdiccional el control sobre el contenido de las comunicaciones intervenidas y, en particular, sobre la facultad de seleccionar los contenidos relevantes para la causa o, como es el caso, los que afecten a derechos fundamentales. Por otra parte, procede a la transcripción de unas conversaciones cuando ésta es una competencia exclusiva del Secretario Judicial, por lo que el documento no tiene ninguna relevancia procesal al no estar investido de fe pública judicial.

C. La doctrina de los hallazgos casuales aplicada al caso

Consta que el objeto del Atestado son hechos ajenos a los que fueron objeto de la autorización judicial de intervención de las comunicaciones, lo que supondría que los primeros vienen a ser un *"hallazgo casual"* surgido en el marco de la diligencia de intervención de las comunicaciones.

Es cierto que la jurisprudencia viene aceptando —con carácter general como *notitia criminis*— la utilización de los hallazgos casuales en procesos distintos de aquél en que se adoptó la diligencia de intervención, pero no es menos cierto que dicha utilización está condicionada en todo caso al control jurisdiccional en forma de nueva resolución que acomode su contenido y motivación a los hechos no investigados (Sentencias del Tribunal Supremo 110/2010, de 23 de diciembre y 167/2010, 24 de febrero). En

consecuencia, la dinámica exigida desde el punto de vista de las garantías es que, una vez detectadas las conversaciones que pongan en evidencia o puedan servir como prueba de hechos delictivos ajenos a los que justificaron la intervención, la Policía Judicial debe ponerlo en inmediato conocimiento del Juez de Instrucción a efectos de que éste, desplegando su cognición sobre el particular, adopte la resolución correspondiente.

En el caso objeto del presente Informe, aun cuando se trata de una cuestión tangencial, no parece que la Policía Judicial haya sido respetuosa con las exigencias jurisprudenciales, sino que, lejos de ello, utilizaron unilateral y discrecionalmente las comunicaciones obtenidas bajo la autorización emitida para investigar hechos ajenos a los recogidos en el Atestado. La conclusión sobre ese punto no puede ser otra que la nulidad de lo actuado por la Policía Judicial y de la eventual utilización de las conversaciones.

2.5. Quinta. Sobre el amparo colegial debido ante la situación creada

La situación creada por la Policía Judicial, tanto en la redacción del Atestado como en la transcripción de las conversaciones entre el Abogado y su cliente, es relevante para la Abogacía en general, tomando en consideración que se trata de una materia en la que existe un vacío normativo, por lo que las reglas de actuación son marcadas por los propios órganos jurisdiccionales. La solución que se dé a casos como el examinado en el presente Informe atañe a todos los Abogados, en la medida en que nos encontramos ante una cuestión nuclear para el derecho de defensa, como es la comunicación Abogado-cliente.

En consecuencia, se trata de materia que debe ser objeto de defensa colegial en los términos recogidos en el artículo 41 del EGAE, al ser manifiesta la afectación de la independencia y libertad necesarias para cumplir los deberes profesionales de Abogado, cuyo núcleo esencial es una comunicación libre, secreta e incondicionada con sus clientes. Recordemos el contenido del citado artículo 41:

"Si el abogado actuante considerase que la autoridad, Tribunal o Juzgado coarta la independencia y libertad necesarias para cumplir sus deberes profesionales, o que no se le guardase la consideración debida a su profesión, podrá hacerlo constar así ante el propio Juzgado o Tribunal bajo la fe del Secretario y dar cuenta a la Junta de Gobierno. Dicha Junta, si estimare fundada la queja, adoptará las medidas oportunas para amparar la libertad, independencia y prestigio profesionales".

Ahora bien, constando que el Abogado afectado por la injerencia en sus comunicaciones es Decano del Colegio de Abogados en cuyo ámbito

se han producido las actuaciones, debe plantearse si la vía del artículo 41 del EGAE es suficiente o resulta correcta a la vista de la posición que ocupa en el Colegio y en su Junta de Gobierno. Y ello aun reconociendo que el amparo del Abogado corresponde naturalmente al Colegio.

Tomando en consideración la relevancia de los hechos para la Abogacía en general, no pudiendo particularizarse la cuestión al ámbito de actuación de un Abogado, ni siquiera de un Colegio de Abogados, se podría plantear así la conveniencia de que fuera el CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA quien actuara por la vía del artículo 68.s) del EGAE, que recoge como función del Consejo General de la Abogacía Española:

"s) Defender los derechos de los Colegios de Abogados, así como los de sus colegiados cuando sea requerido por el Colegio respectivo o venga determinado por las Leyes, y proteger la lícita libertad de actuación de los abogados, pudiendo para ello promover las acciones y recursos que procedan ante las autoridades y jurisdicciones competentes, incluso ante el Tribunal Supremo, el Tribunal Constitucional, los Tribunales Europeos e Internacionales, sin perjuicio de la legitimación que corresponda a cada uno de los distintos Colegios de Abogados y a los abogados personalmente".

En este caso, la actuación necesaria debería dirigirse a las tres instituciones implicadas, el CGPJ, el Ministerio del Interior y la Fiscalía General del Estado, no tanto para resolver la cuestión concreta del proceso comentado —lo que corresponde a los órganos jurisdiccionales competentes— sino a efectos de que, con carácter general, se desarrolle los instrumentos e instrucciones necesarias para evitar la reiteración de situaciones como la presente.

En base a todo lo expuesto, podemos sentar las siguientes

CONCLUSIONES

Primera. El ordenamiento jurídico-procesal penal español presenta un perenne déficit normativo en relación con las diligencias de investigación que afectan a derechos fundamentales y, en particular, en lo atinente a la intervención de las comunicaciones telefónicas. Parece que con el Proyecto LECR 2.015 se pondrá fin a tal situación.

Segunda. Las comunicaciones que, en ejercicio de sus funciones o en prestación de sus servicios profesionales, tienen lugar entre Abogado y cliente son inviolables y no pueden ser intervenidas, medie o no la autorización judicial. La única excepción posible es la prevista en la LOGP.

Tercera. La intervención de las comunicaciones Abogado-cliente supondría la vulneración del derecho de defensa, del derecho a no declarar contra sí mismo y a no declararse culpable; e implicaría asimismo una violación del secreto profesional del Abogado que, entre otras manifestaciones, le impide denunciar y declarar como testigo en el proceso penal.

Cuarta. La jurisprudencia —nacional e internacional (TEDH y TJUE)— ha sido taxativa sobre dicha inviolabilidad, admitiendo únicamente la excepción de imputación previa del propio Abogado por su implicación en los hechos delictivos, pudiendo afirmarse en ese caso que el Abogado no estaría actuando como tal, sino como una persona más. Además, la jurisprudencia del TEDH exige, en todo caso, una previsión normativa expresa que no concurre en el caso del ordenamiento jurídico español.

Quinta. El Proyecto LECR 2015 contempla, en sede de derecho de defensa, la confidencialidad de las comunicaciones entre el investigado y su Abogado, sin más excepción que la concurrencia de indicios de comisión delictiva en la persona del Abogado y su lógica imputación previa por parte del Juez de instrucción.

Sexta. El control sobre el contenido de las conversaciones intervenidas, a efectos de su incorporación al proceso —vía transcripción— o su destrucción, corresponde exclusivamente a los Jueces, sin que la Policía Judicial pueda realizar selección o consideración alguna sobre las comunicaciones escuchadas y grabadas, más allá de poner a disposición del Juzgado las grabaciones.

Séptima. La transcripción de las conversaciones fruto de la intervención debe ser realizada bajo la fe pública judicial del Secretario Judicial y sometida a la contradicción del imputado y su Abogado. Toda transcripción realizada al margen de la fe pública del Secretario es nula y debe considerarse como no realizada.

Octava. Los hechos objeto del presente Informe describen la incorporación al proceso de una comunicación entre el Abogado y su cliente, extractada y comentada por la Policía Judicial en el Atestado. Si bien la mera escucha de la conversación no supondría la vulneración de los derechos antes relatados, su pretendida incorporación al proceso, así como el control ejercido por la Policía Judicial y la transcripción realizada sí son constitutivos de la vulneración de dichos derechos fundamentales, si bien debe entenderse que el Juez de Instrucción no debería tramitar el Atestado presentado.

Novena. Los hechos objeto del Informe son de una gravedad inusitada no sólo para el Abogado afectado en particular, sino para la Abogacía en general, debiendo acudirse a los medios necesarios para que, con carácter general, se aprueben las instrucciones generales pertinentes para que no se produzcan actuaciones de este tipo. Tal como afirma alguna resolución judicial, la mera sospecha de que las comunicaciones con los clientes podrían estar siendo intervenidas implicaría una limitación inaceptable del derecho de defensa.

Décima. Aun partiendo de la base de que el amparo del Abogado corresponde naturalmente al Colegio, en el presente caso debe tomarse en consideración que el afectado es Decano de un Colegio de Abogados, por lo que se considera más conveniente que sea el Consejo General de la Abogacía Española quien actúe por la vía del artículo 68.s) del EGAE, como un sustitutivo del amparo colegial.

Denegación de la suspensión de actuaciones judiciales por imposibilidad del abogado y su sustituibilidad por otro letrado del mismo despacho

(Informe 5/2015)

1. INTRODUCCIÓN

El objeto de este Informe trae causa de un caso real que, sin que sea preciso ser desvelado en sus detalles identificadores, puesto que el mismo ha tenido una satisfactoria solución para las partes implicadas, ha requerido del Consejo General de la Abogacía Española una reflexión sobre la problemática del régimen legal de suspensión de actuaciones procesales por imposibilidad de asistencia de uno de los abogados, cuando este pertenece a una sociedad profesional o despacho colectivo.

Igualmente, a la vista de los términos en que se desarrolló el debate entre los letrados sobre la suspensión o no de la vista prevista, no parece estar demás recordar algunas elementales normas deontológicas que han de presidir siempre las relaciones entre abogados y de estos con las partes intervenientes en los procesos jurisdiccionales.

Los antecedentes, expuestos de forma muy sumaria, son los siguientes:

Dos despachos colectivos estaban encargados, como abogados, del asesoramiento en un concurso importante, uno de ellos defendiendo los intereses de la compañía en concurso y el otro los intereses de uno de los principales acreedores.

Fijada la fecha del juicio del concurso, uno de los abogados socio de su despacho colectivo presentó un escrito pidiendo, al amparo de lo establecido en el artículo 183 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la suspensión de la vista y el traslado de la misma a otra fecha, por tener otros dos señalamientos para ese mismo día (uno de ellos, en distinta localidad).

El abogado de la contraparte, también socio de un despacho colectivo, se opuso a la suspensión argumentando que al pertenecer el abogado a un despacho colectivo, cualquier otro letrado del mismo, conocedor del asunto, puede sustituirle “*sin que por ello se produzca indefensión de sus representados*” (sic).

El Juzgado resolvió denegar la suspensión solicitada, sin entrar en consideraciones sobre la acreditación o no de la existencia de los señalamientos previos, con una Diligencia de Ordenación que contenía la conclusión siguiente:

"(...) es lógico pensar que un asunto de esta naturaleza no esté atribuido a un solo letrado, de tal manera que, bien en la vista señalada en este procedimiento, bien en los coincidentes, pueda ser sustituido por otro letrado del despacho, como suele ser habitual".

Contra dicha decisión del Juzgado, se interpuso recurso de reposición en el que se reprochó la actuación/argumentación del compañero y se argumentaba por qué el letrado no podía ser, sin más, ser sustituido por otro compañero.

En el escrito de oposición al recurso, el abogado contrario a la suspensión de la vista realizó una interpretación de los preceptos de la LEC que le llevó a la conclusión de que cualquier solicitud anticipada de suspensión de una vista tenía que hacerse al amparo del artículo 183 de la LEC y, con arreglo a este precepto, solo cabía la suspensión del acto procesal *"si se considerase atendible y acreditada la situación que se alegue"*, sin que fuera posible considerar sin más la existencia de otro señalamiento incompatible.

Igualmente, se argumentaba que, tratándose de un despacho colectivo, otro abogado del equipo podría sustituir al abogado afectado por los señalamientos teniendo tiempo suficiente para ilustrarse en el asunto.

Todo ello en el marco de una serie de razonamientos técnicos sobre la dificultad de proceder a la suspensión de la vista en un procedimiento de naturaleza concursal.

Este conflicto se resolvió de manera *"amistosa"* del siguiente modo: el abogado *"perjudicado"* por la no suspensión, con consentimiento de su cliente, le dijo al abogado *"beneficiado"* por esa no suspensión que si no se suspendía la vista señalada, ni él ni su cliente acudirían a la misma, aunque se mantuviera el señalamiento, y que, en ese caso, no habría otra salida que un Auto de declaración de la nulidad de actuaciones del concurso.

Ante dicha posibilidad de nulidad de actuaciones, el abogado así comprometido al acuerdo amistoso se avino a suspender y fijar nueva fecha para el juicio, de común acuerdo, lo cual el Juzgado aceptó y proveyó sin objeción alguna.

Merece la pena tratar este supuesto que incide, por una parte, sobre el régimen legal aplicable a la suspensión de vistas, que podría quedar

prácticamente sin efecto cuando los abogados implicados pertenezcan a despachos colectivos si se admitiera, en tales casos, que siempre cabría la sustitución de un abogado por otro.

Por otra parte, esta interpretación afecta a la esencia de la relación jurídica entre el cliente y el abogado, que ha de estar presidida por el singular vínculo de la confianza entre ambos, lo cual ha sido completamente obviado en el caso sumariamente expuesto.

Además, tal y como se ha planteado el caso que sirve de antecedente, se han de realizar algunas consideraciones sobre las normas deontológicas que rigen las relaciones entre abogados y sobre la consideración que el abogado debe tener respecto al derecho básico de defensa de la parte contraria.

2. EL RÉGIMEN DE SUSPENSIÓN DE VISTAS DE LOS ARTÍCULOS 183.2 Y 188.1 6º DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL.

2.1. *El carácter complementario de los artículos 183 y 188 de la LEC*

Se va a exponer en primer lugar el régimen legal aplicable a estos supuestos y, para facilitar su consulta, se transcriben los citados artículos de la Ley de Enjuiciamiento Civil que interesan a este informe.

El artículo 183.1 y 2 de la LEC dice lo siguiente:

“1. Si a cualquiera de los que hubieren de asistir a una vista le resultare imposible asistir a ella en el día señalado, por causa de fuerza mayor u otro motivo de análoga entidad, lo manifestará de inmediato al Tribunal, acreditando cumplidamente la causa o motivo y solicitando señalamiento de nueva vista o resolución que atienda a la situación.

2. Cuando sea el abogado de una de las partes quien considere imposible acudir a la vista, si se considerase atendible y acreditada la situación que se alegue, el Secretario judicial hará nuevo señalamiento de vista”.

Por su parte, el artículo 188.1 6º de la LEC dice lo siguiente:

“1. La celebración de las vistas en el día señalado sólo podrá suspenderse, en los siguientes supuestos:

(...)

6º Por tener el abogado defensor dos señalamientos de vista para el mismo día en distintos tribunales, resultando imposible, por el horario fijado, su asistencia a ambos, siempre que acredite suficientemente que, al amparo del artículo 183, intentó, sin resultado, un nuevo señalamiento que evitara la coincidencia.

En este caso, tendrá preferencia la vista relativa a causa criminal con preso y, en defecto de esta actuación, la del señalamiento más antiguo, y si los dos señalamientos

fuesen de la misma fecha, se suspenderá la vista correspondiente al procedimiento más moderno.

No se acordará la suspensión de la vista si la comunicación de la solicitud para que aquella se acuerde se produce con más de tres días de retraso desde la notificación del señalamiento que se reciba en segundo lugar. A estos efectos deberá acompañarse con la solicitud copia de la notificación del citado señalamiento.

Lo dispuesto en el párrafo anterior no será de aplicación a las vistas relativas a causa criminal con preso, sin perjuicio de la responsabilidad en que se hubiere podido incurrir".

En el caso expuesto sumariamente en la introducción de este Informe se esgrimió una doctrina que llegaba a la conclusión de que ambos preceptos regulan dos supuestos diferentes.

El artículo 183 LEC regularía la solicitud de un nuevo señalamiento para la vista con carácter previo a su celebración, mientras que el artículo 188 LEC regularía la suspensión de las vistas en el mismo día de su celebración¹.

Incluso, se ha llegado a considerar que es difícil que tenga virtualidad práctica el artículo 188.1.6^a, más allá del señalamiento sorpresivo de una causa criminal con preso².

Con base en ese diferente ámbito de aplicación, forzando un tanto dicha doctrina y, sobre todo el tenor literal de los preceptos, se sostuvo por

¹ Muerza Esparza, J, en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (Coordinadores Cordón Moreno, Armenta Deu, Muerza Esparza, Tapia Fernández), Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, p. 1002:

“Dentro de la regulación de la vista el artículo 188 contempla un supuesto diferente al del artículo 183. En efecto, este último precepto para evitar al máximo que se suspenda la vista, establece que en determinadas circunstancias —las que en él se indican—, y antes de que llegue la fecha de su celebración, puede realizarse un nuevo señalamiento para la vista.

El artículo 188, sin embargo, hay que situarlo en relación con la fecha concreta de la celebración de la vista. Si llegada la misma, concurre alguna de las circunstancias que en dicho precepto se describen la celebración de la vista se suspenderá, es decir, no se celebrará en dicha fecha”.

² Vázquez Iruzubieta, C., *Comentario a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Ed. Difusión Jurídica, p. 365:

“En caso de dualidad de señalamientos el abogado que se encuentre en tal situación debe prevenir al tribunal para que dé oportuna solución. Bien visto el problema, es muy difícil que se produzcan dos señalamientos para el mismo día y hora de modo intempestivo, habida cuenta el atasco judicial existente. Sólo sería de aplicación el apartado en el supuesto de que se hubiera señalado sorpresivamente una vista en causa criminal con preso, que tiene prioridad sobre cualquier otra”.

el abogado opuesto a la suspensión de la vista que la invocación de dos señalamientos solamente podía hacerse con arreglo al artículo 188 de la LEC para que pudiera tener un efecto automático, con la sola acreditación de tal hecho.

Por tanto, si se invocaba el artículo 183.2 de la LEC, como se había hecho por el abogado que postulaba la suspensión de la vista, quedaría en tal caso a la valoración discrecional del Secretario, que tendría que apreciar si la causa de suspensión anticipada era atendible o no, como resultaba de la literalidad de dicho precepto.

Es cierto que los supuestos de ambos preceptos son diferentes, como indica la doctrina mencionada, pero ambos son complementarios, especialmente en relación con las suspensiones causadas por circunstancias concurrentes en los abogados.

El tenor literal del artículo 188.1.6º de la LEC exige que el abogado, en caso de señalamientos coincidentes, intente evitar la incompatibilidad solicitando al amparo del artículo 183 de la LEC la suspensión de la vista que no tiene prioridad, en el plazo de tres días contados desde que recibe la citación incompatible con ella.

Únicamente se excepciona el cumplimiento de este plazo cuando el señalamiento intempestivo se produce en una causa con preso.

De esta forma, el artículo 183.1 y 2 se complementa con el artículo 188.1.6º extendiendo, realmente, el presupuesto de hecho del primero, en relación con las suspensiones por razones que concurren en la persona de los abogados, porque no se tratará solamente de supuestos de “*causa de fuerza mayor u otro motivo de análoga entidad*”, ni de una situación de imposibilidad que se “*considerase atendible y acreditada la situación que se alegue*”, relacionada con esa idea de fuerza mayor, sino que también es esgrimible con toda naturalidad este artículo 183.2 de la LEC para alegar anticipadamente la existencia de un señalamiento incompatible y así procurar junto con la suspensión un nuevo señalamiento de la vista.

En tal caso, no hay margen para la decisión discrecional del Secretario, como se intentó y argumentó en el caso expuesto en los antecedentes.

Acreditada (1) la realidad del doble señalamiento, (2) que este afecta al abogado que habría de concurrir a ambos procedimientos y (3) cumplidos los requisitos de prioridad que establece el segundo párrafo del artículo 188.1.6º, la suspensión de la vista no prioritaria se ha de otorgar, si el abogado afectado es el designado por la parte.

El régimen legal establecido en los citados preceptos de la LEC tiene por objeto preservar el derecho de defensa y a la asistencia de letrado y el derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, establecidos en el artículo 24.2 de la Constitución.

En efecto, el bien jurídico protegido en el régimen legal de suspensión de vistas establecido en los citados artículos 183 y 188, que se reproduce en los artículos 193.4º y 430 también de la LEC, son esos derechos constitucionales y no la conveniencia de los abogados para asistir a las vistas.

Por tanto, ha de evitarse por completo en la interpretación de los preceptos citados atender a la conveniencia organizativa de los abogados y sus despachos porque, no se olvide, estos han de servir a la integridad de esos derechos constitucionales al defender los respectivos intereses de sus clientes.

Como se ha dicho anteriormente, es precisamente ese contexto de protección de derechos constitucionales el que se ha de considerar por el órgano jurisdiccional, de modo que una vez acreditada la realidad de los señalamientos coincidentes y establecida la prioridad de procedimientos conforme a los criterios establecidos en el artículo 188.1.6º de la LEC ha de proceder, sin margen de discrecionalidad, a la suspensión de la vista no prioritaria.

Así lo ha establecido la jurisprudencia que interpreta los citados artículos 183.2 y 188.1.6º de la LEC y esta íntima conexión entre los citados preceptos y el artículo 24. 2 de la Constitución.

2.2. La jurisprudencia sobre los artículos 183.2 y 188.1.6º de la LEC

En primer lugar, las sentencias de las Audiencias Provinciales se han pronunciado sobre el carácter complementario de ambos preceptos, no obstante su aparente contradicción.

Sirva de ejemplo la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 7 de mayo de 2012 (JUR 2012\227186):

"El señalamiento de las vistas y la suspensión de las mismas aparecen regulados en los artículos 183 y 188 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, preceptos que si bien a primera vista parecen incompatibles, son complementarios en la medida que se refieren a dos momentos distintos, puesto que el artículo 183 alude a la petición anticipada de suspensión de una vista que ya ha sido previamente señalada, mientras que el segundo de los preceptos alude, a un supuesto específico, como es aquél en el que no habiéndose podido solicitar la suspensión del señalamiento, concurren con posterioridad a éste, circunstancias que impiden la celebración del juicio o de la vista que no ha comenzado".

En segundo lugar, es claro que lo que ha de presidir la interpretación de los citados preceptos de la LEC y la finalidad que se ha de cumplir es la defensa de las partes, garantizándoles las asistencia de letrado, para el adecuado equilibrio entre las mismas en el proceso, junto con la garantía del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, que habría de impedir maniobras dilatorias con ocasión de este régimen de suspensión de vistas.

Como indica el Tribunal Constitucional en su sentencia núm. 215/2003 de 1 de diciembre (EDJ 2003/172093), es reiterada la doctrina constitucional según la cual en el haz de garantías que integran el derecho a un proceso justo se incluyen el derecho a la defensa y a la asistencia letrada que reconoce el art. 24.2 CE, cuya finalidad es la de asegurar la efectiva realización de los principios de igualdad de las partes y de contradicción que imponen a los órganos judiciales el deber positivo de evitar desequilibrios entre la respectiva posición procesal de las partes o limitaciones en la defensa que puedan inferir a alguna de ellas un resultado de indefensión, prohibido en todo caso por el inciso final del art. 24.1 CE.

De otra parte el derecho a la asistencia letrada ha de ponerse en conexión con el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, de modo que el órgano judicial debe también tutelar el referido derecho de la parte contraria, el cual merece la adecuada protección frente a solicitudes de suspensión que, evidenciándose innecesarias para una mayor efectividad de la defensa, puedan ser formuladas con el exclusivo propósito de dilatar la duración normal del proceso y prolongar así una situación jurídica, cuyo mantenimiento se revela en el mismo momento de la iniciación del proceso difícilmente sostenible.

Como ha determinado la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 2008, la preservación de los derechos fundamentales y en especial la regla o principio de interdicción de la indefensión reclaman un cuidadoso esfuerzo del órgano jurisdiccional por garantizar la plena efectividad de los derechos de defensa de ambas partes (STC 226/88) por lo que corresponde a los órganos judiciales velar que en las distintas fases del proceso se dé la necesaria contradicción entre las partes que posean idénticas posibilidades de alegación y prueba.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 21 de julio de 2014 recoge un completo resumen de la doctrina sobre las suspensiones de vistas por imposibilidad del abogado como consecuencia de tener otros señalamientos.

Aunque la transcripción es extensa, el resumen es útil y permite tener todos los elementos de juicio esenciales para la recta inteligencia de los

preceptos de la LEC aquí estudiados. Dice la citada sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona:

"Conviene recordar que la jurisprudencia constitucional recaída en interpretación de la normativa reguladora de la suspensión de vistas en la derogada LEC específica (Auto núm. 10, Sección 4^a, 18 enero 1993, por todas) que, en la interpretación de estos requisitos, este Tribunal ya ha sostenido (en tal sentido SSTC 130/1986 y 1895/1988) que ha de hacerse siempre en el sentido más favorable para la efectividad de la tutela judicial.

También ha señalado que las normas que las contienen han de ser interpretadas teniendo presente el fin pretendido al establecerlas (SSTC 40/1999, 62/1989), que en este caso consiste en restringir en lo posible las suspensiones inmotivadas o solapadamente dilatorias (STC 21/1989), por lo que habrá que ponderar conjuntamente el derecho de una parte a poder formular las alegaciones como parte integrante de su derecho a no sufrir indefensión, y por el contrario el derecho de la otra parte a no sufrir dilaciones indebidas. Esta ponderación de derechos en la interpretación de los motivos de suspensión previstos en el art. 188 LEC vigente, ha de realizarse partiendo de la actuación diligente de la parte que pide el aplazamiento, pues si la lesión invocada se ha debido a la inactividad o falta de diligencia procesal exigible al lesionado, la indefensión que se combate es irrelevante desde el ángulo del citado precepto constitucional (SSTC 130/1987 y 197/1990).

Por otro lado, la falta de presencia en el juicio o en la vista ha de generarse a la parte una efectiva indefensión, en el sentido de que no basta con que aquélla se haya visto privada de formular determinadas alegaciones en el acto de la vista, sino que es preciso que ello haya determinado un real y efectivo menoscabo, restricción o limitación de las posibilidades de defender sus derechos e intereses legítimos, con el consiguiente perjuicio, también real y efectivo, que para los mismos haya podido suponer esa disminución de los medios disponibles para su actuación procesal (STC 48/2001, de 26 de febrero —F. 4.^º—).

Pues bien, la LEC 2000 introdujo en el Capítulo relativo a la sustanciación, la vista y decisión de los asuntos tres preceptos para regular la no celebración de la vista en el día señalado: (i) El art. 183 LEC trata de la petición verificada por las partes para que se proceda a un nuevo señalamiento; (ii) El art. 188 LEC se refiere a la petición de la suspensión del juicio o vista el mismo día del señalamiento, o en días precedentes, cuando no se hubiere podido instar por la vía del art. 183 LEC, o surgir causa en fecha cercana al señalamiento; y (iii) El art. 193 LEC regula la interrupción de la vista que ya se hubiere iniciado.

El art. 183.2º LEC menciona la imposibilidad en el abogado de una de las partes de concurrir al señalamiento porque le perjudique, lo que no debe confundirse con razones personales o de oportunidad. Este apartado tiene una relación directa con el contenido del art. 188.1.6º LEC en cuanto se refiere a la suspensión de las vistas. Ahora bien, como adelantamos, este precepto se refiere a la suspensión en el mismo día de la vista, no con carácter previo como hace el art. 183 LEC.

(...)

Es decir, que en el caso de que un abogado reciba la notificación de una resolución en la que se acuerda un señalamiento y exista coincidencia con otro ya señalado con carácter previo debe interesar, ante el último órgano judicial que señaló el juicio, que modifique el señalamiento en base a la coincidencia en la celebración de la vista. Sólo si lleva a cabo esta comunicación puede tener virtualidad el derecho que alega y sería inadmitida la petición llevaba a cabo por el mismo u otro letrado en su nom-

bre que compareciera el día del señalamiento en el juzgado que señaló en segundo lugar postulando la coincidencia, ya que el art. 188.1.6º exige para que la suspensión pueda prosperar que se haya dado previo aviso por la vía del art. 183 LEC.

Dicho de una forma gráfica, los presupuestos para la admisión de la suspensión de una vista serían:

- 1º. Coincidencia de dos señalamientos para el mismo día en distintos tribunales, y si se tratara del mismo partido judicial que lo sea a la misma o similar hora.
- 2º. El Letrado que solicita la suspensión de la vista debió haber intentado la vía del art. 183 LEC para interesar un nuevo señalamiento en el juzgado donde se interesa la suspensión. De otra forma, lo que procede es que se plantea en primer término la suspensión del señalamiento, que no de la vista, a fin de que se señale de nuevo el juicio en lugar de causar los perjuicios y molestias al juzgado y a las partes, sus letrados y procuradores, así como a los testigos y peritos que hayan sido citados y comparezcan a una vista. En caso de no haberse intentado la suspensión por la vía del art. 183 con carácter previo se inadmitiría la petición de suspensión (de la vista).
- 3º. En estos casos de suspensión de las vistas, existe un orden de preferencia: causa con preso y señalamiento más antiguo, un requisito temporal: la comunicación de la solicitud para que aquélla se acuerde no podrá efectuarse con más de tres días de retraso desde la notificación del señalamiento que se reciba en segundo lugar, y un presupuesto formal: deberá acompañarse copia de la notificación del señalamiento. Esta norma (la temporal y la formal) no rige en las vistas relativas a causas criminales con preso, sin perjuicio de la responsabilidad en que se hubiere podido incurrir".

Estas son las condiciones que cumplidas darán lugar a la suspensión de las vistas, sin consideración a las conveniencias organizativas de los abogados según los modos de ejercicio de la abogacía por los mismos.

3. LA IMPOSICIÓN DE LA SUSTITUCIÓN DE UN ABOGADO POR OTRO EN EL CASO DE LA INTERVENCIÓN DE DESPACHOS COLECTIVOS

3.1. *La anticipación de la conclusión*

La conclusión, que ya se anticipa en este momento, es que no cabe la imposición por el Juez de la intervención de otro abogado del mismo despacho colectivo al que pertenece el que invoca el doble señalamiento (ni tampoco en caso de imposibilidad por enfermedad u otra causa) con base en este solo hecho.

Igualmente, se anticipa ya que la alegación, sin más argumento, de que el abogado de la parte contraria sea sustituido por otro de su despacho colectivo, sin consideración a la voluntad de la parte, no es aceptable ni

acorde con el respeto a las normas deontológicas que han de presidir las relaciones entre abogados.

3.2. El carácter intuitu personae en la relación de servicios entre abogado y cliente

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que la naturaleza del contrato entre abogado y cliente impide desconocer la voluntad de este y el vínculo de confianza personal que se establece entre ambos.

La relación de servicios entre el abogado y el cliente tiene por objeto la defensa jurídica por el primero de los intereses del segundo. Son dos las características esenciales de este contrato, dejando aparte discusiones sobre su naturaleza de arrendamiento de servicios o de mandato.

La primera característica es que se trata de una prestación o actuación que no se lleva a cabo en un solo acto, sino que implica una dinámica de múltiples actos de muy diversos sentidos, según lo vayan exigiendo los intereses defendidos.

La segunda característica es que el titular del interés ejerce por medio de su abogado el derecho fundamental de defensa y a un procedimiento público, sin dilaciones indebidas.

Estas dos características esenciales requieren una continua interlocución entre cliente y abogado en la que, garantizando a este su libertad e independencia, el cliente conserva siempre una capacidad de decisión sobre sus intereses, que no es otra cosa que el contenido material de su derecho constitucional prevalente de defensa.

De acuerdo con esto, es lógico deducir que la confianza es la base sustancial del contrato.

La confianza ha presidido tradicionalmente las relaciones entre el abogado singularmente considerado y su cliente y debe seguir haciéndolo, aun con las nuevas fórmulas de organización de la actividad profesional, por medio de los despachos colectivos y sociedades profesionales.

Esta confianza no es una mera derivación deontológica de la relación abogado y cliente, como aplicación de la ética al ejercicio de la profesión, sino que es una derivación de la naturaleza jurídica de la relación de prestación de servicios existente entre ambos.

Esta naturaleza de la relación abogado/cliente, ya se considere la propia del mandato o la de un arrendamiento de servicios, como mayorita-

riamente la concibe la jurisprudencia del Tribunal Supremo, tiene como notas características la de ser un contrato *intuitu personae* y la imposibilidad de enumerar de antemano los deberes u obligaciones que comprenden.

Así lo ha establecido, respecto a la primera característica, el Tribunal Supremo, como recoge su sentencia de la Sala 1^a número 959 de 22 de octubre de 2008, recurso 655/2003. Dice esta sentencia:

"El Abogado realizará diligentemente las actividades que le imponga la defensa del asunto confiado y de ahí que la jurisprudencia tenga declarado, por un lado, que dichos preceptos imponen al Abogado actuar con diligencia, cuya exigencia debe ser mayor que la propia de un buen padre de familia, dado los cánones recogidos en su Estatuto y que sirven de buena y estricta medida de su actuación (S. 4-febrero-92) y, por otro lado, que la prestación de servicios del Abogado, como relación personal "intuitu personae" incluye el deber de cumplirlos y un deber de fidelidad que se deriva de la norma general del artículo 1258 CC y que imponen al profesional el deber de ejecución óptima del servicio contratado, que presupone la adecuada preparación profesional y supone el cumplimiento correcto, desprendiéndose de ello que si no se ejecuta o se hace incorrectamente, se produce el incumplimiento total o defectuoso de la obligación que corresponde al profesional (S. 28-enero-98)".

Respecto a la segunda característica de la imposibilidad de cerrar una enumeración precisa de deberes y obligaciones, haciendo de su prestación una obligación de medios y no de resultados, se ha pronunciado la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2003, recurso número 463/1998, con el siguiente tenor:

"El Abogado, pues, comparte una obligación de medios, obligándose exclusivamente a desplegar sus actividades con la debida diligencia y acorde con su "lex artis", sin que por lo tanto garantice o se comprometa al resultado de la misma —"locatio operis"— el éxito de la pretensión; y en cuanto a los deberes que comprende esa obligación, habida cuenta la específica profesión del abogado, no es posible efectuar de antemano un elenco cerrado de deberes u obligaciones que incumben al profesional en el desempeño de su función, por cuanto se podía, por un lado, pensar que tales deberes en una versión sintética se reducen a la ejecución de esa prestación, de tal suerte que se enderece la misma al designio o la finalidad pretendida, en el bien entendido —se repite una vez más— como abundante jurisprudencia sostiene al respecto, que esa prestación no es de resultado sino de medios, de tal suerte que el profesional se obliga efectivamente a desempeñarla bien, con esa finalidad, sin que se comprometa ni garantice el resultado correspondiente".

Este es el ámbito jurídico en el que se inserta el principio de confianza entre abogado/cliente, que hace especialmente sensible que el cliente se vea asistido por el abogado que ha designado para defender sus intereses sin que le pueda ser impuesta, en ningún caso, la sustitución del mismo.

Este principio se predica siempre en última instancia, como no puede ser de otra manera, del abogado considerado en su singularidad como persona física, sin perjuicio de que el nombre de la sociedad profesional o despacho colectivo a la que pertenece le pueda prestigiar y, obviamente, sin perjuicio de la responsabilidad de aquella o este.

Partiendo de este planteamiento, se puede abordar ya la modulación de tal principio en relación con los abogados de sociedades profesionales o despachos colectivos.

3.3. Los despachos profesionales colectivos y el mantenimiento del principio de confianza entre el abogado singular y el cliente

El Estatuto General de la Abogacía Española, aprobado por el Real Decreto 658/2001, de 22 de junio no regula la relación contractual entre el abogado y el cliente, pero presupone en todo momento su condición *intuitu personae* y al principio de confianza como columna vertebral de esa relación.

El cliente confía sus intereses en el abogado designado y desde esta perspectiva de fidelidad a los intereses confiados se establecen sus deberes y sus incompatibilidades.

Así se recoge en el artículo 4 del Código Deontológico adaptado el Estatuto General de la Abogacía Española (aprobado por el Pleno del Consejo General de la Abogacía Española de 27 de noviembre de 2002 y modificado por el pleno de 10 de diciembre de 2002), que dice en su apartado 1:

“La relación entre el cliente y su abogado se fundamenta en la confianza y exige de este una conducta profesional íntegra que sea honrada, leal, veraz y diligente”.

Este principio rector del ejercicio de la abogacía se ha de mantener y respetar en el caso que la misma se preste por medio de despachos colectivos.

Ya el Estatuto de 2001 contempló el ejercicio colectivo de la abogacía y en su artículo 28 está presente la exigencia de identificación del abogado que singularmente se encarga del caso y su responsabilidad frente al cliente.

El apartado 3 de ese artículo 28 se preocupa de preservar la identidad de quienes ejerzan colectivamente la abogacía cualquiera que sea la forma de agrupación que tengan establecida:

"La forma de agrupación deberá permitir en todo momento la identificación de sus integrantes, habrá 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".

Aunque la relación de servicios se formalice con la sociedad profesional o el despacho colectivo, esto no priva al abogado que haya de encargarse de los intereses confiados de la plena libertad para aceptar el asunto y de su independencia para llevarlo, puesto que esta libertad e independencia tienen como presupuesto la confianza. Establece el apartado 4 del citado artículo 28, en su primer inciso:

"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".

Ciertamente caben las sustituciones de los abogados en el seno de un despacho colectivo y, en la práctica, son muy comunes y, lógicamente, no requerirá de la venia, como expresamente aclara el apartado 4 citado. Pero en estos casos, esta posibilidad de sustitución, que proporciona al cliente las "ventajas" del servicio por un despacho colectivo, requieren la voluntad del cliente e, incluso, es normal dejar constancia de esta posibilidad en las propuestas de servicios, lo cual refuerza la vigencia del principio de confianza entre el abogado específicamente designado y el cliente, aun en despachos colectivos.

Por esta razón, la exigencia de responsabilidad disciplinaria ante el Colegio, en primer término, lo es del abogado del despacho colectivo que ha intervenido en el asunto, como recoge el apartado 5 del citado artículo 28 del Estatuto General de la Abogacía Española:

"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".

Finalmente, este mismo principio se refleja en la responsabilidad frente al cliente que, además de venir configurándose como solidaria entre despacho colectivo y abogado actuante, se recoge con carácter general en el apartado 6 del citado artículo 28:

"La responsabilidad civil que pudiese tener el despacho colectivo será conforme al régimen jurídico general que corresponda a la forma de agrupación utilizada. Además, todos los abogados que hayan intervenido en un asunto responderán civilmente frente al cliente con carácter personal, solidario e ilimitado".

La Ley 7/2007, de 15 de marzo, de Sociedades Profesionales, mantiene el mismo principio y dispone en su artículo 9.1:

"La sociedad profesional y los profesionales que actúan en su seno ejercerán la actividad profesional que constituya el objeto social de conformidad con el régimen deontológico y disciplinario propio de la correspondiente actividad profesional".

En esta misma línea de preservar siempre la identificación del profesional que singularmente presta el servicio, el artículo 9.4 de la citada Ley 7/2007 dispone:

"La sociedad profesional y su contratante podrán acordar que, antes del inicio de la prestación profesional, la sociedad profesional ponga a disposición del contratante, al menos, los siguientes datos identificativos del profesional o profesionales que vayan a prestar dichos servicios: nombre y apellidos, título profesional, Colegio Profesional al que pertenece y expresión de si es o no socio de la sociedad profesional".

El nuevo Estatuto General de la Abogacía Española, aprobado por el Pleno del Consejo General del 12 de junio de 2013, aunque aún no ha entrado en vigor, mantiene estos mismos principios, de una forma más explícita y contundente, si cabe.

El artículo 48 con el título de *"independencia y libertad del abogado"* en su apartado 2 recoge explícitamente que *"la relación del Abogado con el cliente debe fundarse en la recíproca confianza"*.

El artículo 49, en la línea de la citada Ley de Sociedades Profesionales, establece un completo régimen sobre la necesidad de cumplida identificación del abogado ante el cliente al que se le debe proporcionar, según establece su apartado 1, *"nombre, número de identificación fiscal, Colegio al que pertenece y número de colegiado, domicilio profesional y medio para ponerse en comunicación con él o con su despacho, incluyendo la vía electrónica"*.

Esta identificación del abogado que, individualmente, se encarga de los intereses confiados es básica y primordial y, también, pero sin excluirla en modo alguno, se exigirá la identificación del despacho colectivo o sociedad profesional de que se trate pues, como establece ese mismo apartado del citado artículo 49, se *"deberá informar al cliente de su denominación, forma, datos de registro, régimen jurídico, código de identificación fiscal, dirección o sede desde la que se presten los servicios y medios de contacto, incluyendo la vía electrónica"*.

En estos casos de ejercicio de la abogacía por medio de despachos colectivos o sociedades profesionales se exige en el apartado 2 del citado artículo 49 una completa identificación de los profesionales intervenientes,

recogiéndose así una práctica extendida que se plasma en las propuestas de servicios, como se ha dicho anteriormente. Establece dicho apartado:

“Cuando los servicios requeridos exijan la participación de diferentes Abogados de una misma sociedad u organización, el cliente tendrá derecho a conocer la identidad de todos ellos, el Colegio al que pertenecen y, si se tratara de sociedades profesionales, si son o no socios, así como el Abogado que asuma la dirección del asunto”.

En conclusión, puede afirmarse que el principio de confianza, como vínculo singular tradicional entre abogado y cliente, que preside las relaciones entre ambos, se mantiene, aún en el caso de tratarse de un abogado integrado en una sociedad profesional o despacho colectivo, y esto impide que, sin más, *“pueda ser sustituido por otro letrado del despacho, como suele ser habitual”*, como dice la Diligencia de Ordenación citada al comienzo de este Informe.

Sin perjuicio de esta idea rectora principal, no puede dejar de considerarse el hecho de disponer de un equipo de abogados de un despacho colectivo y si tal circunstancia puede influir en el régimen de sustitución de abogados en las vistas por imposibilidad de alguno de ellos.

3.4. La designación por el cliente de un equipo de abogados a quienes confía sus intereses

La citada Diligencia de Ordenación dice que suele ser habitual la sustitución de un letrado por otro del mismo despacho y lo enmarca en la idea de que *“es lógico pensar que un asunto de esta naturaleza no esté atribuido a un solo letrado”*.

El citado artículo 49.2 del nuevo Estatuto prevé el supuesto de la formación de un equipo de abogados de un mismo despacho o sociedad profesional, normalmente en asuntos de especial complejidad, que han de identificarse ante el cliente.

En estos casos cabe preguntarse si el hecho de alegar un señalamiento de uno de esos abogados o su enfermedad justificaría la suspensión de la vista, teniendo en cuenta que, de acuerdo con la jurisprudencia expuesta, también deber ser guía de interpretación del régimen de suspensiones el evitar las dilaciones indebidas.

El caso no está contemplado en el régimen legal existente y, en general, sobre la posibilidad de que un abogado del mismo despacho sustituya al que le resulta imposible acudir a la vista solo se ha encontrado la citada

sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 26 de marzo de 2013, que se ha pronunciado en los siguientes términos:

"En cuanto a la posibilidad de que el letrado de la entidad demandada fuese sustituido por un compañero de despacho, para la celebración del juicio ordinario en el que se van a practicar pruebas de interrogatorio y testificales, así como valoración de la prueba documental, obviamente requiere del consentimiento de la parte y no viene contemplada tal posibilidad específicamente en los preceptos referidos, por lo que no debe fundarse la denegación de la suspensión solicitada en esa mera posibilidad. Por ello la nulidad interesada no aparece improcedente ni injustificada y la válida celebración de la vista no puede mantenerse por haberse demostrado justificada la incomparecencia sin que se aprecie por esta Sala que con la solicitud se trata de alcanzar artificiosamente una dilación indebida del proceso".

El caso resuelto por esa sentencia no se refiere a un caso de la singularidad del supuesto aquí contemplado, aunque establece pautas importantes para llegar a una conclusión.

El supuesto de intervención de un equipo de abogados y actuación del mismo en el marco de una sociedad profesional o despacho colectivo puede permitir, en principio, la sustitución de un abogado por otro y así evitar dilaciones indebidas.

Cabe incluso pensar en posibles actuaciones fraudulentas si se mantuviera una posición de absoluta de prohibición, en todo caso, de sustitución de abogados en estos supuestos.

No es ciencia ficción que citaciones para otros abogados de un despacho colectivo, incluso de Áreas o departamentos distintos del que actúa en un caso singular, sean aportadas para suspender una vista en las que ninguna intervención tiene el abogado que pretende la suspensión.

Por tanto, conviene ponderar estos casos y tomar como pauta esencial la voluntad del cliente.

En efecto, en muchos casos el cliente acude a una firma de abogados y, dentro de ella, se relaciona con varios de ellos, que conforman el equipo que defiende sus intereses.

En tal caso, precisamente porque es obligatorio que todos los abogados sean identificados ante él, incluso con la mención de quien dirige el equipo y la posición interna de cada uno de los abogados, es el cliente quien aceptará la designación de quien es el letrado que comparecerá en los procesos judiciales y asistirá a las vistas en defensa de sus intereses.

En estos casos se ha de cuidar especialmente de identificar cual es el abogado que el cliente designa o acepta para las actuaciones procesales.

Lo será, desde luego, el que haya firmado los escritos rectores del procedimiento o haya comparecido de cualquier formal al proceso judicial y, por tanto, la imposibilidad ha de predicarse de este.

Si son varios los abogados firmantes la imposibilidad deberá predicarse de todos ellos, porque debe presumirse que son todos ellos los designados por el cliente titular de los intereses en juego, de modo que en estos casos cabe la sustitución de uno por otro.

Aun en estos casos, una diligente gestión de los intereses implicados, en torno al derecho de defensa y a un juicio sin dilaciones indebidas, para todas las partes intervenientes en el procedimiento, exigiría acreditar la voluntad del cliente sobre quien es el abogado que ha de defender sus intereses en el acto de la vista.

No basta considerar la importancia del asunto y la mayor o menor dificultad para que otro abogado pueda hacerse cargo del mismo, sin perjuicio de que esto pueda ser un elemento de juicio.

La sentencia de la **Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 3^a) de 14 de marzo de 2005** (JUR 2005\144523), al resolver un recurso de apelación por la declaración de un concurso necesario por no comparecencia del letrado a la vista por tener otro señalamiento, dejó sentado lo siguiente:

*“Respecto de la primera cuestión, la Sala no puede sino confirmar los argumentos que el magistrado de la instancia vierte sobre la misma para denegarla, que no son otros que los contemplados en su auto de 2 de noviembre pasado, que viene a ratificar la providencia de cinco de octubre recurrida en reposición. Y es que a tenor de lo dispuesto en el artículo 188.1.6º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la vista sólo podrá suspenderse por tener el abogado defensor dos señalamientos de vista para el mismo día en distintos tribunales, resultando imposible por el horario fijado, su asistencia a ambos, siempre que acredite suficientemente que, al amparo del artículo 183, intentó sin resultado un nuevo señalamiento que evitara la coincidencia. **Si a ello añadimos las circunstancias de que** la causa penal no consta fuese con preso (único caso, salvo la prioridad en el señalamiento, que sería preferente), de que **no hay razones para pensar que el letrado pudiere proveerse de sustituto para alguno de los juicios, que el concurso de suyo, por la particularidad y envergadura de las cuestiones que se tratan en el mismo, requiere de cierta premura**, y de que había ya señaladas en el Juzgado de Montilla la celebración de varias subastas dependientes en su efectiva realización de la declaración concursal, la solución no puede ser otra que la de rechazar la mentada pretensión de nulidad”.*

Aparte de la singularidad de que, al menos en una sociedad profesional o despacho colectivo, un abogado especialista en concursal alegue un señalamiento para una causa con preso, esta sentencia introduce una serie de criterios que son puras hipótesis sobre condiciones de posibilidad alejadas de los intereses realmente importantes que son los de las partes.

Considerar solo estos criterios de mayor o menor posibilidad de sustitución en función de la complejidad de los asuntos o presumir que se puede proveer a esta sustitución porque la complejidad del asunto exige un equipo de abogados o, como en el caso que ha servido de arranque a este Informe, el dar por hecho que un despacho colectivo siempre puede proporcionar un sustituto, significa olvidar al único titular de los derechos e intereses que el régimen legal contempla y cuya protección busca.

Es la voluntad de la parte la que debe presidir cualquier situación, de modo que si, por ejemplo y permítasenos descender al detalle, es el director del equipo y socio responsable del despacho el que tiene otro señalamiento (o enferma) y la parte manifiesta su voluntad de que el mismo actúe ante el Tribunal, cumplidas las exigencias de los artículos 183 y 186.1.6º citados, debe procederse a la suspensión de la actuación procesal correspondiente, aun cuando conste la designación de un equipo y, lógicamente, si es solo aquél quien compareció ante el Tribunal.

A igual conclusión habría de llegarse, si el cliente parte en el proceso designa para la actuación procesal al abogado senior o junior que interviene y este ha firmado los escritos procesales y ha comparecido al procedimiento. En tal caso, no valdría para suspender el procedimiento la enfermedad o la citación para otro acto procesal del socio director del equipo u otro miembro del equipo pero que no han comparecido como abogados del proceso.

La forma de llegar a soluciones justas es llegar a exigir este detalle y constancia de la voluntad del titular de los derechos e intereses afectados, puesto que lo único importante aquí es el derecho de defensa, por un lado, y evitar, en perjuicio del contrario, las suspensiones determinantes de dilaciones indebidas.

4. EL RESPETO AL DERECHO DE DEFENSA DE LA PARTE CONTRARIA Y LA CONSIDERACIÓN DEBIDA A SU ABOGADO

La solicitud de suspensiones o la oposición a las solicitadas debe atenerse a la voluntad acreditada de las partes del proceso para preservar sus derechos, garantizados por el artículo 24.2 de la Constitución. Como se ha expuesto, los preceptos de la LEC sobre suspensiones de vistas tienen como finalidad esencial preservar estos derechos constitucionales.

No es aceptable hacer presunciones, por ejemplo, de que en un despacho colectivo los asuntos no los suele llevar un único letrado o que, dada la envergadura del asunto y el número de recursos y escritos presentados,

no es pensable que fuese solo un letrado el único que estuviese trabajando en el asunto o de que, en cualquier caso, cualquier compañero del letrado director podría haber tenido tiempo suficiente para estudiar el asunto y poder actuar en el procedimiento.

Argumentos de este tipo no son aceptables y podrían ser contrarios a normas deontológicas, tanto a las que rigen las relaciones entre abogados como a las que disciplinan las relaciones con las partes en el marco de los procesos judiciales, porque “olvidan” al justiciable y no consideran al abogado del mismo.

No está de más exponer unas elementales reglas del citado Código Deontológico, adaptado al Estatuto General de la Abogacía Española, sobre relaciones entre abogados.

El artículo 12.1 establece que “*los abogados deben mantener recíproca lealtad, respeto mutuo y relaciones de compañerismo*”. Por su parte, el apartado 4 de ese mismo artículo establece que “*en los escritos judiciales, en los informes orales y en cualquier comunicación escrita u oral, el Abogado mantendrá siempre el más absoluto respeto al abogado de la parte contraria, evitando toda alusión personal*”.

Como puede comprenderse fácilmente, no se ajusta a las normas deontológicas transcritas intentar una suspensión de una vista u oponerse a la misma aludiendo a la capacidad del abogado para ocuparse de un caso, dada su complejidad, y la necesidad de que, si está en un despacho colectivo, tenga que estar apoyándose en otros abogados o que, en cualquier caso, si quisiera podría “pasar” el asunto a compañeros suyos.

La alusión a la “capacidad organizativa” y la disponibilidad de especialistas por parte de un despacho colectivo o una sociedad profesional para discutir judicialmente sobre la suspensión de una vista implica un comportamiento que no se ajusta a las normas de recíproca lealtad y respeto mutuo.

Por otra parte, la solicitud de suspensiones solo con ánimo dilatorio y la oposición a las mismas, sin consideración a los derechos de defensa de la parte contraria en el proceso, también constituye una falta de la deontología que ha de presidir la actuación de los abogados ante los órganos jurisdiccionales.

Como dice el artículo 11.1 b) y c) del citado Código de Deontología los abogados “*han de colaborar en el cumplimiento de los fines de la Administración de Justicia*” y “*guardar respeto a todos cuantos intervienen en la Administración de Justicia*”.

Así, impedir la suspensión de una vista, por ejemplo, alegando que el abogado contrario ha tenido tiempo para proveer a su sustitución o que puede ser sustituido porque pertenece a un despacho colectivo constituye una falta de respeto a la voluntad de quien quiere que defienda sus intereses, que puede ser lesiva de sus derechos de defensa.

5. CONCLUSIÓN

Primera. No cabe la imposición por el Juez de la intervención de otro abogado del mismo despacho colectivo al que pertenece el que invoca el doble señalamiento (ni tampoco en caso de imposibilidad por enfermedad u otra causa) con base en este solo hecho.

Segunda. El bien jurídico protegido por el régimen legal de suspensión de vistas es el derecho de defensa de la parte y, también, el derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas, de modo que debe considerarse siempre la voluntad de la parte sobre el abogado que ha de asistirle.

Tercera. La alegación, sin más argumento, de que el abogado de la parte contraria sea sustituido por otro de su despacho colectivo, sin consideración a la voluntad de la parte, no es aceptable ni acorde con el respeto a las normas deontológicas que han de presidir las relaciones entre abogados.

El tratamiento jurídico-procesal de las situaciones de maternidad y paternidad concurrentes en las abogadas y abogados que ejerzan la defensa procesal

(Informe 12/2011)

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

1. 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 ma-

ternidad, 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.

2. 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 expresso 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 indefensión¹•.

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

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 concurren las mencionadas situaciones o resulta necesaria una modificación más intensa y profunda.

Procede formular al respecto las siguientes

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

3. 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

judicial, el tenor literal del precepto es el siguiente: “*Por muerte, enfermedad o impotabilidad 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*”.

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 pre-judicialidad 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.o 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”.

4. 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.

4.1. 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 so-

metido 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.

4.2. 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.

4.3. 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 salvaguarda 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.

4.4. 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.

5. 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.

5.1. *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.

5.2. 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.

5.3. 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 —ape-

nas 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.

5.4. *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—.

6. 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 difícil 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, improporrogables —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.

7. 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.

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

(Informe 7/2011)

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

1. 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 generalizado, 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 procesos 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.

2. 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 perturben 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 expulsados 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 respecto 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 contienen 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 necesario 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 entendiéndolo 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 (allegación 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 perjudicar 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 medios 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.

3. 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 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 salud 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 comunica-

ción 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

te 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 [CSJ], 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 4^a 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 insinuancia 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 PreAssociation 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.

4. 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 autogobierno 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 resultado —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 introducción 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.

5. 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 2.º 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 partípice 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*”.

6. 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 rehuye 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 ajena 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.

7. 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 noticiales.

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, affirmando 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.

8. 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 salud 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 normativa 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.

9. 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.

La inclusión de la figura del administrador concursal persona jurídica en los registros de administradores concursales de los Colegios de Abogados

(Informe 1/2012)

CONSULTA. La cuestión que se somete a consulta de esta Comisión consiste en determinar si los Colegios de Abogados, al elaborar los registros de administradores concursales a los que se refiere el artículo 27. 3 de la Ley Concursal, deben exigir que las personas jurídicas que soliciten la inscripción ese registro revistan la forma de sociedades profesionales o si, por el contrario, deben permitir la inscripción de cualquier tipo de persona jurídica.

1. MARCO NORMATIVO

1. Para abordar la consulta es conveniente partir de las disposiciones que configuran el marco normativo de referencia. Y al respecto es preciso recordar que la última reforma de la **Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LC)**, introducida por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, prevé la posibilidad de que el administrador concursal sea una persona jurídica. El tenor del artículo 27.1. 2º, *in fine*, es el siguiente:

“También podrá designarse a una persona jurídica en la que se integre, al menos, un abogado en ejercicio y un economista, titulado mercantil o auditor de cuentas, y que garantice la debida independencia y dedicación en el desarrollo de las funciones de administración concursal”.

El artículo 27.3 añade que para su inscripción en las correspondientes listas del registro Oficial de Auditores y de los colegios profesionales, las personas jurídicas deberán reseñar los profesionales que las integran así como su formación y disponibilidad. La Ley 38/2011, que da nueva redacción a este artículo, explica en fin el mandato que se incorpora al decir que una de las medidas fundamentales de la reforma *“es el reconocimiento de la persona jurídica como administrador concursal, en tanto que algunas de sus formas, como es la sociedad profesional, favorecen el ejercicio de esta función por una pluralidad de profesionales que cuenten con la necesaria formación y experiencia”*.

2. Por su parte, la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de Sociedades Profesionales (LSP), dispone en su artículo 1:

“1. Las sociedades que tengan por objeto social el ejercicio en común de una actividad profesional deberán constituirse como sociedades profesionales en los términos de la presente Ley.

A los efectos de esta Ley, es actividad profesional aquella para cuyo desempeño se requiere titulación universitaria oficial, o titulación profesional para cuyo ejercicio sea necesario acreditar una titulación universitaria oficial, e inscripción en el correspondiente Colegio Profesional.

A los efectos de esta Ley se entiende que hay ejercicio en común de una actividad profesional cuando los actos propios de la misma sean ejecutados directamente bajo la razón o denominación social y le sean atribuidos a la sociedad los derechos y obligaciones inherentes al ejercicio de la actividad profesional como titular de la relación jurídica establecida con el cliente”.

Importa asimismo destacar el artículo 8 de la misma Ley 2/2007, que regula la inscripción registral de las Sociedades Profesionales, y establece que

“1. La escritura pública de constitución deberá ser inscrita en el Registro Mercantil. Con la inscripción adquirirá la sociedad profesional su personalidad jurídica.

2. En la inscripción se harán constar las menciones exigidas, en su caso, por la normativa vigente para la inscripción de la forma societaria de que se trate, las contenidas en el artículo 7.2 y, al menos, los siguientes extremos:

a) Denominación o razón social y domicilio de la sociedad.

b) Fecha y reseña identificativa de la escritura pública de constitución y notario autorizante; y duración de la sociedad si se hubiera constituido por tiempo determinado.

c) La actividad o actividades profesionales que constituyan el objeto social.

d) Identificación de los socios profesionales y no profesionales y, en relación con aquéllos, número de colegiado y Colegio Profesional de pertenencia.

e) Identificación de las personas que se encarguen de la administración y representación, expresando la condición de socio profesional o no de cada una de ellas.

3. Cualquier cambio de socios y administradores, así como cualquier modificación del contrato social, deberán constar en escritura pública y serán igualmente objeto de inscripción en el Registro Mercantil.

4. La sociedad se inscribirá igualmente en el Registro de Sociedades Profesionales del Colegio Profesional que corresponda a su domicilio, a los efectos de su incorporación al mismo y de que éste pueda ejercer sobre aquéllos las competencias que le otorga el ordenamiento jurídico sobre los profesionales colegiados.

La inscripción contendrá los extremos señalados en el apartado 2 de este artículo. Cualquier cambio de socios y administradores y cualquier modificación del contrato social serán igualmente objeto de inscripción en el Registro de Sociedades Profesionales.

El Registrador Mercantil comunicará de oficio al Registro de Sociedades Profesionales la práctica de las inscripciones, con el fin de que conste al Colegio la existencia de dicha sociedad y de que se proceda a recoger dichos extremos en el citado Registro Profesional.

5. La publicidad del contenido de la hoja abierta a cada sociedad profesional en el Registro Mercantil y en el Registro de Sociedades Profesionales se realizará a través de un portal en Internet bajo la responsabilidad del Ministerio de Justicia.

El acceso al portal de Internet será público, gratuito y permanente.

Se faculta al Ministerio de Justicia para establecer el régimen de organización, gestión y funcionamiento del portal.

En idénticos términos, las Comunidades Autónomas podrán establecer un portal en Internet en su ámbito territorial.

A estos efectos, los Colegios Profesionales remitirán periódicamente al Ministerio de Justicia y a la Comunidad Autónoma respectiva las inscripciones practicadas en sus correspondientes Registros de Sociedades Profesionales.

6. En el supuesto regulado en el artículo 3, la sociedad profesional se inscribirá en los Registros de Sociedades Profesionales de los Colegios de cada una de las profesiones que constituyan su objeto, quedando sometida a las competencias de aquel que corresponda según la actividad que desempeñe en cada caso".

2. CONSIDERACIONES

1. La Ley Concursal no determina expresamente la forma o tipo que habrán de adoptar las personas jurídicas que podrán ser designadas como administradores concursales. Se limita a exigir que (i) deben estar integradas por un abogado en ejercicio y un economista, titulado mercantil o auditor de cuentas y (ii) garantizar la debida independencia y dedicación en el desarrollo de las funciones de administración concursal.

2. Parece, no obstante, evidente que el ejercicio de la administración concursal es una actividad profesional —dado que su desempeño requiere una titulación universitaria o profesional oficial y la consiguiente inscripción en un colegio profesional— y que, en consecuencia, su ejercicio en común bajo forma societaria se reserva a las sociedades profesionales por imperativo del artículo 1 de la Ley de Sociedades Profesionales. De hecho, el régimen de las sociedades profesionales es el que permite controlar con mayor rigor el requisito de la independencia que viene exigido por el artículo 27. 1. 2º *in fine* de la Ley Concursal, al estar sujetas a normas deontológicas y venir caracterizadas por la nota de exclusividad de su objeto social.

3. Esta misma conclusión, que es defendida por VALPUESTA (*Comentarios a la Ley Concursal*, Thomson Reuters, Pamplona, 2010, p. 417) y YÁÑEZ (*Administración concursal y personas jurídicas*, *El Economista, Iuris&Lex*, 17 de octubre de 2011), se ha visto refrendada por las *conclusiones de la reunión de magistrados de lo mercantil de Madrid sobre criterios de aplicación de la reforma de la Ley de concursal* (13 diciembre 2011) al razonar que

(a)

"... para las personas jurídicas que se postulen como administradores concursales se entiende que deberán constituirse como sociedades profesionales, cualquiera que sea el tipo societario adoptado bajo tal clase, ya que: (i) el régimen jurídico de las socie-

dades profesionales es el que guarda mayor coherencia con la profesionalidad, rigor y responsabilidad propia del ejercicio del cargo de administrador concursal (veáñse los arts. 9 y 11 LSP); (ii) dicho cargo se imputa directamente a la persona jurídica, tal cual ocurre con la actividad de las sociedades profesionales (art. 5 LSP); (iii) ofrece cierta garantía de estabilidad en los socios integrantes de la misma, en cuya atención se puede haber deferido el cargo de administrador concursal (art. 12 LSP); (iv) evita problemas relacionados con la propia personalidad jurídica y, por tanto, con la posibilidad de ser nombradas administrador concursal, de las sociedades en formación o irregulares (art. 8.1 LSP); o (v) incluso permite establecer ciertos paralelismos entre las exigencias de la Ley concursal y el desarrollo de su actividad" y, por otra parte, "hay que entender que cuando la LC ha empleado la expresión 'persona jurídica', ha utilizado tal término genérico porque precisamente la sociedad profesional no es un tipo societario concreto, sino una clase que puede englobar bajo sus previsiones distintos tipos sociales de los existentes en la legalidad de la sociedad"

3. CONCLUSIÓN

Las personas jurídicas que soliciten su inscripción en las listas de administradores concursales de los Colegios de Abogados deberán estar constituidas como sociedades profesionales.

El intrusismo profesional en la abogacía¹

(Informe 1/2016)

1. INTRODUCCIÓN

La reciente modificación del Código Penal a través de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal introduce algunos cambios que afectan a la regulación del intrusismo profesional² y que a nuestro juicio merecen un informe específico sobre esta materia.

Mediante tal modificación se pretende hacer frente a casos de intrusismo que no estaban expresamente previstos en la legislación anterior, pero que eran frecuentes en la práctica y suponían un evidente fraude que, a juicio del legislador, no debe quedar impune.

El expositivo XXXI de la citada Ley Orgánica 1/2015 resume el nuevo régimen aplicable al intrusismo profesional, cuando afirma que se incrementan las penas de multa previstas en el tipo básico y se mejora la redacción actual de estos delitos, incluyendo dentro del supuesto agravado aquéllos en que el culpable ejerce actos propios de una determinada profesión, no sólo cuando se atribuye públicamente la condición de profesional, sino también cuando realiza tales actos en un local o establecimiento abierto al público en el que se anuncia la prestación de servicios propios de aquella profesión.

Esta modificación alcanza también al artículo 637 del Código Penal, cuya nueva redacción pretende incrementar la protección en la confianza que determinados símbolos, uniformes o insignias generan, por lo que pasa a considerar su uso indebido como susceptible de ser sancionado penalmente. Por ello, esa conducta pasa a tipificarse como delito dentro de los tipos penales de usurpación de funciones públicas y de intrusismo.

¹ Intrusismo: ejercicio de actividades profesionales por persona no autorizada para ello. <http://lema.rae.es/drae/?val=intrusismo>

² BOE de 31 de marzo de 2015.

2. REGULACIÓN LEGAL Y DEONTOLOGICA DE LA PROFESIÓN DE ABOGADO

Con carácter previo al análisis de la figura del intrusismo profesional en el colectivo de la abogacía, que se abordará en los apartados siguientes, deben delimitarse las actividades profesionales que la ley reserva al abogado, pues eso permitirá determinar si una determinada acción puede ser calificada, o no, como de intrusismo profesional conforme al régimen aplicable.

A estos efectos, comenzamos citando la Ley 6/1985, de 1 de julio, Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), la cual dedica el Título II del Libro VII a la actividad del abogado y procurador. En particular, en lo concerniente a la profesión de abogado, el artículo 542.1 de dicha Ley Orgánica establece lo siguiente:

Corresponde en exclusiva la denominación y función de abogado al licenciado en Derecho que ejerza profesionalmente la dirección y defensa de las partes en toda clase de procesos, o el asesoramiento y consejo jurídico.

En este mismo sentido, el Estatuto General de la Abogacía, aprobado por Real Decreto 658/2001, de 22 de junio regula el acceso a la profesión de abogado en su artículo 9.1, cuando señala que son Abogados quienes, incorporados a un Colegio español de Abogados en calidad de ejercientes y cumplidos los requisitos necesarios para ello, se dedican de forma profesional al asesoramiento, concordia y defensa de los intereses jurídicos ajenos, públicos o privados³.

³ La actual propuesta de modificación del Estatuto General de la Abogacía del año 2013 trata este extremo en su artículo 7.1, cuando exige la obtención del título de licenciado en Derecho reconocido y colegiación obligatoria en un Colegio de Abogados. Y lo hace afirmando que el título oficial que habilite para el ejercicio de la profesión de Abogado y la incorporación al Colegio del domicilio profesional, único o principal, serán requisitos imprescindibles para el ejercicio de la Abogacía. Este artículo debe ser puesto en relación con el artículo 8 del citado Estatuto General, donde se regulan los requisitos exigibles para poder acceder a la colegiación obligatoria. Entre los requisitos allí contemplados, se incluyen los de poseer (salvo en los casos expresamente establecidos) el título oficial que habilite para el ejercicio de la profesión de Abogado (letra b); satisfacer la cuota de ingreso (letra c); o no haber sido condenado por intrusismo en el ejercicio de la abogacía en los tres años anteriores mediante resolución firme, salvo que se hubiesen cancelados los antecedentes penales derivados de esta condena (letra e).

También el artículo 544.2 de la LOPJ se refiere a la profesión de abogado, de quien requiere la colegiación obligatoria con carácter previo a su actuación ante juzgados y tribunales, en los términos previstos en la propia Ley Orgánica y en la legislación general sobre Colegios profesionales⁴.

El establecimiento de ese régimen de colegiación obligatoria lleva aprehendido una serie de importantes consecuencias para el abogado y, cómo no, para su cliente, entre las cuales se encuentran, por citar algunos: la sujeción del abogado a responsabilidad civil, penal y disciplinaria, derivada del ejercicio de su profesión (art. 546.2 LOPJ); la posibilidad de libre designación de abogado por parte del cliente (art. 545.1 LOPJ); o la válida designación de abogado de oficio o de justicia gratuita (art. 545.2 LOPJ).

En relación a este último supuesto, cabe destacar que la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, reconoce de manera expresa el papel de la abogacía a la hora de prestar un servicio de tal naturaleza, que se califica de servicio público por la propia Ley en el sentido siguiente:

Esta meta legal de proporcionar a los ciudadanos que lo precisen un sistema rápido y eficaz de justicia gratuita se articula, como hasta ahora, sobre la base de un servicio público, prestado por la Abogacía y la Procuraduría, financiado con fondos igualmente públicos. De hecho, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de nuestro Tribunal Constitucional, el Estado es el responsable del recto funcionamiento del servicio por la sola obligación constitucional de proveer a la defensa de quienes carezcan de recursos; esta jurisprudencia ha dejado claramente establecida la responsabilidad pública en tal sentido, como deber positivo del Estado de garantizar el derecho de acceso a la Justicia o, lo que es lo mismo, a la tutela judicial efectiva como derecho fundamental que es.

Más recientemente, la Ley 34/2006, de 30 de octubre, sobre el acceso a las profesiones de Abogado y Procurador de los Tribunales⁵, ya en su Exposición de motivos señala que “la regulación del régimen de acceso a la profesión de abogado en España es una exigencia derivada de los artículos 17.3 y 24 de la Constitución: estos profesionales son colaboradores funda-

⁴ Se contemplan, asimismo, algunas excepciones, como son aquellos casos en que se actúe al servicio de las Administraciones públicas o entidades públicas por razón de dependencia funcional o laboral; o, tal y como contempla el artículo 545.3 de la LOPJ, en los procedimientos laborales o de Seguridad Social, en los que se permite que la representación técnica pueda ostentarla un graduado social colegiado.

⁵ Desarrollada por su Reglamento, aprobado mediante 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.

mentales en la impartición de justicia, y la calidad del servicio que prestan redundan directamente en la tutela judicial efectiva que nuestra Constitución garantiza a la ciudadanía”.

Pues bien, el artículo 1 de dicha Ley de acceso exige la obtención del título profesional de abogado como condición imprescindible para poder desempeñar la asistencia letrada en aquellos procesos judiciales y extra-judiciales en los que al normativa imponga o faculte la intervención de abogado, y —añade— en todo caso para prestar asistencia letrada o asesoramiento en Derecho utilizando la denominación de abogado (art. 1.2), y para poder colegiarse en el correspondiente colegio profesional (art. 1.4).

En particular, a la regulación del procedimiento que debe seguirse para poder obtener la condición de abogado, la ley de acceso señala que deberá poseerse el título universitario de licenciado en Derecho, y acreditar su capacitación profesional, lo que se logrará superando la correspondiente formación especializada (reglada y de carácter oficial) y la evaluación regulada por esa misma Ley. Cabe recordar que, en lo que concierne a la obtención de la capacitación profesional, deberán superarse unos cursos de formación (a través de universidades o de escuelas de práctica jurídica), y la realización de un periodo de prácticas externas bajo la tutela de un abogado.

Sobre el alcance de la capacitación profesional regulada en la Ley 34/2006, debe citarse la Sentencia 170/2014 del Tribunal Constitucional, cuyo fundamento jurídico 4 dice lo siguiente⁶:

“4. Una vez concretada la materia sobre la que versa el conflicto competencial debe efectuarse su encuadramiento competencial. En este fundamento jurídico se van a analizar las competencias que corresponden al Estado en este ámbito.

a) En primer lugar procede exponer el régimen constitucional de distribución de competencias en la materia relativa a títulos profesionales. Hasta ahora la jurisprudencia constitucional no ha tenido ocasión de reconocer la relevancia de la diferencia entre los conceptos de título profesional y de título académico, dado que, como regla general, el título académico es el que habilita para el ejercicio profesional [entre otras, STC 154/2005, de 9 de junio, FJ 8 b)]. En el caso que se somete a nuestra consideración, sin embargo, esta diferencia no carece de relevancia. En efecto, dada la configuración que ha efectuado la Ley 34/2006 de los títulos profesionales que esta norma crea, la obtención de los mismos no solo requiere haber obtenido previamente el título académico de licenciado o graduado en Derecho, sino que, además, hace preciso adquirir una capacitación profesional mediante la superación de una formación especializada debidamente acreditada (art. 2 de la Ley 34/2006). Ahora el concepto

⁶ <http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/Sentencia.aspx?cod=21122>

de profesión titulada no puede definirse atendiendo únicamente a si requiere poseer estudios universitarios acreditados por la obtención del correspondiente título oficial, entendido este título como equivalente al título académico superior, pues además de este título académico puede exigirse, como en el caso que ahora se examina, una formación complementaria que acredite la capacitación para ejercer la profesión para cuyo ejercicio habilita el título”.

En relación a la homologación de títulos extranjeros, la Disposición adicional novena de esa Ley exime de ostentar el título profesional al que se refiere aquella a quienes en el momento de entrada en vigor (esto es, el 31 de octubre de 2011) hubieran solicitado la homologación de su título extranjero al de licenciado en Derecho, siempre que en el plazo máximo de dos años, a contar desde el momento en que obtuvieran dicha homologación, hubieran procedido a colegiarse, como ejercientes o como no ejercientes. Dicha disposición adicional debe ponerse en relación con el artículo 13.2.b) de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, en el cual se contempla, como excepción a la libre prestación de servicios a prestadores establecidos en cualquier otro estado miembro, la libre prestación de servicios de los abogados (de acuerdo con la Directiva del año 1977). De tal manera, concluye que en el caso de actividades de asesoramiento letrado, sí es posible condicionar la prestación a la obtención previa de una autorización previa, o a la inscripción en un colegio profesional español⁷.

También la jurisprudencia ha delimitado las funciones de la abogacía. En este sentido, podemos destacar la Sentencia de la Sala 2^a del Tribunal Supremo, de fecha 10 de noviembre de 1990, en la que delimita cuáles deben considerarse “actos propios de la profesión”, entre los que señala los de *consultas, consejos y asesoramiento, arbitrajes de equidad o de derecho, conciliaciones, acuerdos y transacciones, elaboración de dictámenes, redacción de contratos y otros actos jurídicos en documentos privados, práctica de particiones de bienes, ejercicio de acciones de toda índole ante las diferentes ramas jurisdiccionales y, en general, defensa de intereses ajenos judicial y extrajudicialmente*.

Así pues, llegados a este punto y una vez vistos el concepto y las funciones que tienen legalmente encomendadas el abogado, estamos en disposición de analizar la figura del intrusismo profesional.

⁷ Directiva 77/249/CEE 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.

3. EL INTRUSISMO PROFESIONAL: CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA

Desde un punto de vista de los derechos y deberes constitucionalmente reconocidos, el artículo 35 de nuestra Carta Magna reconoce el derecho al trabajo y a la libre elección de profesión y oficio, las que —junto a otras figuras— son algunas de las bases sobre las que se asienta jurídicamente nuestro modelo laboral. Dicho artículo 35, en su apartado primero, dice así:

Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo.

El Derecho al trabajo aparece, pues, configurado como un derecho “dinámico” que comprende no sólo su reconocimiento formal sino, principalmente, el deber de los poderes públicos de promover su realización efectiva. Así lo ha interpretado nuestro Tribunal Constitucional, cuando en sus Sentencias 22/1981⁸ y 109/2003⁹ establecen que el derecho al trabajo no se agota en la libertad de trabajar, sino que supone también el derecho a un puesto de trabajo y como tal presenta un doble aspecto: individual y colectivo, ambos reconocidos en el artículo 35.1 y 40.1 de nuestra Constitución, respectivamente.

Ahora bien, tal derecho no es, ni mucho menos, ilimitado. Así se deduce de lo dispuesto en el artículo 36 de la Constitución Española cuando reconoce la existencia de profesiones tituladas, y a la necesidad de que su ejercicio sea regulado por ley¹⁰. De este modo, nuestro legislador constitucional ya introduce un límite al derecho al trabajo recogido en el artículo 35, puesto que ya se prevé la existencia de profesiones cuyo ejercicio puede verse condicionado a la obtención de previa de un título que habilite a su tenedor para el desempeño de aquella.

Así lo ha considerado la Sentencia del Tribunal Constitucional 122/1989, en la que si bien reconoce el derecho al trabajo y la libre elección de profesión u oficio, también afirma que es posible que, como medio

⁸ http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/sentencias/stc_022_1981.pdf

⁹ <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=35&tipo=2>

¹⁰ “La ley regulará las peculiaridades propias del régimen jurídico de los Colegios Profesionales y el ejercicio de las profesiones tituladas. La estructura interna y el funcionamiento de los Colegios deberán ser democráticos”.

necesario para la protección de intereses generales, los Poderes Públicos podrán intervenir en el ejercicio de ciertas actividades profesionales, sometiéndolas a la previa obtención de una autorización o licencia administrativa o a la superación de ciertas pruebas de aptitud. La exigencia de tales requisitos no puede —tal y como afirma dicha Sentencia— equipararse a la creación o regulación de los títulos profesionales a que se refiere el art. 149.1.30 C.E., ni guarda relación con la competencia que este precepto constitucional reserva al Estado. Antes al contrario —aclara— la sujeción a determinadas condiciones o el cumplimiento de ciertos requisitos para poder ejercer una determinada actividad laboral o profesional es cosa bien distinta y alejada de la creación de una profesión titulada en el sentido antes indicado, cuyo ejercicio está condicionado “a la posesión de concretos títulos académicos” (STC 83/1984), o, lo que es lo mismo, a “la posesión de estudios superiores” ratificados por el oportuno certificado, diploma o licencia (STC 42/1986).

Esta Sentencia debe ponerse en relación con la sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 22 de enero de 2002, en la que reconoce al Estado como el titular del bien jurídico protegido, y a su legitimación para expedir títulos de determinadas profesiones, de manera que puedan ser ejercidas con las garantías morales y culturales indispensables. Todo ello, a fin de preservar la confianza de los usuarios y consumidores en la ordenación del servicio que se presta por los distintos profesionales con el objeto de ver razonablemente satisfechas sus necesidades.

Debe añadirse que el alcance de tal protección no es competencia exclusiva del Estado, sino que incluye al también derecho de los profesionales a evitar que se vean afectados por una competencia ilegal que puede perjudicar a sus expectativas económicas y de reconocimiento social.

Este último aspecto ha sido reconocido por la jurisprudencia¹¹, donde se afirma que el bien jurídico protegido por el tipo penal se caracteriza por su carácter plurifensivo. Esto es, ofende al perjudicado, que ve lesionado su derecho por la actividad del intruso; a la corporación profesional a la que afecta la conducta intrusa; y a la sociedad en su interés público en que

¹¹ Entre otras, la Sentencia del Juzgado de lo Penal nº 3 de Pamplona, de 4 de junio de 2012 (Sentencia nº 209/2012), citando la Sentencia de la Sala 2^a del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 2006: se condena a la acusada de intrusismo profesional por ejercer, de forma habitual y sin poseer el título de óptico-optometrista que le habilitaría para ello ni estar colegiada, las funciones de óptico en establecimiento abierto al público.

sean idóneas las personas que ejercen determinadas profesiones para los que el Estado reglamenta el acceso a la actividad.

En este sentido, si bien es obvio que el titular del bien jurídico sólo será el Estado, la caracterización plural de los sujetos afectados por la conducta intrusiva a la que nos acabamos de referir requiere de varios elementos, como son, de una parte, la realización de actos propios de una profesión, entendiendo por “actos propios de una profesión” aquellos que —desde una perspectiva objetiva de valoración social— específicamente están reservados a una profesión quedando excluidas de su realización aquellas personas que carezcan de la titulación precisa.

Y de otra parte, un sujeto que no está en posesión del necesario título académico que permita su realización.

Desde una perspectiva eminentemente jurídica, el intrusismo profesional siempre ha venido siendo una práctica repudiada: bien como una infracción de naturaleza penal (ya reconocida en Las Siete Partidas¹², que se mantuvo en la Novísima Recopilación, y que ha estado siempre presente en los Códigos Penales a partir del de 1822) e, incluso, como una “infracción administrativa criminalizada” tal y como se refirió el Tribunal Constitucional, en su sentencia 111/1993, de 25 de marzo, cuando tal actividad afectara a aquellas profesiones que inciden sobre intereses sociales de escasa entidad¹³.

4. REGULACIÓN DEL INTRUSISMO: REQUISITOS Y CARACTERÍSTICAS

Llegados a este punto, y atendiendo al aspecto infractor de la práctica del intrusismo, el Código Penal lo incluye dentro del Título de las Falseda-

¹² Séptima Partida. Título VIII. Ley 10: “Fingen los hombres a veces mostrarse por sabios en cosas de las que no lo son, de manera que se sigue por ellos daño a los que no los conocen y los creen; y por ello decimos que si algún hombre recibiere de alguna piedra preciosa para engastarla en sortija o en otra cosa por precio cierto, y la quebrantase engastándola por no ser sabedor de hacerlo o por otra culpa suya, que debe pagar la estimación de ella a bien vista de hombres buenos y conocedores de estas cosas. Y esto que dijimos de los orfebres se entiende también de los otros menestrales, y de los físicos y de los cirujanos y de los albéitares y de todos los otros que reciben precio por hacer alguna obra o por medicinar alguna cosa, si errasen en ella por su culpa o por falta de saber”.

¹³ <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/ca-ES/Resolucion>Show/SENTENCIA/1993/111>

des, como rúbrica del capítulo V, “De la usurpación de funciones públicas y del intrusismo”. Dentro del mismo, se distingue en el artículo 402 el ejercicio indebido de actos propios de una autoridad o funcionario público; y, en el artículo 403, la conducta en cuanto afecte a profesiones avaladas por “título académico (u oficial) expedido o reconocido en España”.

Pues bien, atendiendo a este último, el artículo 403 —tras la nueva redacción dada por la LO 1/2015— tipifica tal actuación como delito, del modo siguiente:

1. *El que ejerciere actos propios de una profesión sin poseer el correspondiente título académico expedido o reconocido en España de acuerdo con la legislación vigente, incurrirá en la pena de multa de doce a veinticuatro meses. Si la actividad profesional desarrollada exigiere un título oficial que acredite la capacitación necesaria y habilite legalmente para su ejercicio, y no se estuviere en posesión de dicho título, se impondrá la pena de multa de seis a doce meses.*
2. *Se impondrá una pena de prisión de seis meses a dos años si concurriese alguna de las siguientes circunstancias: a) Si el culpable, además, se atribuyese públicamente la cualidad de profesional amparada por el título referido. b) Si el culpable ejerciere los actos a los que se refiere el apartado anterior en un local o establecimiento abierto al público en el que se anunciaré la prestación de servicios propios de aquella profesión*¹⁴.

La actual redacción mantiene, pues, el espíritu de la Jurisprudencia penal, en la que parece prevalecer el interés colectivo de que ciertas profesiones sólo la ejerzan aquellas personas que están debidamente capacitadas por la Administración Pública en atención a la superior naturaleza de los bienes jurídicos que pueden quedar afectados por los actos propios de tales profesiones: vida, integridad corporal, libertad y seguridad, etc. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 1993, declaró que el fin de este delito no es la defensa de unos intereses de grupos corporativos, lo que cuestionaría su protección penal desde el principio de mínima intervención, sino más bien, el interés público que exige que

¹⁴ Redacción inicial: *El que ejerciere actos propios de una profesión sin poseer el correspondiente título académico expedido o reconocido en España de acuerdo con la legislación vigente, incurrirá en la pena de multa de seis a doce meses. Si la actividad profesional desarrollada exigiere un título oficial que acredite la capacitación necesaria y habilite legalmente para su ejercicio, y no se estuviere en posesión de dicho título, se impondrá la pena de multa de tres a cinco meses. Si el culpable, además, se atribuyese públicamente la cualidad de profesional amparada por el título referido, se le impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años.*

ciertas actividades sólo sean ejercitadas por quienes ostentan la debida capacitación¹⁵.

A la vista del artículo 403 del Código Penal, para que pueda hablarse jurídicamente de intrusismo profesional deberán darse, cumulativamente, dos circunstancias, como son: que una persona lleve a cabo actuaciones propias de una profesión y, además, que tal persona no disponga de título para ello.

Adaptando esta regulación a la práctica de la abogacía, la primera condición exige que la persona lleve a cabo actos propios de la profesión de abogado, entendiéndose por tales a aquellos que específicamente están atribuidos a los profesionales de la abogacía, con exclusión de las demás personas.

La segunda condición requiere que la persona que actúe en el mercado prestando servicios propios de un abogado, lo haga sin titulación válida para ello (académica u oficial), incumpliendo así con la normativa administrativa que regula el acceso de una persona a la profesión de abogado, esto es, la Ley Orgánica del Poder Judicial, la Ley de Colegios Profesionales, la Ley de acceso a la profesión de abogado y el Estatuto General de la Abogacía.

Volviendo al referido artículo, la interpretación del inciso segundo del párrafo primero, que se refiere a actividades profesionales que exigen un título oficial, ha resultado polémica. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 205/2009, de 1 de octubre, afirma que parece claro, y así lo entendió también la Instrucción 2/96 de la Fiscalía General, que el legislador estableció aquí un tipo atenuado autónomo respecto del inciso primero, sancionando con una pena inferior la injerencia en profesiones cuyo ejercicio exija un título oficial no académico. Es decir que el legislador había querido extender expresamente la protección penal más allá de la injerencia en profesiones cuyo ejercicio requiere titulación académica. Esta interpretación es la que se deduce del sentido propio de las palabras de la Ley y también de los antecedentes del debate legislativo.

Por último, hay que destacar que el tan citado artículo contiene un subtipo agravado de ilicitud para aquellos casos en que las actividades que conforman el intrusismo se lleven a cabo con publicidad, en el sentido de atribuirse públicamente la cualidad de profesional amparada por el título en cuestión (en este caso, el de abogado), así como —a la vista de la

¹⁵ (RJ 1993, 877).

última modificación del Código Penal— la profesión se ejerciera en un establecimiento abierto al público en el que se promocionasen los servicios ofertados.

En cualquier caso, debe destacarse la escasa represión que se prevé para este delito, de manera que se sanciona con una multa (de importe escaso en la mayoría de ocasiones) una actuación potencialmente gravosa para el consumidor, sin que el tipo penal diferencie las profesiones ni el nivel de riesgo que asume el consumidor que utiliza los servicios de una persona sin titulación, todo ello en situaciones en las que pone en peligro sus intereses económicos, su libertad o, incluso, su integridad física (caso, por ejemplo, de las profesiones sanitarias).

5. EL TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DEL INTRUSISMO

La modificación legal introducida en el tipo de intrusismo por la reforma del Código Penal de 1995, y que mantiene la de 2015, supuso un nuevo escenario en relación a este tipo de prácticas, lo que se reproduce de manera extensa en la Sentencia de la Sala 2^a del Tribunal Supremo, de fecha 12 de noviembre de 2001.

Esta sentencia refleja el criterio interpretativo de la jurisprudencia en la aplicación del artículo 403 del Código Penal, analizando en profundidad el significado de “título oficial” al que se refería el citado artículo. Dice así la citada sentencia:

[...] la aplicación del citado inciso segundo del párrafo primero del art. 403 del Código Penal de 1995 debe aceptar que efectivamente el legislador de 1995 quiso ampliar el ámbito de lo punible en materia del delito de intrusismo, prohibiendo bajo pena la realización de determinadas actividades sin poseer título académico (inciso primero) u oficial (inciso segundo) y renovando con ello la configuración penal del tipo, respetándose con ello el mandato constitucional que sujeta a los Jueces y Tribunales al “imperio de la Ley” (art. 117 CE).

Pero seguidamente ha de cumplirse asimismo el mandato contenido en el artículo 5.1 de la LOPJ e interpretar el nuevo tipo conforme a la doctrina constitucional, lo que significa:

a) Restringir la aplicación del tipo atenuado del inciso segundo a supuestos en que el intrusismo se produzca en profesiones que requieran una especial capacitación de la que dependan bienes jurídicos de la máxima relevancia constitucional, como son la vida, la integridad corporal, la libertad y la seguridad (STC 111/1993, de 25 de marzo, y concordantes).

b) Excluir radicalmente su aplicación en aquellas profesiones en las que ya existe pronunciamiento expreso del Tribunal Constitucional afirmando que no se observa en el ejercicio genérico de la misma un interés público esencial que en el juicio de proporcionalidad le haga merecedor de tan alto grado de protección como la dis-

pensada a través del sistema penal de sanciones; esto excluye de la sanción penal el supuesto aquí enjuiciado de los agentes de la propiedad inmobiliaria, conforme a una reiteradísima doctrina constitucional, así como las funciones propias de los Gestores Administrativos conforme a las SSTC 130/1997, de 15 de julio, 219/1997, de 4 de diciembre, 142/1999, de 22 de julio y 174/2000, de 26 de junio.

c) Interpretar el precepto atendiendo esencialmente al bien jurídico protegido, la apariencia de verdad que poseen determinados títulos y que constituye mecanismo necesario y esencial para garantizar a los ciudadanos la capacitación de determinados profesionales. Bien jurídico de carácter colectivo y no individual, cuya lesión afecta a la sociedad y no a particulares intereses patrimoniales individuales o de grupo, como pueden ser los miembros de un colectivo profesional. Es el interés público el único que puede fundamentar y legitimar cualquier restricción penal al acceso a una profesión mediante la exigencia de un título oficial, académico o no.

La Audiencia Provincial de Madrid, mediante Sentencia de 1 de octubre de 2009, dictó sentencia absolutoria en un supuesto relativo al ejercicio de la profesión de administrador de fincas, y donde si bien no existe titulación académica, sí se requiere titulación oficial.

En este caso, tal como ha señalado esta misma Audiencia Provincial de Madrid¹⁶, “la regulación de la profesión de Administrador de Fincas (art. 10.1 e) del Real Decreto 1886/1996, art. 5 del Decreto 693/1968 y art. 16 del Acuerdo de 28 de enero de 1969) se refiere solamente a la colegiación necesaria para el ejercicio de esa profesión, pero no establece como requisito para la obtención del título oficial correspondiente el seguimiento de unos estudios específicos y la superación de unas pruebas concretamente dirigidas a acreditar la capacitación necesaria para el ejercicio de esa profesión. Todas las exigencias establecidas al efecto van únicamente dirigidas a reglamentar la incorporación al Colegio de Administradores de Fincas, al que puede accederse por la posesión de determinados títulos universitarios, no relacionados específicamente con la administración de fincas, o mediante pruebas de selección o cursos de formación que sólo exigen estar en posesión del título de Bachiller Superior”.

Por su parte, el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 14 de octubre de 2011 señala, como elementos configuradores del delito de intrusismo, los siguientes: “a) La realización o ejecución de actos propios de una profesión para la que sea preciso título oficial, o reconocido por disposición legal o Convenio Internacional (título académico o título oficial de capacitación en el artículo 403) sin que el texto legal requiera habitualidad por

¹⁶ Sección 1^a, Sentencia de 25 de mayo de 2000, nº 253/2000; recurso nº 20070/1999. Pte: Vieira Morante, Francisco Javier.

lo que tanto puede ser la actividad de mero ejercicio continuado, como la realización de un exclusivo acto de calidad y condición momentánea siempre que sea idóneo y peculiar de la profesión usurpada, integrando la repetición de la conducta o su continuidad una misma infracción, sin que puedan estimarse delitos diferentes los actos distintos en ella efectuados a través del tiempo (STS 29.9.2006, 22.1.2002, 29.9.2000, 30.4.94); y b) Violación antijurídica de la normativa extrapenal ordenadora de la profesión invadida y, en particular, de aquel sector que reglamenta la concesión y expedición de la titularidad que faculta para el ejercicio de la actividad profesional que se enjuicia, hallándonos ante una norma en blanco que habrá de complementarse con las correspondientes disposiciones administrativas atinentes a la respectiva profesión”.

En efecto, el Tribunal Supremo sostiene que el tipo penal que describe el delito de intrusismo presenta una estructura de ley penal en blanco, y se refiere a “esto es, de normas penales incompletas en las que la conducta o la consecuencia jurídico-penal— no se encuentre agotadoramente prevista en ellas, debiendo acudirse para su integración a otra norma distinta (STC 127/90, de 5 de julio; y 283/2006, de 9 de octubre). Esta conclusión —sigue el Tribunal en su Sentencia— está sostenida no solo en el inuestionable carácter jurídico de los elementos que se remiten nociones como “título oficial” o que “habilite legalmente para su ejercicio”, sino esencialmente debido a que el régimen español de las profesiones tituladas, materia que conforma el sustrato de regulación del acto de intrusismo y cuyos aspectos más esenciales (“títulos oficiales”, “actos propios de una profesión”, etc.) son los que han de servir de complemento exegético al mismo —se configura como un sistema cerrado de reglamentación, con una consiguiente vinculación entre títulos y la actividad profesional correspondiente— que, en mayor o menos concreción, debe ser legalmente determinada, tal como viene a establecer el art. 36 CE al exigir que sea una ley la que regule el ejercicio de las profesiones tituladas. Con esa medida habrán de ser precisamente normas jurídicas las que determinen qué deban ser actos propios de una profesión para cuyo ejercicio habilite un título oficial.

6. EL INTRUSISMO PROFESIONAL EN LA ABOGACÍA

Así pues, una vez delimitadas legal y jurisprudencialmente las competencias del abogado en cuanto profesional del Derecho, estamos en disposición de analizar aquellos casos de intrusismo profesional analizados por nuestros tribunales.

Entrando al fondo del asunto, cabe destacar el pronunciamiento del Tribunal Supremo de 6 de julio de 1995, en relación a un caso de intrusismo profesional en el ámbito de la abogacía, donde se declara que podrían ser autores del delito de intrusismo quienes, atribuyéndose falsamente la condición de abogado, asesoran a los clientes que acuden a él con tal finalidad en la creencia de que se trata de un letrado. En este sentido, el Tribunal sostiene que “evidentemente, las personas que recibían su consejo, pretendidamente profesional, sobre las cuestiones jurídicas que le consultaban, lo hacían en la confianza de que se trataba de un abogado debidamente titulado, el que con su preparación profesional y la ética propia de tal oficio les ayudaba en la solución de sus problemas. Es claro que estos asesoramientos en estas circunstancias constituyan el ejercicio de actos propios de la profesión de abogado para lo cual era necesario el título oficial del que carecía el condenado aquí recurrente, pues tal ejercicio no cabe limitarlo a las actuaciones ante los órganos judiciales. De todos es conocido cómo es precisamente en sus consultas privadas, aconsejando a sus clientes, donde estos profesionales desarrollan una parte importante de su actividad como tales”.

El Tribunal Supremo también ha declarado, en Sentencia de 22 de Enero de 2002, que “el delito de intrusismo es un delito formal y de mera actividad que se consuma con la realización de un sólo acto de la profesión invadida¹⁷”. En concreto, señala como delito de intrusismo la realización de actos propios de la profesión de abogado, concluyendo que “la realización por los acusados de la constitución de una sociedad con finalidad de asesoría jurídica recibiendo encargos de reclamaciones judiciales de cobro de pensión y de desahucio, con recepción de cantidades económicas en concepto de provisión de fondos, supone la realización de actos propios de la profesión de abogado para la que los dos acusados por este delito, no estaban habilitados”.

Por su parte, la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo 693/2010, de 19 de julio, condena a los acusados de delito de intrusismo profesional, en el sentido siguiente: “Así las cosas, y en fin, es claro que en el supuesto contemplado concurren las dos exigencias típicas del precepto que se dice infringido. A saber, la realización de actos propios del profesional de la abogacía; producidos en ausencia de título oficial. Y es verdad que fueron dos. Pero no sólo dos, pues éste es un dato que no puede banalizar-

¹⁷ STS 41/02. RJ 2002, 2630. Referenciada en la SAP de Burgos de 16 de febrero de 2010.

se, cuando lo cierto es que, a tenor del art. 403.1º del Código Penal habría bastado uno sólo, y aquí se trató de actuaciones (en plural)".

Continúa la Sentencia, en su Fundamento Jurídico Séptimo, afirmando que la dicción del subtipo agravado del artículo 403.2 del Código Penal no hace precisa la concurrencia de una publicidad masiva, y se satisface meramente con el hecho de que la atribución de la calidad profesional inexistente se produzca en un ámbito no privado, de cierta amplitud. Algo que en este caso se dio de manera más que bastante, como bien explica la sala. En efecto, pues consta el uso del título ficticio en dos procesos de selección, la actuación sin habilitación legal en dos procedimientos judiciales y la autopresentación como letrado en ejercicio en una publicación que se distribuía a algunos miles de personas. Es, pues, inobjetable que la aplicación del precepto citado se encuentra plenamente justificada.

Cabe efectuar una última reflexión en este punto, relativa a la incidencia que ha podido tener la Ley 34/2006 en el entendimiento del delito de intrusismo. Como es sabido, esta Ley crea el título profesional de abogado, habiendo señalado el Tribunal Constitucional en la ya citada Sentencia 170/2014, de 23 de octubre, que no había podido pronunciarse hasta la fecha sobre la relevancia de la diferencia entre los conceptos de título profesional y de título académico, dado que, como regla general, el título académico es el que habilita para el ejercicio profesional (entre otras, STC 154/2005, de 9 de junio, FJ 8 b).

Pues bien, para el Tribunal Constitucional en el caso del ejercicio de la abogacía la distinción sí es relevante, dada la configuración que ha efectuado la Ley 34/2006 de los títulos profesionales que esta norma crea, en el sentido de que "la obtención de los mismos no solo requiere haber obtenido previamente el título académico de licenciado o graduado en Derecho, sino que, además, hace preciso adquirir una capacitación profesional mediante la superación de una formación especializada debidamente acreditada (art. 2 de la Ley 34/2006)". Por ello, continúa el Tribunal Constitucional, en el ámbito de la abogacía "el concepto de profesión titulada no puede definirse atendiendo únicamente a si requiere poseer estudios universitarios acreditados por la obtención del correspondiente título oficial, entendido este título como equivalente al título académico superior, pues además de este título académico puede exigirse, como en el caso que ahora se examina, una formación complementaria que acredite la capacitación para ejercer la profesión para cuyo ejercicio habilita el título".

Aun cuando lógicamente la sentencia citada se produce en un conflicto sobre atribución de competencias, las reflexiones efectuadas pueden tener

interés para el examen de la nueva redacción del citado artículo 403 del Código Penal y, en concreto, de su primer apartado. Recuérdese que a su tenor:

“1. El que ejerciere actos propios de una profesión sin poseer el correspondiente título académico expedido o reconocido en España de acuerdo con la legislación vigente, incurirá en la pena de multa de doce a veinticuatro meses. Si la actividad profesional desarrollada exigiere un título oficial que acredite la capacitación necesaria y habilite legalmente para su ejercicio, y no se estuviere en posesión de dicho título, se impondrá la pena de multa de seis a doce meses”.

Por tanto, solo quien ejerciere actos propios de la profesión de abogado sin tener el título de Graduado en Derecho estaría en el supuesto del primer inciso del artículo 403.1.

Sin embargo, quien obtuviere el título de Graduado en Derecho pero no siguiera el sistema de acceso a la profesión diseñado en la Ley 34/2006 carecería del “título profesional que acredite la capacitación necesaria y habilite legalmente para su ejercicio”, pues ese título, y sin perjuicio de la necesidad de la ulterior colegiación, es el título profesional de abogado que expide el Ministerio de Justicia (art. 1.4 de la Ley 34/2006). En estos casos sí sería aplicable el segundo inciso del artículo 403.1 del Código Penal.

7. MEDIDAS DE PERSECUCIÓN Y PROTECCIÓN ANTE EL INTRUSISMO EN LA ABOGACÍA

El artículo 68.1 letra t) del Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Español, señala que es competencia del Consejo General el impedir por todos los medios legales el intrusismo y la clandestinidad en el ejercicio profesional, para cuya persecución, denuncia y, en su caso, sanción, queda el Consejo General amplia y especialmente legitimado, sin perjuicio de la iniciativa y competencia de cada Colegio.

El mismo Estatuto General, en relación a los Colegios de Abogados, incluye como competencia de estos, en su artículo 4.1.k) la de adoptar las medidas conducentes a evitar y perseguir el intrusismo profesional.

Por su parte, el artículo 10.4 del Código Deontológico de la Abogacía, señala que es obligación del abogado “poner en conocimiento del Colegio todo acto de intrusismo, así como los supuestos de ejercicio ilegal, tanto

por la no colegiación cuanto por hallarse suspendido o inhabilitado el denunciado, en los supuestos de que tenga noticia el abogado”.

La aplicación del régimen previsto en el Estatuto General de la Abogacía está limitada a aquellos profesionales que cumplan con los requisitos para poder ser considerados miembros del correspondiente colectivo. Es decir, difícilmente se va a poder aplicar el régimen legal y deontológico recogido en el Estatuto General de la Abogacía a aquella persona que, sin ser licenciado en derecho, se presente en el mercado como abogado, por lo que debemos buscar la eficacia del régimen represivo en otras normas.

Así, por ejemplo, y sin perjuicio de la posible tipificación penal de la conducta que ya ha sido analizada, la normativa que regula la actividad competencial en el mercado y la normativa de protección de los consumidores nos ofrece algunas alternativas cuyo análisis resulta interesante a la hora de valorar su posible aplicación al supuesto del intrusismo profesional.

En lo que se refiere a la fase precontractual, durante la cual el consumidor toma la decisión de consumo, destaca la regulación de los actos de engaño en el artículo 5 de la citada LCD, el cual considera desleal por engañosa cualquier conducta que contenga información falsa o información que, aun siendo veraz, por su contenido o presentación induzca o pueda inducir a error a los destinatarios, siendo susceptible de alterar su comportamiento económico, siempre que incida sobre alguno de los aspectos listados en el propio artículo, entre los que se encuentran, por ejemplo:

[...] b) Las características principales del bien o servicio, tales como su disponibilidad, sus beneficios, sus riesgos, su ejecución, su composición, sus accesorios, el procedimiento y la fecha de su fabricación o suministro, su entrega, su carácter apropiado, su utilización, su cantidad, sus especificaciones, su origen geográfico o comercial o los resultados que pueden esperarse de su utilización, o los resultados y características esenciales de las pruebas o controles efectuados al bien o servicio.

[...] d) El alcance de los compromisos del empresario o profesional, los motivos de la conducta comercial y la naturaleza de la operación comercial o el contrato, así como cualquier afirmación o símbolo que indique que el empresario o profesional o el bien o servicio son objeto de un patrocinio o una aprobación directa o indirecta.

[...] g) La naturaleza, las características y los derechos del empresario o profesional o su agente, tales como su identidad y su solvencia, sus cualificaciones, su situación, su aprobación, su afiliación o sus conexiones y sus derechos de propiedad industrial, comercial o intelectual, o los premios y distinciones que haya recibido.

h) Los derechos legales o convencionales del consumidor o los riesgos que éste pueda correr.

En relación a este supuesto relativo a las prácticas comerciales desleales por engañosas, en las que se trata de confundir al consumidor acerca de

la verdadera naturaleza del prestatario de los servicios, pueden traerse a colación dos sentencias estimadas a favor del Ilustre Colegio Oficial de Gestores Administrativos de Madrid, en las que el juez condenaba a las entidades demandadas por realizar publicidad engañosa al atribuirse características que resultaban idóneas para causar error en los consumidores. En la primera de ellas, el Juez de lo Mercantil declara que la publicidad controvertida ha incurrido en causa de ilicitud, al poder inducir a la confusión con los servicios que prestan los Gestores Administrativos, y condena a la demandada “a cesar en la publicidad que venía realizando a través de la página web, como en la propia sede del establecimiento y en los documentos y soportes que utilizaba, suprimiendo los elementos que induzcan a confusión con los trámites y servicios reservados a los Gestores Administrativos y en concreto la referencia a la denominación de “justificante profesional” y la alusión a cualificaciones, títulos o habilitaciones que no posea el prestador, incluida en su caso la pertenencia a colegios profesionales en los que no esté inscrito o no posea título o habilitación para poder pertenecer”¹⁸.

En la segunda, el Juez declara que los actos realizados por el demandado, consistentes en su publicitación y actuación como Gestor Administrativo, constituyen actos de competencia desleal tendentes a crear confusión en el mercado. Declara también la sentencia, que la publicidad objeto del pleito, incurre en causa de ilicitud por resultar engañosa en cuanto a la verdadera cualificación profesional del prestador de los servicios y por ser desleal al inducir a la confusión con los servicios que prestan los Gestores Administrativos, condenando a dicho demandado a que cese en dicha publicidad, suprimiendo de toda ella los elementos ilícitos y engañosos que contienen, y en particular la referencia a la denominación de “Gestoría Administrativa” sin serlo, la referencia a las actividades profesionales reservadas a las profesiones reguladas, la utilización de los distintivos de la profesión y cuantos otros elementos inducen a la confusión a los usuarios de sus servicios¹⁹.

Además de la regulación de los actos de engaño, bien sea por acción u omisión, el artículo 15 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (LCD), en sus apartados 1 y 2, señala como práctica comercial desleal la actividad consistente en lo que titula “violación de normas”, en el sentido siguiente:

¹⁸ Sentencia de 7 de junio de 2010 del Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Madrid. N° 213/2010.

¹⁹ Sentencia de 30 de junio de 2010, del Juzgado de 1^a instancia e instrucción nº 1 de Ávila. N° 101/2010.

1. *Se considera desleal prevalerse en el mercado de una ventaja competitiva adquirida mediante la infracción de las leyes. La ventaja ha de ser significativa.*
2. *Tendrá también la consideración de desleal la simple infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial.*

En relación a la aplicación del artículo 15 de la LCD, mediante Auto de fecha 9 de diciembre de 2014, la Sección 2 del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid acordó la adopción de medidas cautelares contra los servicios de una compañía de transporte de pasajeros, que presuntamente estaba operando en España sin las preceptivas autorizaciones administrativas en este sector²⁰.

En este caso, el Auto —emitido inaudita parte tal y como permite el artículo 728 de la Ley de Enjuiciamiento Civil— afirma, para justificar la apariencia de buen derecho exigible en esta fase del procedimiento, la existencia de una actividad que infringe las normas jurídicas de manera muy evidente en un sector regulado. Y fundamenta la decisión judicial en la consideración de la actuación de la demandada como intermediaria entre transportistas sin licencia y usuarios, como genuina actividad mercantil, sin cumplir los requisitos administrativos para el transporte de viajeros, determina la necesidad de adoptar en su caso la medida sin esperar al trámite contradictorio, que en todo caso podrá ser opuesto por aquélla si muestra su disconformidad con la misma.

En el caso al que se refiere la citada resolución judicial, y tratándose el servicio de transporte de viajeros una actividad regulada (al igual que lo es el de la abogacía), la prestación del servicio con vehículo propio debe ajustarse a la Ley estatal 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes, en cuyo artículo 42 se exige la necesidad de una autorización habilitante, bien por el Estado o por la Comunidad Autónoma. Ello se concreta en el art. 22.2 de dicha Ley, que exige la obligatoriedad de tener licencia o autorización de transporte para contratar y facturar, tanto por parte de la empresa como por parte de los conductores.

Dicha regulación se complementa con la aplicación de normativa complementaria, como es el Real Decreto 211/1990, de 28 de septiembre, que aprueba el Reglamento de Ordenación de Transportes Terrestres. Y, en el ámbito de Madrid, la Ley 20/1998, de 27 de Noviembre, de Ordenación y Coordinación de los Transportes Urbanos de la Comunidad de Madrid; e,

²⁰ Asociación madrileña del Taxi vs Uber Technologies Inc. Id. Cendoj 28079470022 014200001.

incluso, el Decreto 74/2005, de 28 de julio, de la Comunidad de Madrid, que aprueba el Reglamento de los Servicios de Transporte Público Urbano en los automóviles de turismo e, incluso, la Ordenanza Municipal del Taxi que, a estos efectos, resulta relevante por el contenido y límites de la prestación del servicio, incluidas sus tarifas.

Adicionalmente a las impuestas al profesional durante la fase precontractual, la normativa de protección al consumidor establece una serie de obligaciones que vinculan al empresario —en este caso a la persona que presta servicios de abogado sin ostentar titulación alguna o título bastante para ello— y que consisten en unas actuaciones que, por la propia definición de la actividad descrita, van a ser incumplidas y, por tanto, nos encontraremos ante una infracción de la normativa de protección de los consumidores y usuarios. En particular nos referimos al artículo 60 del Texto Refundido 1/2007, el cual obliga al empresario o profesional a informar al consumidor, con carácter previo a su vinculación contractual con él, de algunos extremos entre los que se encuentran los de *facilitarle de forma clara y comprensible, salvo que resulte manifiesta por el contexto, la información relevante, veraz y suficiente sobre las características principales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas*.

El refuerzo de las medidas de control previo puede resultar de gran utilidad para la prevención y detección de casos de intrusismo. No en vano la Ley 34/2002, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSI), ya incluyó una obligación e información para los prestadores de servicios que ejercen, por vía telemática, servicios que requieren de una colegiación previa. En este caso, el artículo 10.1 de la citada Ley señala que sin perjuicio de los requisitos que en materia de información se establecen en la normativa vigente, el prestador de servicios de la sociedad de la información estará obligado a disponer de los medios que permitan, tanto a los destinatarios del servicio como a los órganos competentes, acceder por medios electrónicos, de forma permanente, fácil, directa y gratuita, a una serie de información, entre la que se encuentra el nombre o denominación social, los datos de inscripción en el registro mercantil y otra información de carácter general. Y para el caso de que su actividad estuviese sujeta a un régimen de autorización administrativa previa, será preciso incluir los datos relativos a dicha autorización y los identificativos del órgano competente encargado de su supervisión.

La letra d) del citado artículo, añade una serie de obligaciones de información en aquellos casos en que se ejerza una profesión regulada, en cuyo caso el prestador de servicios deberá indicar la siguiente información:

- 1º Los datos del Colegio profesional al que, en su caso, pertenezca y número de colegiado.
- 2º El título académico oficial o profesional con el que cuente.
- 3º El Estado de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo en el que se expidió dicho título y, en su caso, la correspondiente homologación o reconocimiento.
- 4º Las normas profesionales aplicables al ejercicio de su profesión y los medios a través de los cuales se puedan conocer, incluidos los electrónicos.

A lo anterior, cabe añadir que el artículo 10.1 también menciona la siguiente información:

- e) *El número de identificación fiscal que le corresponda.*

Estas referencias a la normativa de protección del consumidor deben ser puestas en relación con las obligaciones que impone la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, en la cual ya se recogen una serie de requisitos de transparencia, información y comunicación de determinados extremos relacionados con la naturaleza y prestación de la actividad profesional que se desarrolla, y que son perfectamente aplicables a la abogacía²¹.

Tales medidas, no obstante, podrían complementarse con exigencias adicionales de ordenación y control que, al igual que ya ocurre con la publicación de un censo actualizado de abogados, pueden coadyuvar a dificultar el intrusismo profesional en el sector de la abogacía. Nos referimos, por ejemplo, a la concesión de algún tipo de símbolo que permita a los consumidores identificar fácilmente al profesional abogado, la realización de campañas de concienciación al público en general sobre la importancia de acudir a un abogado colegiado, o al control, por parte del Consejo General de la Abogacía Española, del correcto uso de signos distintivos y nombres de dominio (como es el caso de los nuevos dominios de primer nivel abogado a partir del mes de octubre de 2015), de manera que se garantice que aquellos profesionales que usan en el mercado dichos signos lo hagan con una validación previa por parte de este organismo.

Por último, cabe destacar la referencia que hace la Ley catalana 7/2006, de 31 de mayo, del ejercicio de profesiones tituladas y de los colegios pro-

²¹ En particular, los artículos 23, 26, 28 y 29.

fesionales, cuando en su artículo 15.2 señala que “el régimen disciplinario de las profesiones tituladas no colegiadas es ejercido por la Administración de la Generalidad. También es ejercido por la Generalidad en el caso de profesionales que tengan la obligación de estar colegiados y no la cumplan, o de las empresas y entidades que contraten profesionales en este supuesto”. Esto es, en el caso del ejercicio profesional por parte de una persona incumpliendo su obligación de estar colegiado, será la Administración Pública quien ejercerá la potestad sancionadora, reservando a los Colegios Profesionales el régimen disciplinario colegial, aplicable solo a los profesionales colegiados, que se fundamenta en el incumplimiento de sus deberes por razón de su pertenencia a la respectiva corporación.

8. CONCLUSIONES

- El intrusismo profesional es una actividad tipificada como delito, por lo que en caso de cumplir con los requisitos establecidos en el Código Penal puede perseguirse a través del procedimiento establecido a tal efecto.
- A estos efectos, ostentan legitimación activa, tanto la parte afectada como las propias instituciones colegiales en cuyo territorio se lleven a cabo las actuaciones que dan lugar a la situación de intrusismo.
- El Consejo General, al igual que los Colegios de Abogados, son corporaciones de derecho público sujetos al derecho administrativo en cuanto ejerzan potestades públicas que tengan encomendadas. En este sentido, podrían ejercer funciones sancionadoras contra aquellos profesionales que incumplan las obligaciones legalmente establecidas en lo que a la ordenación profesional se refiere.
- En todo caso, la normativa represora de la competencia desleal sanciona actividades que pueden encuadrarse dentro de las prácticas típicas del intrusismo profesional, por lo que quedan igualmente expeditas las acciones recogidas en el artículo 32 de la Ley 3/1991, de Competencia Desleal.
- Dicha vía, que resulta aplicable tanto a las acciones ya iniciadas por parte del profesional intruso, como contra las previas de promoción y publicidad, reconoce la legitimación activa a cualquier interesado, lo que permite —igualmente— a las instituciones representativas de la abogacía el inicio de un procedimiento contra dichas personas.

- También las prácticas intrusivas parecen estar contempladas como infracción de la normativa de protección de los consumidores y usuarios, por lo que la vía administrativa, a través de la presentación de la correspondiente reclamación ante los organismos de consumo, no sólo es viable sino que, además, es recomendable.
- Tales medidas de ordenación y control pueden complementarse a través del establecimiento de organismos que velen por la corrección de las actividades publicitarias del colectivo, de la intervención del Consejo General previa a la concesión definitiva de un nombre de dominio.abogado, o iniciativas similares en colaboración con los organismos de protección de los derechos de los consumidores.

Entrada y registro de despachos de abogados

(Informe 08/2015)

1. OBJETO DEL INFORME

Por el Consejo General de la Abogacía Española se ha solicitado a su Comisión Jurídica Asesora la elaboración de un informe sobre las diversas cuestiones que se suscitan en relación con la entrada y registro de un despacho de abogados, siempre en orden a la mejor protección de los diversos intereses que confluyen en el caso.

Según se nos ha informado, esta cuestión ya había sido objeto de preocupación previa del Consejo General de la Abogacía Española en diversos documentos anteriores donde se planteaban —principal o derivadamente— extremos alusivos a las repercusiones que había de tener tal problema desde la distintas ópticas afectadas, que vienen a resumirse sintéticamente en la necesaria integración ponderada de dos principios afectados que no son sino las dos caras del mismo problema: la salvaguarda de la realización de la Justicia mediante el correcto cumplimiento de los mandatos de los jueces y tribunales, junto a la no menos relevante protección del secreto profesional, el cual en último término nos resulta exigido por la más correcta realización de la Justicia.

Bajo las circunstancias anteriores, se pretende aquí ubicar con rigor y precisión el grave supuesto que nos ocupa, coordinándolo con las funciones que corresponden a los Colegios de Abogados (y muy en especial a sus Decanos, como más adelante se verá) tanto respecto de sus colegiados en orden a la mejor protección de los intereses de la profesión como en atención a los consumidores y usuarios de los servicios que presta la abogacía a la sociedad.

Especial relevancia reviste el encargo en la medida en que, pese a ser una materia tan delicada, el derecho positivo no contiene previsiones específicas suficientes que cubran todos los perfiles de la cuestión considerada (datando la mayor parte de 1885, pese a haber sido objeto de revisión parcial muy reciente). Por ello se ha querido ordenar el análisis del problema trazando una serie sucesiva de perfiles que deben examinarse, a modo de círculos concéntricos de protección sucesiva, tratando así de centrar de modo claro las muchas realidades concernidas por el problema. La enumeración y recordatorio de los círculos se realiza guiados por la premisa última de mejora de la asistencia al derecho de los colegiados afectados, lo

cual en último término tiene que ver con la mejor protección de los clientes a los que representan, siempre de la mano de la eficaz colaboración con los Colegios de Abogados, cuyo Decano —como se verá— tiene mucho que ver personalmente en este asunto.

Lo que sigue es el resultado de nuestro trabajo.

2. INVOLABILIDAD DEL DOMICILIO Y ACCESO A LUGARES CERRADOS: LA TENSIÓN ENTRE EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL Y LA RESERVA LEGAL

De entre los “*Derechos y libertades*” que integran el Capítulo II del Título I de la Constitución de 1978 y muy a renglón seguido de la proclamación de la igualdad de todos los españoles ante la ley del artículo 14, resulta unánimemente reconocido que el núcleo último de la protección constitucional del ciudadano (en nuestro caso, el primero y más general de los anillos concéntricos de protección de los que hablábamos más arriba) descansa en una limitada serie de preceptos (contenidos muy especialmente en la Sección 1^a de ese Capítulo II, significativamente intitulada “*De los derechos fundamentales y las libertades públicas*” de los artículos 15 a 29).

Sólo estos preceptos permiten a cualquier ciudadano (en inequívoca garantía de tales libertades y derechos fundamentales) recabar su tutela ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, de conformidad con la previsión del 53.2 de la Constitución.

En el núcleo de esa regulación cualificadamente protegida se encuentra el artículo 18, donde se reconocen el derecho a “*la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*” del apartado 1, y su correlato natural, la inviolabilidad del domicilio. En similar sentido se pronuncian el artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos o el 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los cuales establecen el derecho de toda persona a no ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada. Y en similar sentido se pronuncia el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales en su artículo 8.1 cuando reconoce el derecho de toda persona al respeto de su vida privada y familiar, junto al de su domicilio y su correspondencia.

Correlato de la protección a dispensar será el deber de secreto profesional, perfectamente descrito por el Código Deontológico de la Abogacía de 2002 cuyo artículo 5 lo desarrolla. Su apartado 8 es clarificador:

"8. El secreto profesional es un derecho y deber primordial de la Abogacía. En los casos excepcionales de suma gravedad en los que, la obligada preservación del secreto profesional, pudiera causar perjuicios irreparables o flagrantes injusticias, el Decano del Colegio aconsejará al Abogado con la finalidad exclusiva de orientar y, si fuera posible, determinar medios o procedimientos alternativos de solución del problema planteado ponderando los bienes jurídicos en conflicto. Ello no afecta a la libertad del cliente, no sujeto al secreto profesional, pero cuyo consentimiento por sí solo no excusa al Abogado de la preservación del mismo".

Por su parte, la proclamación del artículo 18.2 de la Constitución es una consecuencia lógica de la antes proclamada intimidad personal y familiar. De igual modo complementan tal regulación las prevenciones de los apartados 3 y 4: se garantiza el secreto de las comunicaciones (en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas) salvo resolución judicial y se dispone que la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.

Reza así, literalmente, el precepto:

"El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito".

Dos son los principios básicos: se garantiza la inviolabilidad del domicilio (zona exenta o inmune de cualquier inmisión externa) y se garantiza que no se podrá afectar al mismo, salvo casos de flagrante delito, con el consentimiento del afectado o con una autorización judicial (en este sentido hay una constante doctrina del Tribunal Constitucional, entre otras la temprana STC 22/1984, de 17 de febrero, entre otras muchas posteriores).

Pues bien, el domicilio de prestación de servicios (el despacho de abogados, en nuestro caso) no es sino una proyección profesional de esta privilegiada consideración constitucional.

Así lo ha entendido la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (caso Petri Sallinen *Sallinen y otros v. Finlancia*, de 27 de septiembre 2005) donde se afirma que el concepto de "domicilio" puede incluir "*el despacho profesional de una empresa dirigida por una persona privada, así como las oficinas de personas jurídicas, sedes y otros locales de negocio*". Veremos, en definitiva, como la interpretación del artículo 8.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales

(“*Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia*”). confirma nuestra interpretación, como lo ha hecho reiteradamente el citado Tribunal.

Y todo queda reenviado a la previsión legal, de donde nos acercamos más a cual sea la regulación positiva más cercana a nuestro problema. La cuestión surge, sentado todo lo anterior, cuando la previsión legal data de hace más de un siglo y estaba construida para otra sociedad.

3. PRESUPUESTOS LEGALES COMUNES A TODA ENTRADA Y REGISTRO

3.1. El mandato judicial como exigencia previa

Solo mediante un mandato judicial puede procederse a la entrada y registro domiciliarios, por la muy especial gravedad de los derechos concernidos.

Desde siempre el Tribunal Constitucional reiteraba esta exigencia y marcaba definitivamente uno de los requisitos ineludibles de la entrada y registro (STC 133/1995, de 25 de septiembre de 1995):

“... este Tribunal Constitucional no puede abdicar de su condición de guardián último de las garantías constitucionales que le encomienda la Constitución [arts. 123 y 161.1 b)]. En lo dicho hay un aspecto que por tener a primera vista, prima facie, relevancia constitucional bien pudiera vaciar de contenido la conclusión obtenida por la Audiencia Provincial y el Tribunal Supremo. En efecto, la piedra angular de la construcción lógica, en sí misma inatacable aquí y ahora, es la entrada y registro en el domicilio del acusado, a la cual se tacha de inválida por haber sido practicada con autorización judicial, pero sin la presencia de Secretario Judicial, alegato que merece la máxima atención por afectar simultáneamente a dos derechos fundamentales. Uno de ellos, la inviolabilidad del domicilio, lugar de la residencia habitual, según definición legal (art. 40 C.C.), que acota el espacio donde el individuo vive, señor de ella, como el Rey de sus “alcabalas”, sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales, haciéndolo con la libertad más espontánea y, por ello, su protección tiene un carácter instrumental para la defensa del ámbito en el cual se desarrolla la vida privada. Existe, pues, un nexo de tal sacrailidad del domicilio que veda toda intromisión y, en concreto, la entrada y el registro en él y de él, con el derecho a la intimidad, por lo demás contenido en el mismo precepto que el otro (art. 18.1 y 2 C.E.). Sin embargo, este derecho fundamental no es absoluto y limita con los demás derechos y los derechos de los demás (SSTC 15/1993 y 170/1994) y, por ello, su protección constitucional puede ceder en determinadas circunstancias, como son el consentimiento del titular, estar cometiendo un delito flagrante y la autorización judicial, a guisa de garantía. Esta autorización, vista desde la perspectiva de quien ha de usarla, o ese mandamiento para quien ha de sufrir la intromisión, consiste en un acto de comprobación donde se ponderan las circunstancias concurrentes y los intereses

en conflicto, público o privado, para decidir en definitiva si merece el sacrificio de este, con la limitación consiguiente del derecho fundamental (STC 50/1995)".

Este mandato, en nuestro caso de entrada y registro de despachos de abogados, debe contener la suficiente y completa motivación como para permitir que la actuación deba ser —cualificadamente a la vista de los muy especiales bienes jurídicos a proteger— proporcionada al caso de que se ocupa, garantista de los derechos de los clientes del abogado no afectados por la medida y consciente de la necesaria ponderación de diversos intereses en juego, igualmente susceptibles de amparo constitucional.

3.2. Entrada y registro en sede de jurisdicción penal

La Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica enfatiza el entronque constitucional cuando todo el Título VIII se redenomina pasando a llamarse, mucho más apropiadamente para subrayar el origen superior del derecho protegido: *"De las medidas de investigación limitativas de los derechos reconocidos en el artículo 18 de la Constitución"*.

La técnica normativa mejora y reafirma la obligada e indispensable protección del interés legítimo protegido. El antaño genérico Título VIII (ahora con la nueva denominación más arriba señalada) se divide en Capítulos, pasando a llamarse el I (que aquí más directamente nos concierne) *"De la entrada y registro en lugar cerrado"* englobando los antiguos artículos 545 a 572, cuyo contenido se respeta.

Consta de una regla general (la absoluta prohibición de entrada del 545 Lecr.: *"Nadie podrá entrar en el domicilio de un español o extranjero residente en España sin su consentimiento, excepto en los casos y en la forma expresamente previstos en las leyes"*) y unas excepciones, restrictivamente interpretables.

Como presupuesto de la entrada no basta cualquiera, debiendo (546 Lecr.) verificarse la concurrencia del mandato motivado del Juez y la falta de consentimiento del interesado:

"Podrá asimismo el Juez instructor ordenar en los casos indicados en el artículo 546 la entrada y registro, de día o de noche, si la urgencia lo hiciere necesario, en cualquier edificio o lugar cerrado o parte de él, que constituya domicilio de cualquier español o extranjero residente en España, pero precediendo siempre el consentimiento del interesado conforme se previene en el artículo 6.º de la Constitución, o a falta de consentimiento, en virtud de auto motivado, que se notificará a la persona interesada inmediatamente, o lo más tarde dentro de las veinticuatro horas de haberse dictado".

No se olvide que, trabajando sobre un texto original de 1885 (incólume en esta parte, lo que excusa mayor desarrollo) el artículo 6º al que se refiere es el de la Constitución de 1876, debiendo entenderse hecha la referencia actual al 18.2 de la Constitución de 1978.

La prestación del consentimiento (extremo de singular interés habilitador para permitir la entrada en el domicilio del letrado) puede ser expresa o tácita, entendiéndose por tales (artículo 551 Leqr.)

“Se entenderá que presta su consentimiento aquel que, requerido por quien hubiere de efectuar la entrada y registro para que los permita, ejecuta por su parte los actos necesarios que de él dependan para que puedan tener efecto, sin invocar la inviolabilidad que reconoce al domicilio el artículo 6.º de la Constitución del Estado”.

Y hallamos a continuación una regla muy útil, probablemente poco recordada y que conviene tener muy presente para el caso que nos ocupa. Está en el artículo 552 Leqr. y luego volveremos de nuevo sobre ella:

“Al practicar los registros deberán evitarse las inspecciones inútiles, procurando no perjudicar ni importunar al interesado más de lo necesario, y se adoptarán todo género de precauciones para no comprometer su reputación, respetando sus secretos si no interesaren a la instrucción”.

Solo muy excepcionalmente puede procederse por los agentes de policía sin autorización judicial (artículo 553 Leqr.) a una entrada y registro en despacho de abogados como la que estamos considerando. Y en todo caso dando cuenta al juez de forma inmediata:

“Los Agentes de policía podrán asimismo proceder de propia autoridad a la inmediata detención de las personas cuando haya mandamiento de prisión contra ellas, cuando sean sorprendidas en flagrante delito, cuando un delincuente, inmediatamente perseguido por los Agentes de la autoridad, se oculte o refugie en alguna casa o, en casos de excepcional o urgente necesidad, cuando se trate de presuntos responsables de las acciones a que se refiere el artículo 384 bis, cualquiera que fuese el lugar o domicilio donde se ocultasen o refugiasen, así como al registro que, con ocasión de aquélla, se efectúe en dichos lugares y a la ocupación de los efectos e instrumentos que en ellos se hallasen y que pudieran guardar relación con el delito perseguido.

Del registro efectuado, conforme a lo establecido en el párrafo anterior, se dará cuenta inmediata al Juez competente, con indicación de las causas que lo motivaron y de los resultados obtenidos en el mismo, con especial referencia a las detenciones que, en su caso, se hubieran practicado. Asimismo, se indicarán las personas que hayan intervenido y los incidentes ocurridos”.

La consideración de lo que deba reputarse como “*domicilio*” engloba naturalmente lo que aquí examinamos como domicilio social de un despacho de abogados. Está en el artículo 554 Leqr. y procede de la reforma operada por la Ley 37/2011, de 10 de octubre:

"Se reputan domicilio, para los efectos de los artículos anteriores:

1º...

2.º El edificio o lugar cerrado, o la parte de él destinada principalmente a la habitación de cualquier español o extranjero residente en España y de su familia.

3.º...

4.º Tratándose de personas jurídicas imputadas, el espacio físico que constituya el centro de dirección de las mismas, ya se trate de su domicilio social o de un establecimiento dependiente, o aquellos otros lugares en que se custodien documentos u otros soportes de su vida diaria que quedan reservados al conocimiento de terceros".

En el ámbito de interpretación sumamente protector de los derechos individuales (como entendemos debe ser) se inscribe la Sentencia del Tribunal Constitucional 10/2002, de 17 de enero de 2002 la cual responde a la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Audiencia Provincial de Sevilla respecto del art. 557 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y que supuso la derogación del precepto por apreciar como vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio la posibilidad que fijaba dicho precepto de permitir la entrada y registro en las habitaciones de un hotel.

En dicho pronunciamiento se recogen interesantes apreciaciones sobre el derecho a la inviolabilidad del domicilio, igualmente aplicables al caso que nos ocupa. Se dijo en la citada STC 10/2002:

"Como hemos afirmado, el art. 18.2 CE garantiza la interdicción de la entrada y registro en el domicilio, estableciendo que, en ausencia de consentimiento de su titular de flagrante delito, sólo es constitucionalmente legítima la entrada y registro efectuada con resolución judicial autorizante. Dicha exigencia de autorización judicial constituye un requisito de orden preventivo para la protección del derecho (por todas, SSTC 160/1991, de 18 de julio, FJ 8; 126/1995, de 25 de julio, FJ 2; 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 10) que no puede ser excepcionado, puesto que las excepciones constitucionales a la interdicción de entrada y registro tienen carácter taxativo (SSTC 22/1984, de 17 de febrero, FJ 3; 136/2000, de 29 de mayo, FJ 3).

Por consiguiente, ninguna justificación puede tener, desde la perspectiva constitucional, la exclusión de la autorización judicial de espacios que han de considerarse, de conformidad con el art. 18.2 CE, domicilio de una persona física".

La obligada fundamentación del auto de entrada resulta inapelable (artículo 558 Lecr.):

"El auto de entrada y registro en el domicilio de un particular será siempre fundado, y el Juez expresará en él concretamente el edificio o lugar cerrado en que haya de verificarse, si tendrá lugar tan sólo de día y la Autoridad o funcionario que los haya de practicar".

Sobre el modo de proceder a la correcta práctica de la notificación interesa el detalle general del artículo 566 Lecr.:

"Si la entrada y registro se hubieren de hacer en el domicilio de un particular, se notificará el auto a éste; y si no fuere habido a la primera diligencia en busca, a su encargado.

Si no fuere tampoco habido el encargado, se hará la notificación a cualquier otra persona mayor de edad que se hallare en el domicilio, prefiriendo para esto a los individuos de la familia del interesado.

Si no se halla a nadie, se hará constar por diligencia, que se extenderá con asistencia de dos vecinos, los cuales deberán firmarla".

Con las siguientes particularidades previas a nuestro caso, llegando en su caso a regular el auxilio de la fuerza (artículo 567 Lecr.):

"Desde el momento en que el Juez acuerde la entrada y registro en cualquier edificio o lugar cerrado, adoptará las medidas de vigilancia convenientes para evitar la fuga del procesado o la sustracción de los instrumentos, efectos del delito, libros, papeles o cualesquiera otras cosas que hayan de ser objeto del registro".

Añade por su parte el 568 Lecr.:

"Practicadas las diligencias que se establecen en los artículos anteriores, se procederá a la entrada y registro, empleando para ello, si fuere necesario, el auxilio de la fuerza".

Y detallando el modo en que ha de practicarse el registro, lo que reviste singular interés para nuestra situación, como luego se verá (artículo 569 Lecr.):

"El registro se hará a presencia del interesado o de la persona que legítimamente le represente.

Si aquél no fuere habido o no quisiese concurrir ni nombrar representante, se practicará a presencia de un individuo de su familia mayor de edad.

Si no le hubiere, se hará a presencia de dos testigos, vecinos del mismo pueblo.

El registro se practicará siempre en presencia del Secretario del Juzgado o Tribunal que lo hubiera autorizado, o del Secretario del servicio de guardia que le sustituya, quien levantará acta del resultado, de la diligencia y de sus incidencias y que será firmada por todos los asistentes. No obstante, en caso de necesidad, el Secretario judicial podrá ser sustituido en la forma prevista en la Ley Orgánica del Poder Judicial. La resistencia del interesado, de su representante, de los individuos de la familia y de los testigos a presenciar el registro producirá la responsabilidad declarada en el Código Penal a los reos del delito de desobediencia grave a la Autoridad, sin perjuicio de que la diligencia se practique.

Si no se encontrasen las personas u objetos que se busquen ni apareciesen indicios sospechosos, se expedirá una certificación del acta a la parte interesada si la reclamare".

Se completa la regulación general, en fin, con una serie de precisiones formales adicionales sobre tiempo, espacio y modo de practicar el registro. Son los artículos 570, 571 y 572 Lecr. En el primero de ellos se determina que

“Cuando el registro se practique en el domicilio de un particular y expire el día sin haberse terminado, el que lo haga requerirá al interesado o a su representante, si estuviere presente, para que permita la continuación durante la noche. Si se opusiere, se suspenderá la diligencia, salvo lo dispuesto en los artículos 546 y 550, cerrando y sellando el local o los muebles en que hubiere de continuarse, en cuanto esta precaución se considere necesaria para evitar la fuga de la persona o la sustracción de las cosas que se buscan.

Prevendrá asimismo el que practique el registro a los que se hallen en el edificio o lugar de la diligencia que no levanten los sellos, ni violenten las cerraduras, ni permitan que lo hagan otras personas, bajo la responsabilidad establecida en el Código Penal”.

Por su parte el Artículo 571 Lecr. y en cuanto a la duración del registro establece que “*no se suspenderá sino por el tiempo en que no fuere posible continuarle, y se adoptarán, durante la suspensión, las medidas de vigilancia a que se refiere el artículo 567*”.

Muy importante papel cumple el acta que se levante, a cuyo efecto previene el artículo 572 Lecr. que

“En la diligencia de entrada y registro en lugar cerrado, se expresarán los nombres del Juez, o de su delegado, que la practique y de las demás personas que intervengan, los incidentes ocurridos, la hora en que se hubiese principiado y concluido la diligencia, y la relación del registro por el orden con que se haga, así como los resultados obtenidos”.

Reténgase la mención a “*los incidentes ocurridos*” como portillo de entrada a otras actuaciones sobre las que volveremos más adelante.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal recoge relevantes precisiones respecto a la aprensión de la documentación de aquél en cuyo domicilio o despacho se entra y registra, bien que no distingue entre tales papeles si alguno de ellos pudiera contener secretos profesionales. Establece así el 573:

“No se ordenará el registro de los libros y papeles de contabilidad del procesado o de otra persona sino cuando hubiere indicios graves de que de esta diligencia resultará el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa”.

Tales son los elementos centrales de la entrada y registro, la mayor parte de los cuales datan (y la propia terminología de la descripción así lo refleja) de la redacción original de una Ley de Enjuiciamiento Criminal. Tratemos de apreciar qué hay en ellos de útil —que lo hay— para mejor servir al propósito de indagar aún más lo que conviene a la mejor atención de los intereses de la abogacía del S. XXI construyendo el encaje de nuevas doctrinas e interpretaciones sobre los viejos preceptos. Sobre ello se volverá más adelante.

3.3. Entrada y registro en el ámbito jurisdiccional civil. Otros supuestos de entrada y registro (Administración tributaria, Competencia, etc...). Actuaciones posteriores a las que debe extenderse la garantía

Pero no solo en el ámbito jurisdiccional penal existe la posibilidad de entrada y registro de domicilio (incluido el profesional), debiendo recordarse la posibilidad contemplada en el artículo 261 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil ((tras la reforma del artículo 1.4 de la Ley 19/2006, de 5 de junio) relativa a la “*Negativa a llevar a cabo las diligencias*” en el que se prevé (dentro del ámbito de las diligencias preliminares del proceso) que si la persona citada y requerida no atendiese el requerimiento ni formulare oposición, el tribunal acordará, cuando resulte proporcionado, las siguientes medidas, por medio de un auto, en el que expresará las razones que las exigen:

“...

2.ª *Si se hubiese solicitado la exhibición de títulos y documentos y el tribunal apreciase que existen indicios suficientes de que pueden hallarse en un lugar determinado, ordenará la entrada y registro de dicho lugar, procediéndose, si se encontraren, a ocupar los documentos y a ponerlos a disposición del solicitante, en la sede del tribunal.*

3.ª *Si se tratase de la exhibición de una cosa y se conociese o presumiese fundadamente el lugar en que se encuentra, se procederá de modo semejante al dispuesto en el número anterior y se presentará la cosa al solicitante, que podrá pedir el depósito o medida de garantía más adecuada a la conservación de aquélla.*

4.ª ...

5.ª *Tratándose de las diligencias previstas en el artículo 256.1.6.º, ante la negativa del requerido o de cualquier otra persona que pudiera colaborar en la determinación de los integrantes del grupo, el tribunal ordenará que se acuerden las medidas de intervención necesarias, incluida la de entrada y registro, para encontrar los documentos o datos precisos, sin perjuicio de la responsabilidad penal en que se pudiera incurrir por desobediencia a la autoridad judicial. Igualas medidas ordenará el tribunal en los casos de los números 5 bis, 7.º y 8.º del apartado 1 del artículo 256, ante la negativa del requerido a la exhibición de documentos*”. (los subrayados son nuestros)

Tampoco resulta baladí considerar que una cuestión de inconstitucionalidad deducida frente a la nueva redacción del precepto fue inadmitida por el Tribunal Constitucional mediante su sentencia 222/2012, de 27 de noviembre de 2013.

En todo caso, no existiendo previsiones expresas respecto a este ámbito jurisdiccional más allá de las indicadas, nada impide que —habida cuenta de la gravedad de la intervención en los derechos fundamentales de los profesionales y el carácter integrador que debe guardar todo el ordenamiento jurídico entre si— se solicite la aplicación supletoria de los demás efectos tuitivos derivados de la intervención en el ámbito penal.

Por su parte, la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria establece en su artículo 113 la obligada autorización judicial para la entrada en el domicilio de los obligados tributarios.

“Cuando en los procedimientos de aplicación de los tributos sea necesario entrar en el domicilio constitucionalmente protegido de un obligado tributario o efectuar registros en el mismo, la Administración tributaria deberá obtener el consentimiento de aquél o la oportuna autorización judicial”

En el caso de la inspección de tributos la medida debe ser proporcionalmente ajustada al fin que se persigue sin que exista otra alternativa menos gravosa, pues cuando los fines de la ejecución administrativa pueden igualmente alcanzarse sin entrar en el domicilio, la entrada no debe autorizarse, debiendo requerirse que la entrada solicitada ha de ser efectivamente necesaria por la actividad de ejecución, esto es, idónea para el fin pretendido. No se olvide en ningún momento la prohibición de la arbitrariedad en el ejercicio de los poderes públicos, proclamada por el artículo 9 de la Constitución, resultando que las medidas restrictivas de los derechos fundamentales han de reducirse al mínimo indispensable adoptando en su ejecución las cautelas imprescindibles al efecto, bajo la salvaguardia del órgano jurisdiccional (entre otras muchas las SSTC 22/1984, 137/1985, y 7/1992).

Igualas consideraciones cabría hacer respecto de aquéllos supuestos en que las actuaciones no hayan sido realizadas por la inspección de tributos sino por otro órgano inspector dotado de poderes especiales, como puede ser por ejemplo la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el ejercicio de sus funciones. Así lo establece el artículo 27.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, atribuyendo al “*personal habilitado*” las siguientes facultades de inspección:

a) Acceder a cualquier local, instalación, terreno y medio de transporte de las empresas y asociaciones de empresas y al domicilio particular de los empresarios, administradores y otros miembros del personal de las empresas. Asimismo podrán controlar los elementos afectos a los servicios o actividades que los operadores o quienes realicen las actividades a las que se refiere esta Ley, de las redes que instalen o exploten y de cuantos documentos están obligados a poseer o conservar.

Lo anterior queda sometido, no podía ser de otro modo, al “*previo consentimiento expreso del afectado o, en su defecto, la correspondiente autorización judicial*” a la cual se refiere el apartado 4 del mismo precepto, cuando establece que:

“Si la empresa o asociación de empresas se opusieran a una inspección o existiese el riesgo de tal oposición, el órgano competente de la Comisión deberá solicitar la correspondiente autorización judicial, cuando la misma implique restricción de derechos fundamentales, al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, que resolverá en el plazo máximo de 48 horas. Las autoridades públicas prestarán la protección y el auxilio necesario al personal de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia para el ejercicio de las funciones de inspección”.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ya ha tenido ocasión de incidir en este aspecto, recordando las limitaciones a los poderes inspectores de las autoridades de competencia, con ocasión de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Segunda, de 18 de junio de 2015 (asunto Deutsche Bahn):

“Por otra parte, según reiterada jurisprudencia las facultades de verificación que la Comisión tiene conferidas están perfectamente delimitadas, ya se trate de la exclusión del ámbito de investigación de los documentos que no sean de carácter profesional, del derecho a asesoramiento jurídico, de la confidencialidad de la correspondencia entre abogado y cliente o incluso de la obligación de motivación de la decisión de inspección y de la posibilidad de interponer un recurso ante los tribunales de la Unión (véase, en este sentido, la sentencia Roquette Frères, C94/00, EU:C:2002:603, apartados 44 a 50)”.

Finalmente, sea cual sea el modo en que se obtenga y practique la entrada y registro, no debe olvidarse que cabría plantear la exigencia de garantías no solo en cuanto a la práctica del mismo sino en el posterior desprecinto de los documentos ocupados en tales registros, puesto que puede ser ese el momento en que se afecte al deber de secreto profesional.

3.4. Motivación suficiente por tratarse de una limitación de un derecho fundamental

Aunque pudiera parecer una obviedad, conviene destacar nuevamente que la resolución judicial sólo puede cumplir su función en la medida en que esté motivada, constituyendo la motivación parte esencial de la resolución judicial misma (entre otras las SSTC 126/1995, de 25 de julio y SSTC 290/1994, de 27 de octubre).

Ese cualificado requisito de motivación puede que no sea un elemento de oposición a la acción ejecutiva de la intervención judicial pero se erige en sustancial vía de verificación de que la actuación judicial ha operado como *“garantía de la excepcionalidad de la injerencia permitida por el art. 18.2 CE y, en todo caso, como garantía de la proporcionalidad de la restricción de todo de-*

recho fundamental" (STC 8/2000, de 17 de enero, que recoge otras muchas anteriores).

3.5. Falta de consentimiento del interesado

Junto a aquéllos supuestos en que media el delito flagrante, como legitimador de la intervención inmediata de la acción policial y judicial, en aquéllos otros supuestos en que media consentimiento del afectado (bien de forma expresa o tácita) queda excluida la operatividad de las medidas indicadas, toda vez que la expresa voluntad del interesado conduce a una muy diferente apreciación de los intereses en conflicto.

Puede verse en el sentido anterior la sentencia 175/2014, de 3 de noviembre de 2014 del Tribunal Constitucional (FJ 4) precisamente relativa al 261 LEC en el ámbito civil

"De lo expuesto, se deduce que el demandante de amparo no sólo no reaccionó procesalmente de manera tempestiva ante el Auto que acordaba la entrada y registro domiciliario, sino que se aquietó a que se llevara a cabo el anunciado registro en su domicilio, al no denunciar, conociendo el recurso útil para ello, las supuestas vulneraciones que, advertidas por el demandante de amparo con carácter previo a la entrada, sólo fueron alegadas tras el mismo. Conviene recordar que dicho registro estaba previsto prácticamente con un mes de antelación, pues la diligencia de entrada y registro, señalada para el día 16 de febrero de 2006, fue acordada por el Auto de 16 de enero de 2006 que fue notificado el día 19 del mismo mes y año. No pasó desapercibida esta estrategia procesal al órgano judicial que, en el Auto de 7 de abril de 2006, que resolvía el recurso de reposición interpuesto una vez consumada la entrada y registro, entiende que con la falta de su interposición tempestiva lo que pretendía el recurrente era buscar "el defecto de forma" (esto es, conseguir la nulidad de lo actuado por defecto de forma, ha de entenderse)".

En todo caso no debe olvidarse que el concepto de "*flagrante delito*" no coincide ni siquiera con el "*conocimiento fundado*" que se pueda pretender del mismo. Esta pretendida interpretación sufrió un importante revés constitucional en cuanto a su apreciación por los fuerzas policiales con ocasión de la aplicación del artículo 21.2 de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, en su versión original, luego precisamente por ello declarado inconstitucional. No conviene olvidar que el precepto en cuestión establecía que:

"A los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, será causa legítima para la entrada y registro en el domicilio por delito flagrante el conocimiento fundado por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que les lleve a la constancia de que se está cometiendo o se acaba de cometer alguno de los delitos que, en materia de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, castiga el Código Penal, siempre que la urgente intervención de los agentes sea necesaria para impedir la consumación del delito, la huida del delincuente o la desaparición de los efectos o instrumentos del delito".

Pues bien, la Sentencia 341/1993, de 18 de noviembre, del Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad del artículo 21.2 de la citada Ley Orgánica, por entender que la amplitud e indeterminación con la que se describe la flagrancia no resulta conforme con lo dispuesto en el artículo 18.2 de la Constitución, a cuyo tenor ninguna entrada o registro en domicilio podrá hacerse sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito.

Tampoco debe olvidarse que la decisión judicial de entrada y registro domiciliario y consiguiente intervención de tales efectos entra dentro del ejercicio ordinario de la potestad jurisdiccional en el curso de un proceso penal y solo puede ser cuestionada por la vía del error judicial (artículo 293.1 de la LOPJ).

3.6. La inviolabilidad del domicilio es predictable tanto de las personas físicas como de las personas jurídicas

En efecto, pudiendo suscitarse la cuestión de si el hecho de estar establecido como persona física o jurídica mediatizase la protección, cabe indicar (más allá del hecho de que todos los colegiados, individual o colectivamente, gozan de igual consideración protectora ante una entrada y registro, duda que despeja por completo la más reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional (STC 54/2015, de 16 de marzo de 2015):

"habida cuenta que la actuación se produce en el domicilio de una persona jurídica, debe recordarse la doctrina de este Tribunal que afirma que el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio es extensivo a las personas jurídicas (por todas, STC 137/1985, de 17 de octubre, FJ 3), si bien no existe una plena correlación entre el concepto legal de domicilio de las personas jurídicas establecido por la legislación mercantil, con el del domicilio constitucionalmente protegido, ya que éste es un concepto "de mayor amplitud que el concepto jurídico privado o jurídico administrativo" (SSTC 22/1984, de 17 de febrero, FJ 2; 160/1991, de 16 de julio, FJ 8, y 50/1995, de 23 de febrero, FJ 5, entre otras)".

4. ASPECTOS PROCESALES DE LA DILIGENCIA DE ENTRADA Y REGISTRO EN LUGAR CERRADO APLICADA A UN DESPACHO DE ABOGADOS

Como hemos indicado más arriba al analizar los artículos 545 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, existen varios de ellos que, aunque sin llegar a la invocación expresa del supuesto que nos ocupa, pueden sustentar una segunda línea de análisis sobre la entrada y registros conside-

rados, ciñéndose más ajustadamente al ámbito profesional de la abogacía. Veremos como, en un análisis comparado con el que quizás sea el más avanzado de nuestros ordenamientos cercanos al respecto (el de Francia, que examina con detalle cuáles sean las prevenciones aplicables) podremos construir una segunda línea concéntrica de protección y seguridad en torno a la actuación de los abogados.

Recordemos a tal efecto lo que nos dice el 552 Lecr.:

“Al practicar los registros deberán evitarse las inspecciones inútiles, procurando no perjudicar ni importunar al interesado más de lo necesario, y se adoptarán todo género de precauciones para no comprometer su reputación, respetando sus secretos si no interesaren a la instrucción”.

Este es el precepto del que podemos derivar las siguientes consideraciones:

4.1. Evitación de inspecciones inútiles

La inutilidad de la inspección tiene que ver no solo con la evitación de registros de documentos o archivos informáticos que nada tienen que ver con la investigación que legitima la intervención sino, entre otros extremos, con la propia duración de la actuación, la cual —ha declarado el Tribunal Constitucional para toda inmisión en domicilio y vale también para nuestro caso— ha de precisar los aspectos temporales de la entrada, no pudiendo quedar a la discrecionalidad unilateral de la Administración el tiempo de su duración (STC 50/1995, de 23 de febrero).

4.2. Evitación de perjuicios innecesarios

Parece ineludible la mención a la obligada atención a que se eviten los perjuicios innecesarios que pueden agravarse por la acción judicial errónea o inidónea. No se olvide tampoco que compete al Colegio instruir o recordar al letrado o letrados afectados por la medida la eventualidad de la obligada protección de los derechos que aquí se invocan, toda vez que interesa a la institución colegial, en último término, disponer cuanto sea necesario para la más efectiva protección del derecho-deber de secreto profesional en una entrada y registro en despacho de abogados de su jurisdicción.

4.3. Adopción de precauciones complementarias

Sin llegar a las garantías adicionales en la inspección (de las que hablaremos en tercer círculo concéntrico de protección de la actividad profesional, que desarrollaremos en el último epígrafe), no parece difícil avanzar una serie de precauciones —cuya salvaguarda última debe descansar en el mayor celo posible por parte de los Colegios Profesionales en la exigencia del respeto a los derechos de los colegiados—

Debe tenerse en cuenta que conviene solicitar una lista de las personas físicas o jurídicas cuyos expedientes o documentación pudieran ser objeto de incautación, a fin de velar por el secreto profesional de los terceros clientes que no guardan relación con el objeto del registro. Muy probablemente en tal caso la comitiva judicial informe a los representantes del Colegio que las actuaciones pueden haber sido declaradas secretas y que únicamente podrá tener conocimiento de las mismas el Ministerio Fiscal. En tales casos conviene hacer constar en el acta de las diligencias que, a la vista de estas circunstancias, no se ha podido garantizar la regularidad en la comprobación de las misiones asignadas a los representantes colegiales en todo aquello que hacía referencia a la función para la cual había sido solicitada su asistencia. El acta, una vez más, debe ser el más firme asidero del ejercicio de los derechos de los colegiales, encabezados nada menos que por su máximo representante territorial.

En definitiva, las circunstancias en que se desarrollan este tipo de diligencias no hacen posible en muchas ocasiones que los representantes colegiales presentes lleven a cabo la función de protección del secreto profesional para la cual habían sido emplazados. En tales casos conviene que, con posterioridad (y como se tiene conocimiento ha sido realizado con ocasión de algún supuesto por algún Colegio) la Junta de Gobierno debe adoptar algún tipo de resolución posterior expresando su preocupación por estos hechos así como su firme compromiso con su responsabilidad de salvaguarda del secreto profesional, recordando que el secreto profesional es un derecho y un deber de los Abogados y constituye un valor esencial inherente al ejercicio profesional de la Abogacía, en cuanto supone en último término una garantía en defensa de los derechos y libertades de los ciudadanos.

4.4. Otras consideraciones de interés

Se contienen muy importantes reflexiones en la STS/Sala 2^a de 25 de febrero de 2004 (Ponente Martín Pallín), donde se hace eco de que el derecho español, a diferencia del francés, no regula de forma específica en el código procesal penal la forma de llevar a cabo la entrada y, sobre todo, el registro del despacho profesional de un Abogado. Reconoce las referencias al tema en el Estatuto General de la Abogacía Española y apunta que la Asamblea de Decanos de los Colegios de Abogados de España propuso un texto que finalmente no pasó a la ley procesal. Se refiere también el TS a la normativa comparada para decir que ésta no encuentra obstáculos a la entrada y registro, siempre que exista la posibilidad de encontrar datos relevantes para la investigación de delitos cometidos por alguno de los clientes del Abogado o cuando sea el Abogado mismo el sospechoso de haberlos cometido. En el caso enjuiciado se da validez a la entrada y registro efectuado tomando en consideración, no sólo que se había resguardado el secreto profesional respecto de aquéllos clientes que no estaban siendo investigados, sino que el registro se había realizado en presencia de una persona que, siendo también letrado, velaba por los intereses del despacho del que formaba parte.

Mucho más preocupante nos parece la posibilidad, común a todos los supuestos anteriores, de la nueva posibilidad introducida por la Ley de Enjuiciamiento Criminal en su artículo 588 septies a (añadido por la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre) con arreglo a la cual se pueden producir registros remotos sobre equipos informáticos. En tales casos, el juez competente podrá autorizar la utilización de datos de identificación y códigos, así como la instalación de un software, que permitan, de forma remota y telemática, el examen a distancia y sin conocimiento de su titular o usuario del contenido de un ordenador, dispositivo electrónico, sistema informático, instrumento de almacenamiento masivo de datos informáticos o base de datos, siempre que persiga la investigación de ciertos delitos (cometidos en el seno de organizaciones criminales; terrorismo; cometidos contra menores o personas con capacidad modificada judicialmente; contra la Constitución, de traición y relativos a la defensa nacional; cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la telecomunicación o servicio de comunicación).

5. SINGULARIDADES Y EXIGENCIAS DE LA ENTRADA EN DESPACHO PROFESIONAL: LA PRESENCIA DEL DECANO DEL COLEGIO

5.1. *Exigencia constitucional de “garantías adicionales en la entrada en despacho profesional”*

Con un claro origen en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Caso Niemietz versus Germany) cabe estimar dicha exigencia dentro de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional (ATC 167/2000, de 7 de julio de 2000). Interesa un análisis profundo de este Auto toda vez que se desprenden de él diversas particularidades que examinaremos muy en detalle, llevándonos cierta luz al caso que nos ocupa, cada vez más particularizado (el subrayado es nuestro):

“... Ninguna lesión del derecho a un proceso con todas las garantías y del derecho a la tutela judicial efectiva puede anudarse a la práctica del registro en el despacho del Abogado coimputado, pues aunque pudiera sostenerse que a la luz de la STEDH en el caso “Niemietz” —de 16 de diciembre de 1992, núm. 75—, el registro en un despacho profesional debe verificarse bajo garantías adicionales a las exigidas en un domicilio de particular, tales como la presencia de un observador independiente cuya función se orienta a preservar el secreto profesional del Abogado, como afirman la Audiencia Provincial y el Tribunal Supremo esta garantía puede considerarse cumplida en el caso examinado, toda vez que estuvo presente en el mismo el Secretario judicial, garante de la fe pública y observador imparcial y ajeno a las partes del proceso...” (el subrayado también es nuestro)

No parece difícil extrapolar este reconocimiento constitucional (fundado en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos) de la obligada introducción de “garantías adicionales” en la práctica de la entrada y registro en el despacho del profesional de la abogacía.

Así queda reconocido no solo en Niemietz contra Alemania (el primero de los pronunciamientos al respecto, que data como queda dicho de 1992) sino también en otros casos posteriores del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como Petri Sallinen y otros v. Finlandia (27 de septiembre de 2005); André y otros v. Francia (24 de julio de 2008) o Xavier Da Silveira v. Francia (21 de enero de 2010). En el caso de Golovan v. Ucrania (5 de julio de 2012) se señala adicionalmente que las medidas de entrada y registro no solo han afectado al secreto profesional sino que han tenido repercusión en su vida privada y en su reputación como abogado, estimando el TEDH que se ha producido tal interferencia en la actividad profesional, considerando que su despacho está cubierto por la consideración de “hogar”.

¿Cuáles han de ser tales garantías adicionales? La falta de positivación de tales mecanismos representa a la vez un problema y una oportunidad. Resulta un problema en la medida en que no hay un elenco de métodos de salvaguarda de los derechos en conflicto. Pero similarmente permite no tener que agotar en un catálogo exhaustivo las posibilidades de atención al profesional cuyo domicilio profesional está siendo objeto de un registro y ofrece la oportunidad de tener en cuenta situaciones cambiantes y nuevas. En la forma expuesta —y en derivación de las ideas que nos deriva nuestro país vecino, más “*adminitrativizado*” en la protección (lo que no quiere decir necesariamente que suponga una mayor protección). Sí parece claro que será siempre conveniente la presencia de un “*observador imparcial*” (que luego examinaremos en nuestro caso bajo la figura del Decano del Colegio de Abogados).

5.2. La obligada salvaguarda del respeto al secreto profesional.

Reconocido, pues, el respeto al secreto profesional, cabe enfatizar el mismo de modo diáfano: aquí se encuentra sin lugar a dudas el otro aspecto central de nuestro estudio.

Procede aquí recordar el contenido del artículo 542 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (precepto añadido por el artículo único 125 de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre), de donde viene el recordatorio último de la obligada atención al secreto profesional:

- “1. Corresponde en exclusiva la denominación y función de abogado al licenciado en Derecho que ejerza profesionalmente la dirección y defensa de las partes en toda clase de procesos, o el asesoramiento y consejo jurídico.
2. En su actuación ante los juzgados y tribunales, los abogados son libres e independientes, se sujetarán al principio de buena fe, gozarán de los derechos inherentes a la dignidad de su función y serán amparados por aquéllos en su libertad de expresión y defensa.
3. 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”.

Los círculos concéntricos de protección convergen en este precepto. Si la salvaguarda del secreto profesional obliga a guardar secreto de todos los hechos y noticias de que se conozcan por razón de cualquier actuación profesional y no se le puede exigir declarar sobre los mismos, mal se compadecería una violación de tal precepto (recogido en una Ley Orgánica) por la vía indirecta de la entrada y registro del despacho en el que se depositan y ordenan tales documentos o informaciones.

La obtención de pruebas de cargo mediante mecanismos que vulneren tales “*garantías adicionales*” o supongan la vulneración de tal derecho ha de colisionar necesariamente con el último valladar de la presunción de inocencia, haciendo naufragar una acusación sustentada sobre tan débiles fundamentos.

5.3. El Decano del Colegio como garantía específica de la entrada y registro del despacho de un abogado

Establece el artículo 32 del Estatuto General de la Abogacía de 2001

“En el caso de que el Decano de un Colegio, o quien estatutariamente le sustituya, fuere requerido en virtud de norma legal o avisado por la autoridad judicial, o en su caso gubernativa, competente para la práctica de un registro en el despacho profesional de un abogado, deberá personarse en dicho despacho y asistir a las diligencias que en el mismo se practiquen velando por la salvaguarda del secreto profesional”.

He aquí un muy relevante precepto legitimador de la asistencia del Colegio de Abogados a sus colegiados, nada menos (por lo excepcional de esta posibilidad) mediante la presencia del Decano o quien le sustituya en la práctica del registro, asistiendo al mismo en obligado cuidado de la “*salvaguarda del secreto profesional*”.

Cierto es que nuestra jurisprudencia constitucional no ha elevado el rango esta asistencia (convirtiéndola en un asidero insustituible del derecho fundamental protegido para el caso de que se refiera a un abogado) en “*exigencia constitucional*”; pero tampoco la ha eludido y, en todo caso, se hace eco de ella.

En la forma indicada y continuando con el ATC 167/2000 examinemos su última reflexión:

*“... De otra parte, la presencia del Decano del Colegio de Abogados, como pretenden los recurrentes, no constituye una exigencia constitucional, dado que este Tribunal ha declarado que “[u]na vez obtenido el mandamiento judicial, la forma en que la **entrada y registro** se practiquen, las incidencias que en su curso puedan producirse..., se mueven siempre en otra dimensión, el plano de la legalidad” (SSTC 133/1995, de 25 de septiembre, FJ 4; 94/1999, de 31 de mayo, FJ 3; 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 11), ni es exigida por la Ley de Enjuiciamiento Criminal”.*

Como se señalara más arriba, la presencia del Decano tiene que ver necesariamente con obligada preservación del secreto profesional de la documentación (física o informática) intervenida, debiendo dar cuenta al juez en persona de cualquier actuación que pueda poner en peligro la misma, consignando igualmente en el acta del registro tales extremos. Es por

ello que debe manifestar su oposición (y hacerla constar así en la oportuna acta) si se aprecia que la acción policial ejecutiva de la judicial excede o desborda los tasados límites a que debe ceñirse. No debe perderse de vista la cualificada función que la Ley atribuye a la presencia del Decano así como la relevante eficacia procesal anulatoria que puede derivar de una extralimitación en la obtención de pruebas de cargo (de las que puede acarrear incluso la nulidad completa de la actuación de registro). No se olvide que existen determinados registros en los que —según observaciones allegadas por parte de algunos Colegios— son los medios de comunicación los primeros que acceden a las inmediaciones del local.

En el caso de que se pretenda una actuación fiscal (relativa a la documentación fiscal personal del abogado, por ejemplo) debe extremarse el celo con el que los inspectores que actúen atiendan los deberes derivados de la más superior protección del secreto profesional. En este tipo de actuaciones fiscales resulta mucho más susceptible de atención el citado deber de secreto, toda vez que una acción indiscriminada contra la documentación del abogado (por ejemplo, haciendo copia de todos los archivos del ordenador) puede convertirse en una violación flagrante de los deberes constitucionales más arriba expuestos.

Y es en este punto donde sorprende una evolución cambiante (y a peor, por desgracia) en la consideración de esta presencia decanal.

Mientras que en la STS (Sala 2^a) de 27 de junio de 1994 se enfatiza que en la entrada y registro en el despacho profesional o bufete de Abogados se deben extremar todas las garantías en cuanto se puede poner en peligro el secreto profesional que constituye el núcleo esencial de la actuación de los letrados (por lo que el EGA exige que la diligencia se ponga en conocimiento del Decano del Colegio para que pueda estar presente o delegar en algún colegiado), para la misma Sala (en STS de 1 de octubre de 1999) la referencia a la presencia del Decano en el registro no se hace en términos tan relevantes, sino que entienden es una obligación de mera cortesía o deferencia. En este caso el TS admitió las objeciones planteadas por la parte recurrente considerando irregular la diligencia practicada pero, no obstante, desestimó el recurso al entender que no se había vulnerado ningún derecho fundamental del afectado.

Como queda dicho, y ello ha de ser tenido en cuenta en todo caso, la ausencia del Decano no supone una afectación de nulidad a lo practicado sin él. Profundizando en la ya antes avanzada STS (Sala 2^a) de 1 de octubre de 1999 se analiza el valor de la presencia del Decano del Colegio de Abogados respectivo en los registros a efectuar en los despachos profesionales de

Abogados, señalándose que los registros y el cuadro de garantías de rigurosa observancia en registros domiciliarios o de despachos y otros edificios viene señalado en el art. 569 LECrim. que determina el sistema de garantías exigibles en la obtención e incorporación de pruebas al juicio penal. Deriva de ahí que la presencia del Decano a que se hace referencia en el Estatuto General en modo alguno es requisito habilitante ni garantizador de derechos, debiéndose interpretar como una cortesía o deferencia, y a ello abunda la propia dicción de la norma del art. 32.2, que ni tan siquiera impone su presencia obligatoria, ya que el párrafo se inicia en un potencial que elimina cualquier tipo de exigencia (*“En el caso de que...”*). Para el TS es claro que no podría ser de otro modo, ya que las obligaciones impuestas a los jueces en relación al proceso, vienen establecidas en la LECrim. en relación al sistema de justicia penal, por lo que se estima que ninguna objeción puede efectuarse al registro efectuado sin la presencia del Decano, cuya legalidad queda garantizada por la presencia del Secretario judicial.

El acta judicial, en definitiva, ha de quedar como reseña legal de lo ocurrido, pudiendo reconstruirse luego con exhaustividad y precisión los hechos en la medida en que hayan sido oportuna y suficientemente recogidos en la misma. En esta línea hay algún Colegio de Abogados (Madrid) que ha llegado a elaborar un Protocolo de asistencia a la diligencia de registro de despacho profesional que, tomando como referencia el modelo francés más arriba descrito, enumera con precisión y detalle toda una serie de prevenciones para la mejor práctica de una diligencia tan grave y lesiva como puede ser la de entrada y registro en tales circunstancias.

Algunas ideas tomadas de tal documento (de relevante interés en este ámbito, obviamente) pasan por postular que la intervención del observador colegial (el Decano o persona en quien delegue) sea activa y no meramente pasiva, pudiendo dejar manifestaciones en el acta; la conveniencia de que la persona que asista, de no ser el Decano, sea algún colegiado especializado y conocedor de la materia penal (con un cierto número de años de experiencia); que tenga presente cuantas opciones de intervención sean más útiles a la protección del secreto profesional; y que se haga detallado seguimiento de las actuaciones posteriores a la realización del registro, cuidando la atención al desprecinto de la documentación intervenida; Mucho más difícil será la práctica de todas estas prevenciones si lo que se permite es un registro remoto por medios informáticos de los que se han descrito más arriba con ocasión del artículo 588 *septies a* de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, supuesto en el cual habrá que dotarse de medios y procedimientos para salvaguardar en todo caso el derecho del colegiado (y del Colegio, en cuanto que garante de la profesión y sus valores y obli-

gaciones), lo que obviamente resultará mucho más difícil, sin que deba renunciarse nunca a ello.

Debe concluirse el estudio, en fin, con una llamada de atención a los responsables colegiales sobre la importancia de reiterar adecuadamente a los colegiados la importancia de cumplir de modo ineludible la obligación, que resulta más de ayuda profesional que puro recordatorio legal, de comunicar suficiente y previsoramente (en la medida que lo permitan las circunstancias) al Colegio y a su Decano la eventualidad del registro, instruyéndose los colegiados en la forma más oportuna para verificar no solo la ineludible exigencia de colaborar con la Administración de Justicia en la práctica del registro sino en la igualmente imprescindible obligación de proteger el secreto profesional a que están legitimados por su cualificada condición de abogado.

6. CONCLUSIONES

Primera. El primer círculo de protección jurídica y presupuesto previo de toda entrada y registro de domicilio, igualmente aplicable al caso de los profesionales de la abogacía y siempre que no medie consentimiento del afectado ni delito flagrante, lo constituye la ineludible existencia de un mandato judicial dictado por juez competente. En todo caso interesa examinar con detalle tales resoluciones en la medida en que deben contener motivación suficiente de la singular acción a emprender cuando se trata de la entrada y registro del despacho de un abogado, a la vista de los demás bienes jurídicos a proteger que convergen en tan cualificado supuesto.

Segunda. Habida cuenta de la consideración restrictiva que debe presidir toda afectación al ámbito de los derechos fundamentales y del carácter integrador que debe guardar el ordenamiento jurídico dentro de si, nada impide la aplicación de los principios protectores contenidos en la legislación de enjuiciamiento criminal a las demás actuaciones invasivas del despacho del abogado que sean adoptadas por otras jurisdicciones.

Tercera. Bajo la estricta consideración de esta actuación respecto a un despacho de abogados podemos señalar, exigida por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la obligada atención de “garantías adicionales” en esta clase de registros, tendentes a proteger el secreto profesional cuya salvaguarda compete no solo al abogado como tal sino a toda la Administración de Justicia. Deben en todo caso evitarse y combatirse tanto las inspecciones inútiles como la causación de perjuicios inne-

cesarios, adoptando las precauciones complementarias que demande cada caso.

Cuarta. La presencia del Decano del Colegio de Abogados constituye una salvaguarda procesal adicional, no obstante la cual se procederá al registro. Modular y organizar con suficiencia y antelación tal asistencia ha de permitir mejorar en la específica protección que constituye este cualificado mecanismo de salvaguarda recíproca de los derechos de los abogados y los usuarios de servicios jurídicos. Conviene excitar el celo de los responsables colegiales en el sentido de que su presencia sea activa y no meramente pasiva o de simple asistencia al acto. En tal sentido, habida cuenta de la inexistencia de previsiones legales específicas sobre tal comportamiento, conviene hacer mención en el acta de la diligencia de entrada y registro de cuantos extremos se estimen de interés guiado siempre por el superior interés en la preservación del secreto profesional de la abogacía.

Los Colegios de Abogados ante el fallecimiento sin sustitución de uno de sus colegiados

(Informe 8/2014)

1. OBJETO DEL INFORME

Por el Colegio de Las Palmas se ha hecho llegar al Consejo General de la Abogacía Española una consulta relativa a la actividad que debe asumir la Corporación Pública colegial ante el fallecimiento sin sustitución de uno de sus colegiados, en orden a la mejor protección de los diversos intereses que confluyen en el caso.

Según se nos ha informado, esta cuestión ya había sido objeto de preocupación previa del CGAE en informes anteriores hechos llegar a su Comisión Permanente donde se planteaban colateralmente extremos alusivos a las repercusiones que había de tener tal problema desde la óptica de la protección de datos personales o las medidas que había de adoptar al respecto un Colegio de Abogados, por no estar ello previsto expresamente en ninguna norma concreta.

Bajo las circunstancias anteriores, se pretende aquí ubicar con exactitud el supuesto e incardinarlo en las funciones que corresponden a los Colegios de Abogados tanto respecto de sus colegiados en orden a la mejor protección de los intereses de la profesión como en atención a los consumidores y usuarios de los servicios que presta la abogacía a la sociedad.

Lo que sigue es el resultado de nuestro trabajo.

2. LA RELACIÓN PROFESIONAL ABOGADO-CLIENTE Y SU EXTINCIÓN ANTE EL COLEGIO DE ABOGADOS

La relación abogado-cliente reviste generalmente la naturaleza de contrato de arrendamiento de servicios que se inicia por la aceptación del encargo de un particular por parte de un profesional fundada en la confianza que éste ofrece a aquél.

Superada doctrinal y jurisprudencialmente la minoritaria noción del encargo como mandato (caso en el que se gestionarían negocios ajenos

para el mandante, en el seno de una relación triangular), resulta claro a nuestros efectos la existencia de un contrato de arrendamiento de servicios en el que las prestaciones se realizan directamente a favor del principal (que gestiona sus propios asuntos aunque para ello se auxilie de otros) en el seno de una relación bilateral.

La relación contractual del abogado con su cliente (estrictamente bilateral, como queda dicho) no es otra cosa que un contrato *“intuitu personae”*, basado primordialmente en la confianza que el particular deposita en el letrado y que puede serles retirada en cualquier momento sin que las normas colegiales impongan otro requisito para ello más que el abono de los servicios prestados.

Pero tal contrato puede extinguirse cuando una de las partes desaparece por fallecimiento y no queda nadie en su lugar autorizado para su sustitución. Ciento es que, a tenor del artículo 1257 del Código Civil, los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos; salvo, en cuanto a éstos, el caso en que los derechos y obligaciones que proceden del contrato no sean transmisibles, o por su naturaleza, o por pacto, o por disposición de la ley. Pero, con independencia de lo que ocurra respecto a tales relaciones civiles (destino de las cosas gestionadas, derechos de crédito de los familiares del abogado frente al cliente por minutas pendientes, etc...) lo cierto es que la relación del contrato de arrendamiento de servicios queda extinguida por desaparición del profesional que desempeñaba las funciones objeto del mismo.

Una estricta visión civilista de la situación debería concluir en este punto. El contrato se ha extinguido sobrevenidamente por la desaparición de uno de los contratantes, debiendo operar las reglas propias del Código Civil en relación a la finalización de los contratos en cuanto a los derechos y obligaciones de las partes y sus causahabientes.

Es en este momento y ante esta patología (al igual que hemos apuntado en otros casos en supuestos de crisis en la situación patrimonial de un despacho de abogados que presta servicios a terceros) donde, más allá de las consecuencias patrimoniales respecto de las partes afectadas, resulta imprescindible hacer una consideración sobre los efectos del hecho objetivo del fallecimiento en el orden de prestación de asistencia a clientes y la necesaria implicación del Colegio de Abogados como Corporación de Derecho Público representativa de la abogacía.

Debe ser así por cuanto las finalidades de un Colegio de Abogados (determinación específica para esta profesión de las más generales que antes se indicaran para todos los colegios profesionales) son mucho más amplias

que ordenar la profesión de abogado. Recordémoslas para centrarnos luego en nuestro caso: por los Colegios se representa a la abogacía con carácter excluyente; se defienden los derechos e intereses de los colegiados y se vela por la satisfacción de los intereses generales en relación a la profesión de abogado; se promueve la mejora de la calidad de los colegiados y se controla deontológicamente su actividad, aplicando el régimen disciplinario prefijado; se colabora con las Administraciones Públicas en el ejercicio de sus competencias en los términos prefijados por las leyes y, muy especialmente, se colabora en el funcionamiento, promoción y mejora de la Administración de Justicia haciendo realidad la salvaguarda de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

No resulta difícil hallar un vínculo muy estrecho entre la actividad del abogado y el beneficio para su cliente. Sentado lo expuesto, naturalmente se deduce —como primera y genérica conclusión— que resultaría muy difícil alejar la intervención de los Colegios de Abogados de las situaciones de crisis profesional que supone el fallecimiento de un abogado respecto a las relaciones con sus clientes.

Pero debe identificarse un título jurídico legitimador de la intervención del Colegio que habilite para las actuaciones que luego se dirán. Y a ello se dedica el apartado siguiente.

3. LA LEGITIMACIÓN DE LOS COLEGIOS DE ABOGADOS RESPECTO AL MEJOR CUIDADO DE LOS INTERESES DE ABOGADOS Y CONSUMIDORES Y USUARIOS

Hemos reiterado en informes anteriores de la Comisión Jurídica como la auténtica misión última de los Colegios la constituye el servicio a los ciudadanos. De conformidad con la vigente Ley 2/1974, de 13 de febrero los Colegios Profesionales son Corporaciones de derecho público, amparadas por la Ley y reconocidas por el Estado, con personalidad jurídica propia y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines (artículo 1.1).

No se olvide que entre tales fines esenciales de estas Corporaciones se encuentran no solo la ordenación del ejercicio de las profesiones, la representación institucional exclusiva de las mismas cuando estén sujetas a colegiación obligatoria y la defensa de los intereses profesionales de los colegiados sino, y ello resulta de especial interés en el caso presente, la protección de los intereses de los consumidores y usuarios de los servicios de sus colegiados.

Se cuida de recordarlo —expresamente y de nuevo— el 5.a de la misma Ley:

“Corresponde a los Colegios Profesionales el ejercicio de las siguientes funciones, en su ámbito territorial:

a) Cuantas funciones redunden en beneficio de la protección de los intereses de los consumidores y usuarios de los servicios de sus colegiados.
...”

Sentada, pues, la legitimación genérica de todo colegio profesional en cuanto que Corporación de Derecho Público sometido a la citada Ley 2/1974, de 13 de febrero, en el caso de la Abogacía hallamos un apoyo adicional en el vigente Estatuto General, aprobado mediante el Real Decreto 658/2001, de 22 de junio.

El Preámbulo de dicha norma llamaba específicamente la atención sobre cómo, para alcanzar una Justicia más ágil y eficaz resulta fundamental modernizar la regulación de la profesión de abogado como colaborador necesario de la función jurisdiccional.

Este papel que desempeña el letrado en el ejercicio de su profesión y en defensa de su cliente contribuye muy activamente a mejorar e incrementar la calidad de la Justicia, dando pie a que el Estatuto defina la función y características de la abogacía en su primer artículo como una profesión libre e independiente que “*presta un servicio a la sociedad en interés público*”.

Lo expuesto enlaza a continuación con el hecho de que la Constitución consagra en su artículo 24.2 el derecho de los ciudadanos a la defensa y asistencia letrada, la cual —atribuida en exclusiva a la abogacía— se inspira en los principios de la buena fe (que preside en todo caso las relaciones entre el cliente y el abogado, garantizando la adecuada defensa de los intereses del justiciable ante los Tribunales) y en el de la libertad e independencia de los profesionales de la abogacía (puestos siempre al servicio del defendido y que permiten la más idónea defensa de los derechos y libertades de los ciudadanos).

Tampoco debe olvidarse otro extremo (que supera y desborda en mucho la limitada y burocrática consideración de la legislación de protección de datos, a la que luego nos referiremos) los deberes deontológicos y éticos de los abogados conducen a la exigencia del cumplimiento de la función de defensa con el “*máximo celo y diligencia y guardando el secreto profesional*” prevista en el artículo 42.1 y que constituye un claro ejemplo de rigor en la defensa de los derechos de los ciudadanos. Secreto profesional que tam-

bién recuerda expresamente el artículo 542 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

Guiado por la obligada atención a los principios descritos y sustentado jurídicamente sobre los fundamentos legales anteriores, no resulta difícil residenciar en el Colegio al que esté adscrito cada colegiado (no se olvide el extremo de que los Colegios son depositarios de las funciones de control deontológico y supervisión legal sobre sus colegiados) una clara legitimación para prolongar sus controles y misiones incluso circunstancialmente más allá de la propia vida del colegiado, cuidando de que se perpetúe el obligado cumplimiento de los principios atrás descritos incluso por encima de su propia existencia, precisamente por asegurar el exacto cumplimiento de los fines indicados.

Cierto es que la condición de colegiado se pierde por el fallecimiento del abogado (artículo 19.1.a del Estatuto General de la Abogacía) pero el extremo temporal de la extinción de su pertenencia administrativa al Colegio de adscripción no impide, antes bien lo refuerza, la obligada atención de la institución colegial a un supuesto en el que se pueden poner de manifiesto gran parte de los principios centrales de la profesión de abogado, apreciándose una compleja tensión entre el secreto profesional, la asistencia al colegiado (por más que haya fallecido) y la protección de los intereses de los consumidores y usuarios del servicio público de la abogacía.

Mal se compadecería la obligada supervisión de una profesión —actividad que corresponde en exclusiva a los Colegios— con una actitud estrictamente contractual que contemplara la desaparición física de un colegiado como una situación estrictamente estadística ajena a la Corporación. En los casos en que concurra el supuesto de estudio (que examinaremos a continuación) los Colegios de Abogados deben adoptar una actitud diligente y activa, especialmente porque la mejor atención a sus cometidos tiene mucho que ver con la celeridad y eficacia en la atención al problema, actualmente desconocido para el ordenamiento jurídico.

Y todo ello deriva de que la legislación vigente no contiene apenas referencias válidas para la cuestión que nos ocupa cuando afecta a un abogado que ejerce en solitario.

Por el contrario, las soluciones se aprecian con facilidad cuando es un despacho colectivo de abogados como empresa de servicios jurídicos (con los condicionantes respecto al tratamiento de los procedimientos en marcha y sus consecuencias deontológicas así como de la eventual responsabilidad en su llevanza) quien asume la representación del cliente. Ninguna singularidad debería revestir tal supuesto en la medida en que la sociedad

—que no se olvide es la persona jurídica con la que ha contratado el cliente y a la que este debe exigir toda la disponibilidad y esfuerzo necesarios para sobrellevar la situación producida por la muerte del profesional que se encarga de sus asuntos— debe proveer la solución al problema, habilitando que otros compañeros se responsabilicen de los asuntos en marcha y cuiden que en ningún caso el cliente pueda verse afectado, más allá de que si no está conforme con la actividad del nuevo abogado asignado puede irse voluntariamente cuando desee.

La Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales ha venido a reconocer que la evolución de las actividades profesionales ha dado lugar a que la actuación aislada del profesional —en nuestro caso, del abogado— se vea sustituida por una labor de equipo entre cuyas ventajas —que tienen que ver con la especialización y división del trabajo— se encuentra que este tipo de supuestos no debe ofrecer problema en solventarse.

Centrando así el asunto, el problema en su dimensión más grave se presenta en el caso del abogado individual pues, más allá de los supuestos de actividades jurídicas particulares que podrán ser reenviados o cerrados por atribución a otros profesionales, el abogado responsable de procesos judiciales continúa formalmente con el desempeño de sus asuntos mientras responda de ellos por su personación en el Juzgado y mientras no haya sido sustituido.

Junto a ello se apuntan otras cuestiones complementarias relativas al tratamiento de los datos manejados por el abogado que fallece o los derechos pendientes de realizar frente a terceros derivados de la actividad profesional que no deben ser desconocidas o preteridas. Una vez legitimada la intervención del Colegio en la materia, examinemos las fórmulas concretas que se proponen.

4. ACTIVIDAD A DESARROLLAR POR LOS COLEGIOS DE ABOGADOS EN RELACIÓN A LA INCIDENCIA DEL FALLECIMIENTO SIN SUSTITUCIÓN DE UNO DE SUS COLEGIADOS

Según se tenga noticia en el Colegio de Abogados del fallecimiento de un colegiado sin sustitución conocida y de lo que pueden derivarse repercusiones jurídicas para clientes que lo fueron del fallecido, procedería evaluar las diversas eventualidades dentro de las cuales puede verse necesaria la intervención colegial.

Lo que se contiene a continuación es una serie ordenada de actuaciones que podrían acometerse en función de las circunstancias. Ni constituyen un elenco cerrado ni son de obligada atención, respondiendo a la única pretensión de ordenar lógicamente la sucesión de situaciones que pueden requerir la asistencia colegial. No se olvide que en otras jurisdicciones como Francia o Inglaterra hay una auténtica intervención sobre el despacho en casos como el que consideramos. Sin embargo, sí llamamos especialmente la atención sobre la primera de las sugerencias formuladas, por entender que en ella se subsumen muchas de las potenciales funciones que se busca activar para reafirmar la capacidad y necesidad de los Colegios de Abogados.

4.1. El Colegio y el título legitimador de la intervención

Como primera disposición a adoptar tras la noticia del suceso y una vez verificado que no existe sustitución del fallecido por otro colegial (a cuyo efecto muy probablemente se plantee el problema ante el Colegio a través de un cliente o tercero afectado por la situación) debería extenderse un documento por parte de la Junta de Gobierno del Colegio comprensivo de los hechos relativos al fallecimiento del colegial, la inexistencia de sustitución conocida respecto a sus asuntos y el reconocimiento de la obligada atención al asunto por parte del Colegio, al amparo de su misión de salvaguarda y tutela de los intereses de los colegiados y los usuarios de los servicios de los colegiados, debiendo servirle de fundamento legal la motivada invocación de los preceptos que más arriba se han expresado.

El Decano del Colegio, máxima autoridad de la corporación de derecho público, debe adoptar una actitud proactiva y anticipatoria de las circunstancias que pueden producirse a continuación, siempre y cuando tengan transcendencia en el orden de intereses públicos que compete al Colegio.

La finalidad del documento o certificación no es asumir responsabilidad alguna en el desenvolvimiento de los hechos que puedan subvenir a la situación que se plantea sino, muy por el contrario, manifestar de forma fehaciente ante la persona y organismo que convenga (de los que luego se relacionarán más adelante, sin ánimo exhaustivo) la constatación del hecho acaecido y la misión y obligaciones que competen al Colegio para velar por los diferentes intereses que concurren en la situación, debiendo entenderse con él en lo sucesivo cualesquiera asuntos que tengan relación con el fallecimiento del colegiado en lo que respecta a las tareas que competen a la corporación.

Resulta especialmente importante que el Colegio se convierta en un centro de conexión y referencia de quienes (sean personas físicas o jurídicas, privadas o públicas) deriven asuntos, obligaciones o responsabilidades vinculadas al fallecimiento del colegiado. Solo de este modo podrá entenderse cubierta la función que le compete en la más adecuada ordenación de la profesión.

Tampoco resultaría ocioso pensar que, más allá del título legitimador derivado que supone el hilván de estos fundamentos jurídicos más arriba desgranados, sería muy positivo que en una futura redacción del Estatuto General de la Abogacía se tuviera en cuenta esta concreta situación para perfilar algún precepto que reflejara estas obligaciones de modo expreso.

4.2. Actuación ante los órganos jurisdiccionales y colegiales

Teniendo presente que el abogado tiene la obligación de darse de alta en el Colegio donde desarrolle su actividad principal y que los Colegios extienden su influencia sólo a los ámbitos territoriales predefinidos en sus Estatutos, resulta lógico inferir que la actividad antes los órganos jurisdiccionales en los que pueda comparecer será mayoritariamente efectiva en relación a los pertenecientes a los partidos judiciales sobre los que extienda el Colegio su representatividad.

En consecuencia, a los decanos de los partidos judiciales (de conformidad con la cláusula residual de competencias que les atribuye el artículo 168 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) debe dársele traslado del documento expedido por el Colegio de Abogados, para que se identifiquen los procesos en los que el fallecido interviene como abogado a los efectos de comunicarse el hecho, con las lógicas consecuencias procesales que de ello se derivan, especialmente la apertura de un plazo a la parte afectada para que designe un nuevo profesional que le represente, suspendiéndose hasta ese momento el curso de las actuaciones.

Cierto es que el documento o certificación no constituye un elemento que pueda convertir a la Corporación en parte o defensora del interés de nadie, pero también lo es que los otros abogados que defienden a las demás partes han de tomar nota de la existencia de una incidencia (nada menos que comunicada por el Decano de su Colegio) que debe ser resuelta solicitando la presencia de un nuevo técnico que desenvuelva la asistencia a aquél que se ha visto privado de ella.

En idéntica forma debe procederse respecto del Decano del Colegio de Procuradores territorialmente concernido, al efecto de que tenga cons-

tancia de la situación para que sus colegiados puedan identificar aquéllos supuestos en los que el profesional fallecido prestaba sus servicios en asuntos que eran de su competencia. No se olvide que el artículo 26 de la Ley de Enjuiciamiento Civil recoge las obligaciones del procurador para con el abogado derivadas de la aceptación del poder (transmitir la información y documentación relativa a los asuntos en marcha así como traslado de notificaciones y actos de comunicación y cooperación) de las que no resulta difícil inferir a sensu contrario que debe quedar informado de que ha fallecido el profesional que lo designó.

En todo caso, los procuradores que desempeñaban funciones para el abogado fallecido han de comunicar al Juzgado o Tribunal ante el que actúan el extremo de que se ha producido la muerte del letrado, por tratarse de una circunstancia procesalmente relevante puesto que el artículo 31 de la LEC exige que *“no podrá proveerse a ninguna solicitud que no lleve la firma de abogado”* por lo que resulta clara la inmediata designación de un profesional habilitado.

De conformidad con lo indicado y en analogía —por la gravedad de los hechos y lo excepcional de su acontecimiento— debería dársele traslado del documento expedido por el Decano del Colegio tanto al Consejo General de la Abogacía como al Consejo de Colegios de la Comunidad Autónoma correspondiente, en su caso.

Cabe esperar que una amplia y detallada actividad de notificación e información a los cualificados destinatarios más atrás indicados debería poder prevenir males mayores tanto para el funcionamiento de los juzgados y tribunales (por inasistencia o abandono de sus responsabilidades por parte del fallecido que no tuvo quien lo sustituyera) como por parte de los demás profesionales afectados (muy especialmente los procuradores) que pueden contribuir decididamente a minimizar los negativos efectos que se derivan de la situación considerada.

4.3. Actuación en relación a procedimientos administrativos

Siendo conocido el fallecimiento de un abogado, resulta sencillamente imposible llegar a tener noticia de los procedimientos administrativos en que pudiera ser parte (piénsese en los diferentes órdenes Local, autonómico, estatal o institucional en que puede estar personado en representación de clientes o en su mismo provecho). Sin embargo, sí existen algunos cualificados órdenes en los que conviene repasar la situación y su posible solución.

Se ha recordado más arriba el problema respecto a los procedimientos referidos a la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de carácter personal.

El hecho de que el artículo 10 de la LOPD establezca que el responsable del fichero y quienes intervengan en cualquier fase del tratamiento de los datos de carácter personal están obligados al secreto profesional respecto de los mismos y al deber de guardarlos, obligaciones que subsistirán aun después de finalizar sus relaciones con el titular del fichero o, en su caso, con el responsable del mismo no nos parece que añada muchas más obligaciones que las que, de forma más relevante por estar vinculadas nada menos que con la asistencia jurídica a los ciudadanos garantizada por el artículo 24.2 de la Constitución, supone el propio secreto profesional del abogado.

En todo caso y no siendo objeto de afectación los datos por el fallecimiento del abogado, el nuevo profesional que —siempre con el consentimiento del interesado que le designa— pase a ocuparse del asunto será quien continuará las tareas que la Ley asigna al titular del fichero.

Tampoco cabe olvidar que la propia Ley parece contemplar un supuesto aplicable al caso que nos ocupa (intervención del Colegio por razones de urgencia y para asistir a los interesados en ausencia del abogado fallecido, responsable del tratamiento) cuando establece en su artículo 12.1:

“1. No se considerará comunicación de datos el acceso de un tercero a los datos cuando dicho acceso sea necesario para la prestación de un servicio al responsable del tratamiento”.

Entendemos que el acceso del Colegio a los datos indispensables para llevar a cabo una actuación como las que aquí estamos considerando no solo constituye una actuación en favor del responsable del tratamiento (el abogado anterior) sino, sobre todo y como reiteramos sin duda, a favor del cliente y con la idea de que de ninguna forma le pueda deparar un perjuicio por la situación de transitoriedad que se abre con el fallecimiento del abogado.

4.4. Actuación frente a los causahabientes del fallecido

Interesa mucho que, siempre en la medida en que concurran las circunstancias de que aquí se consideran, el Colegio identifique y abra una relación inmediata con los eventuales causahabientes del fallecido, los más

directamente afectados por las consecuencias profesionales y económicas del fallecimiento del abogado.

De una parte interesa que sea la corporación colegial quien asuma un papel activo de relación con los afectados, orientando y asesorando sobre muchas de las situaciones que se examinan en este informe, siempre de modo ajustado a la casuística y situación de que se trate.

Particularmente importante es dar cuenta de la más rápida preparación y envío —en su caso por parte de profesionales designados por el Colegio o por otros designados por los interesados— de las minutas pendientes por los pleitos en que fuera parte el fallecido, especialmente en aquéllos supuestos en que puedan derivar de ellos controversias respecto a honorarios que deben ser objeto de exigencia en vía jurisdiccional.

Interesa mucho informar del plazo máximo para cobrar las cantidades que le puedan ser debidas al profesional de acuerdo con el plazo de prescripción de tres años del artículo 1967 del Código Civil (información de las cuales puede proceder del escrutinio informativo previamente desarrollado con los procuradores, quienes pueden informar de procedimientos en los que sea parte el fallecido) y de los procedimientos para su eventual exacción. Así en el caso de minutas de abogados del artículo 242 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal o igualmente 242 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, especialmente si hubiera que acudir a los procedimientos de cobro privilegiados del artículo 35 de la LEC.

4.5. Actuación frente a los clientes del fallecido

Aunque tampoco compete al Colegio la función de realizar una indagación más allá de lo razonable y prudente acerca del alcance de las actividades del abogado y respecto a las personas físicas y jurídicas a las que prestaba asesoramiento y defensa el fallecido, interesa mucho que la Corporación pueda poner en conocimiento de los afectados que puedan dirigirse a él el modo en que pueden designar a otro profesional, la obligación de abonar las cantidades debidas a los causahabientes del fallecido y cuantas otras cuestiones puedan surgir para dilucidar los lógicos problemas que plantea una situación como la referida.

Más allá de las recomendaciones que pueda formular el Colegio sobre nuevos profesionales que atiendan las urgencias más inmediatas que deviven de la situación, no puede olvidarse que el artículo 33 de la Ley de Enjuiciamiento Civil exige que, fuera de los casos de designación de oficio previstos en la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita,

corresponde a las partes contratar los servicios del procurador y del abogado que les hayan de representar y defender en juicio.

Gobernar con los clientes del desaparecido la transitoriedad que conlleva el hecho del fallecimiento, siempre del modo que se estime más efectivo y correcto, constituye una nueva muestra de la importancia de que, por encima de la concreta relación profesional con el letrado, su Colegio está atento y es diligente en proveer las perentoriedades y urgencias que puedan demandar la más pronta y acertada asistencia al particular que contrató sus servicios.

4.6. Otras actuaciones que pueden requerirse

Resulta imposible alcanzar a describir el casuismo de situaciones conectadas a la grave patología que supone la desaparición de un profesional que desempeñaba la abogacía particular y aisladamente y que —gobernando un cúmulo de relaciones, contactos y procedimientos a lo largo del tiempo— desaparece dejando suspendidas sus tareas de asesoramiento y defensa respecto de terceros.

El punto final ha de ser necesariamente el inicial: una prudente pero decidida actuación del Colegio de Abogados informando a clientes afectados, asesorando a familiares preocupados y desorientados, notificando a juzgados y Tribunales, recordando deberes legales y reglamentarios y, en suma, gobernando ordenadamente una patología no por inusual excepcional, ha de confirmar una vez más que las relevantes funciones de la abogacía hallan su principal apoyo y su más sólido soporte en una organización colegial ágil, eficaz y atenta que permite, incluso más allá de la propia vida de los abogados, dar cumplimiento a las elevadas responsabilidades que motivan su existencia.

5. CONCLUSIONES

Las conclusiones de nuestro estudio, anudadas a las reflexiones anteriores, serían las siguientes:

1. El fallecimiento de un colegiado sin sustitución constituye una circunstancia de hecho que legitima a los Colegios de Abogados para intervenir de conformidad con la obligada atención a los intereses tanto del que fuera su colegiado como, sobre todo, de los consumidores y usuarios de servicios jurídicos prevista en la Ley 2/1974, de

13 de febrero de Colegios Profesionales, hallando su fundamento último en el artículo 24.2 de la Constitución.

2. Para acometer las diversas actuaciones que procedan se recomienda que la Junta de Gobierno del Colegio de Abogados de adscripción del Colegiado extienda un documento comprensivo de los hechos relativos al fallecimiento del colegial, la inexistencia de sustitución conocida respecto a sus asuntos y el reconocimiento de la obligada atención al caso por parte del Colegio, al amparo de su misión de salvaguarda y tutela de los intereses de los colegiados y los usuarios de los servicios de los colegiados, debiendo servirle de fundamento legal una motivada invocación de los preceptos que más arriba se han expresado.
3. Para que se identifiquen los procesos en los que el fallecido entreviene como abogado debe dársele traslado del referido documento expedido por el Colegio de Abogados a los responsables de los partidos judiciales del Colegio de adscripción así como al decano del Colegio de Procuradores.
4. De conformidad con lo indicado y en analogía —por la gravedad de los hechos y lo excepcional de su acontecimiento— debería dársele traslado tanto al Consejo de Colegios de la Comunidad Autónoma correspondiente, como al Consejo General de la Abogacía.
5. Puede entenderse que la Ley Orgánica de Protección de Datos contempla la intervención del Colegio por razones de urgencia y para asistir a los interesados en ausencia del abogado fallecido, analógicamente a otros supuestos prevenidos en su artículo 12.1, resultando que en tales casos no se considerará comunicación de datos el acceso de un tercero a estos cuando dicho acceso sea necesario para la prestación de un servicio al responsable del tratamiento.
6. El Colegio de Abogados debe actuar informando a clientes afectados, asesorando a familiares, notificando a juzgados y Tribunales, recordando deberes legales y reglamentarios y, en suma, gobernando ordenadamente una patología no por inusual excepcional, siempre para dar cumplimiento a las elevadas responsabilidades que supone la abogacía y en estricta ejecución de las funciones que le competen, contenidas en el Estatuto General de la Abogacía y en el que no resultaría ocioso que fuera recogido expresamente este extremo en una futura modificación.

Comunicación a autoridades de otros estados miembros de la Unión Europea (y a sus ciudadanos) de datos relativos a sanciones impuestas a abogados

(Informe 8/2012)

1. INTRODUCCIÓN

La cuestión relativa a la comunicación de datos personales relativos a sanciones impuestas a profesionales por las autoridades competentes, ya sean éstas judiciales o administrativas, no es nueva.

Lo que sí es de actualidad son las previsiones normativas en la materia, lo que nos lleva a analizar en qué condiciones pueden o deben los Colegios de Abogados comunicar a las autoridades europeas y a las autoridades correspondientes de otros Estados Miembros (EE.MM.) de la Unión Europea (UE), datos personales de abogados (colegiados ejercientes, no ejercientes, sin ejercicio, abogados inscritos¹ y los que hayan obtenido su título profesional en otro Estado miembro de la Unión Europea, incluidos los que actúen en régimen de prestación ocasional de servicios), que han sido sancionados en nuestro país.

Este informe se circunscribe a la comunicación de datos de sanciones impuestas por los Colegios a los abogados, en cuanto prestadores de servicios. No entra por tanto a analizar las posibles sanciones impuestas por el Consejo General de la Abogacía Española (CGAE)² a los miembros de las Juntas de

¹ Figura especial que, conforme al artículo 2.a) y e) 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, se define como toda persona que, reuniendo la condición de abogado (es decir, toda persona, nacional de un Estado miembro de la Unión Europea o parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, habilitada para el ejercicio de su actividad profesional con el título correspondiente), haya sido inscrito en un Colegio de Abogados para ejercer la profesión en España de forma permanente con su título profesional de origen.

² El artículo 68 k) del Estatuto señala que corresponde al Consejo “Ejercer las funciones disciplinarias con respecto a los miembros de las Juntas de Gobierno de los Colegios y del propio Consejo General y, cuando las disposiciones legales vigentes

Gobierno de los Colegios y del propio Consejo General y, cuando las disposiciones legales vigentes se las atribuyan, a los miembros de los Consejos de Colegios de las Comunidades Autónomas, ni tampoco las impuestas por los Consejos Autonómicos, pues en estos casos las sanciones no se imponen al abogado en cuanto prestador de servicios, sino en cuanto miembro de tales órganos. Tampoco se refiere a la comunicación de otra información por otras autoridades (por ejemplo la de sanciones penales por parte de los Tribunales).

Ahora bien, sí se analizará la comunicación por el CGAE y, en su caso, por los Consejos Autonómicos, de las sanciones impuestas por los Colegios a los abogados. Ello se debe a que el art. 68. 1) del Estatuto General de la Abogacía Española atribuye al Consejo la función de “Formar y mantener actualizado el censo de los abogados españoles; y llevar el fichero y registro de sanciones que afecten a los mismos”.

La cuestión ha de analizarse a la luz de la normativa europea y nacional sobre protección de datos de carácter personal así como de la normativa específica aplicable en materia de cualificaciones profesionales y de servicios en el mercado interior. Además, será necesario tener en cuenta las recomendaciones e informes emitidos al respecto por las autoridades de protección de datos competentes en cada caso.

En particular se han tenido en cuenta las siguientes disposiciones:

- Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.
- Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales.

se las atribuyan, con respecto de los miembros de los Consejos de Colegios de las Comunidades Autónomas”.

Por su parte, el artículo 82 del Estatuto señala que:

“1. Competen al Consejo General de la Abogacía las facultades disciplinarias en relación con los miembros de las Juntas de Gobierno de los Colegios y, cuando se la atribuyan las disposiciones legales vigentes, también respecto de los miembros de los Consejos de Colegios de las Comunidades Autónomas.

2. Las facultades disciplinarias en relación con los miembros del Consejo General serán competencia del Consejo General, en todo caso”.

- Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (Directiva de servicios).
- Reglamento (CE) n° 45/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2000, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones y los organismos comunitarios y a la libre circulación de estos datos.
- Decisión 2008/49/CE, de 12 de diciembre de 2007, relativa a la protección de los datos personales en la explotación del Sistema de Información del Mercado Interior (IMI).
- Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.
- Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales.
- Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (la llamada “Ley Paraguas”).
- 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 (llamada “Ley Ómnibus”).
- Ley madrileña 8/2001, de 13 de julio, de Protección de Datos de Carácter Personal en la Comunidad de Madrid.
- Ley vasca 2/2004, de 25 de febrero, de Ficheros de Datos de Carácter Personal de Titularidad Pública y de Creación de la Agencia Vasca de Protección de Datos.
- Ley catalana 32/2010, de 1 de octubre, de la Autoridad Catalana de Protección de Datos.
- 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.
- 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.
- 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.
- Estatuto General de la Abogacía Española, aprobado por Real Decreto 658/2001, de 22 de junio.

2. OBLIGACIONES DE COOPERACIÓN ADMINISTRATIVA PARA LOS COLEGIOS PROFESIONALES SEGÚN LA NORMATIVA DE SERVICIOS

La Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre, relativa a los servicios en el mercado interior³ (Directiva de servicios), crea un mercado interior de servicios en la UE y busca proteger los derechos e intereses de los consumidores. A tal fin, impone obligaciones de cooperación a las autoridades competentes, en nuestro caso los Colegios de Abogados y los Consejos, en relación con los abogados.

En este sentido, el artículo 4.9 de la Directiva define qué se entiende por autoridad competente:

“autoridad competente”, cualquier organismo o entidad, en un Estado miembro, que lleve a cabo el control o la regulación de las actividades de servicios y, concretamente, las autoridades administrativas, incluidos los tribunales que actúen como tales, los colegios profesionales y las asociaciones u organismos profesionales que, en el marco de su autonomía jurídica, regulan de forma colectiva el acceso a las actividades de servicios o su ejercicio”.

La cooperación administrativa se regula en el Capítulo VI, artículos 28 a 38, de la Directiva de servicios, que establece, entre otras, la obligación de informar sobre la honorabilidad de los prestadores de servicios (art. 33) y prevé el intercambio de dicha información a través de medios electrónicos (art. 34) en aras a facilitar la asistencia recíproca y la agilidad de los trámites⁴.

El artículo 33 de la Directiva dispone:

Artículo 33

Información sobre la honorabilidad del prestador

1. Los Estados miembros, a solicitud de una autoridad competente de otro Estado miembro, comunicarán, de conformidad con su legislación nacional, las medidas disciplinarias o administrativas o condenas penales y decisiones relativas a insolvencias o quiebras fraudulentas que las autoridades competentes nacionales hayan adoptado con respecto a un prestador y que guarden relación directa con la competencia o la fiabilidad profesional del mismo. El Estado miembro que comunique la información informará de ello al prestador.

³ Publicada en el *Diario Oficial de la Unión Europea* L núm. 376, de 12 de diciembre de 2006.

⁴ La Disposición adicional primera de la Ley 17/2009 prevé que “*las Administraciones Públicas dispondrán de un sistema electrónico de intercambio de información entre ellas y con las de los demás Estados miembros que garantice el cumplimiento de las obligaciones establecidas en esta Ley*”.

Una solicitud realizada con arreglo al párrafo primero deberá estar debidamente motivada, en particular en lo que se refiere a las razones en que se basa dicha solicitud de información.

2. Las sanciones y medidas a que se refiere el apartado 1 solo se comunicarán si se ha adoptado al respecto una decisión definitiva. Con respecto a las demás decisiones aplicables contempladas en el apartado 1, el Estado miembro que comunique los datos deberá precisar si se trata de una decisión definitiva o si se ha interpuesto recurso contra la decisión y la fecha posible de la decisión relativa al recurso.

Además, deberá precisar las disposiciones nacionales con arreglo a las cuales se ha condenado o sancionado al prestador.

3. La aplicación de los apartados 1 y 2 deberá hacerse respetando las normas sobre protección de los datos personales y los derechos garantizados a las personas condenadas o sancionadas en los respectivos Estados miembros, incluso por colegios profesionales. Cualquier información que se publique al respecto estará a la disposición de los consumidores.

Al respecto, el Manual elaborado por la Dirección General de Mercado Interior y Servicios de la Comisión sobre la transposición de la Directiva de servicios⁵ indica que:

“Dado el carácter sensible de la información sobre la honorabilidad, en el artículo 33 se recogen normas específicas sobre el intercambio de información relativa a las sanciones penales y medidas disciplinarias y administrativas que atañan directamente a la competencia o la fiabilidad profesional del prestador, así como a las decisiones en materia de insolvencia o quiebra fraudulenta. En particular, de conformidad con el apartado 3, el intercambio de tales datos sobre honorabilidad deberá atenerse a las normas sobre protección de datos personales, así como a los derechos garantizados a las personas condenadas o sancionadas en los respectivos Estados miembros. Por otra parte, con arreglo al apartado 2, la información sobre sanciones penales y medidas disciplinarias y administrativas que conciernen directamente a la competencia o la fiabilidad profesional del prestador sólo podrá comunicarse si se ha adoptado una decisión definitiva al respecto, es decir, si no existen posibilidades de apelación. Asimismo, como se ha mencionado anteriormente, tal información sólo podrá utilizarse en cualquier caso con respecto al asunto para el que se solicitó (artículo 28, apartado 3)”.

La citada Directiva fue transpuesta al ordenamiento jurídico español mediante la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio⁶ (la llamada “Ley Paraguas”), y la 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 ejercicio⁷ (llamada “Ley Ómnibus”).

⁵ Disponible en la dirección de Internet: http://ec.europa.eu/internal_market/services/services-dir/index_en.htm

⁶ Publicada en el BOE núm. 283, de 24 de noviembre de 2009.

⁷ Publicada en el BOE núm. 308, de 23 de diciembre de 2009.

2.1. La Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio

Con la Ley 17/2009 se transponen a nuestro ordenamiento jurídico los principios generales de la Directiva de servicios, entre los que cabe destacar el objetivo de reforzar los derechos y la protección de los consumidores. Estos objetivos se consiguen, entre otras medidas, a través del establecimiento de obligaciones para las autoridades competentes.

En virtud del artículo 32 de la Ley 17/2009, que transpone el artículo 33 de la Directiva de servicios, El CGAE, los Consejos Autonómicos y los Colegios de Abogados quedan obligados a cooperar en relación con la comunicación de información sobre los abogados⁸ sancionados a las autoridades competentes que soliciten información al respecto. Dicha obligación se cumplirá en los términos previstos en la normativa aplicable, y en concreto la de protección de datos de carácter personal.

De modo que el Consejo General de la Abogacía Española, los Consejos Autonómicos y los Colegios de Abogados deben, entre otras obligaciones, implementar los mecanismos de cooperación administrativa a efectos de proporcionar la información prevista en la Ley a las autoridades europeas correspondientes y a las de otros Estados Miembros, en relación con la honorabilidad de los colegiados, como prestadores de servicios.

El citado artículo 32 de la Ley 17/2009, relativo a la información sobre la honorabilidad del prestador, establece lo siguiente:

*“1. A solicitud motivada de las autoridades competentes de otro Estado miembro se comunicarán, respetando la legislación vigente, las **medidas disciplinarias y sanciones administrativas firmes** que se hayan adoptado por **cualquier autoridad competente** española, incluidos los colegios profesionales, respecto al prestador y que guarden **relación directa** con su actividad comercial o profesional, bien porque se haya consentido en vía administrativa, bien porque han alcanzado firmeza ante la jurisdicción contencioso administrativa. También se comunicarán las **condenas penales y declaraciones de concurso culpable** que se hayan dictado respecto al prestador y que guarden **relación directa** con su actividad comercial o profesional, **precisando si son o no firmes** y, en su caso, los recursos interpuestos y los plazos para la resolución*

⁸ Como hemos indicado, colegiados en ejercicio, no ejercientes y sin ejercicio, además de aquellos que ejerzan en España y hubieran obtenido su título en otro país, incluidos los que actúen en régimen de prestación ocasional de servicios. Quedan excluidos quienes ejercen como abogados sin ser tales en virtud del Estatuto General de la Abogacía España, ya que dicha situación supondría un caso de intrusismo profesional.

de los mismos. Dicha comunicación deberá precisar las disposiciones nacionales con arreglo a las cuales se ha condenado o sancionado al prestador.

La aplicación de lo anterior deberá hacerse **respetando las normas sobre protección de los datos personales** y los derechos garantizados a las personas condenadas o sancionadas según el ordenamiento jurídico español, incluso por colegios profesionales.

2. La autoridad competente española **comunicará al prestador** que tal información ha sido suministrada a una autoridad competente de otro Estado miembro". (el énfasis es nuestro).

2.2. *La 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*

Además de la previsión específica de la Ley 17/2009 relativa a la información sobre la honorabilidad de los prestadores de servicios, la Ley 25/2009 ("Ley Ómnibus") vino a reformar, entre otras, la Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales.

En concreto, el apartado *u*) que se reforma en virtud del artículo 5 nueve de la Ley 25/2009, establece la obligación de los Colegios Profesionales de dar respuesta a las solicitudes de información sobre las sanciones firmes impuestas a sus colegiados, así como atender otros requerimientos en relación con la honorabilidad de estos prestadores de servicios. El apartado indicado del artículo 5 de la Ley 2/1974 establece lo siguiente:

"Corresponde a los Colegios Profesionales el ejercicio de las siguientes funciones, en su ámbito territorial:

[...]

u) Atender las solicitudes de información sobre sus colegiados y sobre las sanciones firmes a ellos impuestas, así como las peticiones de inspección o investigación que les formule cualquier autoridad competente de un Estado miembro de la Unión Europea en los términos previstos en la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, en particular, en lo que se refiere a que las solicitudes de información y de realización de controles, inspecciones e investigaciones estén debidamente motivadas y que la información obtenida se emplee únicamente para la finalidad para la que se solicitó". (el énfasis es nuestro)

Nótese que el plazo previsto en la Directiva de servicios para su transposición implica que el CGAE, los Consejos Autonómicos y los Colegios Profesionales tuvieron hasta el 28 de diciembre de 2009 para adaptar a la misma su normativa interna, es decir, sus Estatutos Generales, Estatutos Particulares así como, en su caso, Reglamentos de Régimen Interior.

3. COMPETENCIA SANCIÓNADORA PARA LA IMPOSICIÓN DE SANCIONES A ABOGADOS

Dicho lo anterior y antes de analizar las implicaciones en materia de protección de datos de carácter personal que tiene el tratamiento de datos relativos a la comunicación de sanciones, resulta necesario hacer una breve referencia a la potestad sancionadora en el caso de los abogados.

Tanto los Colegios de Abogados, el CGAE y los correspondientes Consejos Autonómicos pueden imponer sanciones, en su ámbito respectivo, y ello sin perjuicio de las que a su vez puedan imponer otras autoridades que resulten competentes, ya sean éstas administrativas o judiciales.

En concreto, la competencia sancionadora de los Colegios de Abogados se encuentra prevista en la Ley 2/1974 y en el Estatuto General de la Abogacía Española (en adelante EGAE), aprobado por Real Decreto 658/2001, de 22 de junio.

En relación con la imposición de sanciones, el CGAE tiene funciones de registro de datos personales relativos a sanciones y en este sentido el apartado 1) del artículo 68 del EGAE indica que está encargado de *“Formar y mantener actualizado el censo de los abogados españoles; y llevar el fichero y registro de sanciones que afecten a los mismos”*. (el resaltado es nuestro)

Y en el apartado t) del citado artículo también tiene encomendada la función de *“Impedir por todos los medios legales el intrusismo y la clandestinidad en el ejercicio profesional, para cuya persecución, denuncia y, en su caso, sanción, queda el Consejo General amplia y especialmente legitimado, sin perjuicio de la iniciativa y competencia de cada Colegio”*.

Además, es necesario recordar que una sanción firme puede ser causa de incapacidad para el ejercicio de la abogacía⁹ así como de pérdida de la condición de colegiado¹⁰.

La autoridad judicial también resulta competente para imponer sanciones disciplinarias, ejercitándose las facultades disciplinarias conforme a *“lo dispuesto en las Leyes procesales”*, tal y como señala el artículo 80.1 del EGAE, que indica:

⁹ En este sentido, el artículo 14.c) del EGAE prevé como circunstancia determinante de incapacidad para el ejercicio de la abogacía *“las sanciones disciplinarias firmes que lleven consigo la suspensión del ejercicio profesional o la expulsión de cualquier Colegio de Abogados”*.

¹⁰ El artículo 19.e) del EGAE indica que la condición de colegiado se perderá *“por sanción firme de expulsión del Colegio, acordada en expediente disciplinario”*.

“Las sanciones o correcciones disciplinarias que impongan los Tribunales al abogado se harán constar en el expediente personal de éste siempre que se refieran directamente a normas deontológicas o de conducta que deban observar en su actuación ante la Administración de Justicia”.

Tanto las sanciones impuestas por la autoridad judicial como las corporativas, se harán constar en el expediente personal del abogado, dando esto lugar a un tratamiento de datos de carácter personal, cuyas implicaciones se analizan en el siguiente apartado.

Antes, sin embargo, es necesario hacer referencia a los abogados inscritos y a los abogados colegiados en otros Estados miembros de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo (EEE) que de manera puntual ejercen en nuestro país.

Por lo que se refiere a los abogados inscritos, quienes quedan sujetos al régimen sancionador (profesional y deontológico) previsto para los colegiados españoles, el apartado 2 del artículo 14 del Real Decreto 936/2001 indica *“[a]l 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 [...], se efectuarán con la intermediación del Consejo General de la Abogacía Española”*.

En el caso de los abogados que ejercen en nuestro país en régimen de prestación ocasional de servicios para realizar actividades de consulta, asesoramiento jurídico o actuación en juicio. Se trata de abogados que no requieren de colegiación pero sí deben informar al Decano de la Junta de Gobierno del Colegio de Abogados correspondiente comunicándole, entre otros, su nombre y apellidos, título profesional que posee, dirección postal de su despacho permanente, así como declaración de no estar incursa en causa de incompatibilidad ni de haber sido objeto de sanción alguna con efectos sobre el ejercicio profesional. Además, estos abogados quedan sometidos al régimen disciplinario de los abogados españoles. Todo ello según 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.

Por lo tanto, resulta claro que dichos abogados también son considerados prestadores de servicios y sus datos personales podrán igualmente ser tratados a efectos de comprobar que no hayan sido sancionados por sus actuaciones profesionales.

4. LA COMUNICACIÓN DE DATOS PERSONALES RELATIVOS A LA IMPOSICIÓN DE SANCIONES

Centrando el análisis en la comunicación de información sobre la honrabilidad de los prestadores de servicios, conforme a lo dispuesto en la normativa europea y nacional, se hará referencia en primer lugar al tratamiento de datos personales que ello supone y al intercambio de la información a través del sistema de Información del Mercado Interior (sistema IMI), para más adelante referirnos a los principios de protección de datos que en todo caso deben cumplirse y, en fin, al régimen del tratamiento y cesión de datos personales, en particular de las sanciones impuestas a los abogados.

4.1. *El sistema IMI para el intercambio de información*

Este sistema¹¹ se creó en virtud de los apartados 1 y 2, del artículo 56 de la Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales¹² y de la Directiva de servicios. En concreto permite el intercambio de información entre autoridades públicas de la Unión Europea, sin que tengan acceso al mismo ni las personas físicas ni las jurídicas. Dichos apartados disponen:

Artículo 56

Autoridades competentes

1. Las autoridades competentes del Estado miembro de acogida y del Estado miembro de origen colaborarán estrechamente y se prestarán asistencia recíproca con el fin de facilitar la aplicación de la presente Directiva. Deberán garantizar la confidencialidad de la información que intercambien.

*2. Las autoridades competentes de los Estados miembros de acogida y del Estado miembro de origen **intercambiarán información relativa a la acción disciplinaria o a las sanciones penales adoptadas o a cualquier otra circunstancia grave y concreta que puedan tener consecuencias para el ejercicio de actividades con arreglo a la presente Directiva, dentro del respeto de la legislación sobre la protección de datos personales a que se refieren la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, y la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad***

¹¹ Para más información sobre el sistema IMI, véase la siguiente dirección: http://www.seap.minhap.gob.es/es/areas/sistema_IMI/documentos/protec_datos.html

¹² Publicada en el *Diario Oficial de la Unión Europea* L 255, de 30 de septiembre de 2005.

en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas).

El Estado miembro de origen examinará la veracidad de los hechos y sus autoridades decidirán acerca de la naturaleza y el alcance de las investigaciones que deban realizarse y comunicarán al Estado miembro de acogida las conclusiones que hayan extraído en relación con la información transmitida.

Debe señalarse que el CGAE está adherido al sistema IMI.

Además, es necesario tener en consideración que el tratamiento de los datos en el sistema IMI, queda cubierto, además de por la Directiva 95/46/CE¹³ y el Reglamento 45/2001¹⁴, por la Decisión 2008/49/CE, de 12 de diciembre de 2007, relativa a la protección de los datos personales en la explotación del Sistema de Información del Mercado Interior (IMI)¹⁵. Asimismo, debe tenerse en consideración la Recomendación de la Comisión, de 26 de marzo de 2009, sobre directrices para la protección de datos en el Sistema IMI¹⁶. De igual modo, resulta de interés el Informe de la Comisión sobre la situación en materia de protección de datos en el Sistema de Información del Mercado Interior, de 22 de abril de 2010¹⁷.

4.2. Cumplimiento de los principios para el tratamiento legítimo y lícito de los datos personales

La remisión de información sobre la honorabilidad del prestador, en este caso el abogado, supone un tratamiento de datos personales, que tiene que cumplir con los principios de la protección de datos personales. Tales principios están recogidos en la Directiva 95/46/CE y en la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos. En este momento interesa resaltar,

¹³ Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, publicada en el *Diario Oficial de la Unión Europea* L núm. 281, de 23 de noviembre de 1995.

¹⁴ Reglamento (CE) nº 45/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2000, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones y los organismos comunitarios y a la libre circulación de estos datos, publicado en el *Diario Oficial de la Unión Europea* serie L 8, de 12 de enero de 2001.

¹⁵ Publicada en el *Diario Oficial de la Unión Europea* L 13, de 16 de enero de 2008.

¹⁶ C(2009) 2041 final, de 26 de marzo de 2009, disponible en http://ec.europa.eu/internal_market/imi-net/docs/recommendation_2009_C2041_es.pdf

¹⁷ COM(2010)170 final, disponible en http://ec.europa.eu/internal_market/imi-net/docs/commission_report_data_protection_es.pdf

principalmente, los relativos a calidad de los datos, finalidad, información y seguridad. Asimismo, es de capital importancia el principio de consentimiento o habilitación para el tratamiento de los datos, que será analizado en el apartado siguiente.

A. Principio de calidad del dato

En cuanto al principio de calidad en el tratamiento de los datos personales relativos a sanciones de los abogados, como prestadores de servicios, cabe señalar que el Supervisor Europeo de Protección de Datos, en su Dic-tamen de 8 de marzo de 2012¹⁸ sobre la propuesta de modificación de la Directiva 2005/36/CE¹⁹, señaló que la misma debe definir claramente:

- Qué tipos de datos personales pueden ser incluidos en las alertas;
- Que *“el contenido de la alerta no debe incluir otra información específica relativa a las circunstancias y los motivos de la prohibición”*;
- Limitar el tratamiento al mínimo necesario, teniendo en consideración el principio de proporcionalidad y el equilibrio de derechos e intereses en presencia.

En los términos previstos en la normativa aplicable, artículos 32 de la Ley 17/2009 y 5.u) de la Ley 2/1974, ya transrito, el CGAE, los Colegios Autonómicos o los Colegios de Abogados, comunicarán la medida disciplinaria o sanción administrativa firme, si bien no proporcionarán más detalles al respecto, tales como los antecedentes que dieron lugar a la sanción.

En este sentido, la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid (APDCM), autoridad competente sobre los Colegios de Abogados de la Comunidad de Madrid (Madrid y Alcalá de Henares) en cuanto ejerzan potestades administrativas, en virtud de la Ley 8/2001, de 13 de

¹⁸ Publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea C, núm. 137, de 12 de mayo de 2012 y disponible en la dirección <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2012:137:0001:0006:ES:PDF>. Disponible también en http://www.edps.europa.eu/EDPSWEB/webdav/site/mySite/shared/Documents/Consultation/Opinions/2012/12-03-08_IMI_EN.pdf

¹⁹ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo que modifica la Directiva 2005/36/CE relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales y el Reglamento [...] relativo a la cooperación administrativa a través del Sistema de Información del Mercado Interior, COM(2011) 883 final, de 19 de diciembre de 2011. Disponible en: http://ec.europa.eu/internal_market/qualifications/docs/policy_developments/modernising/COM2011_883_es.pdf

julio, de Protección de Datos de Carácter Personal en la Comunidad de Madrid^{20/21}, se había pronunciado sobre si “*es conforme con la normativa sobre protección de datos “proporcionar a los ciudadanos información sobre las sanciones firmes impuestas a los colegiados de un Colegio Profesional”, dato que se contiene en el fichero denominado “Expedientes Deontológicos”, inscrito en el Registro de Ficheros de la APDCM*”.

El informe de la APDCM, emitido en respuesta a una consulta efectuada por el Colegio de Abogados de Madrid, indica:

*“1. La modificación legal objeto del presente informe **habilita, en sus justos y estrictos términos, la comunicación** por parte del Colegio Profesional consultante, a solicitud expresa de persona **interesada**, de la información relativa a las **sanciones firmes impuestas a uno o varios de sus colegiados**.*

*Dicha información que, según se indica, requerirá de la **peticIÓN expresa** de la persona **interesada**, debiendo acudirse para la determinación de dicha condición de “**interesado**” a lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común.*

*La habilitación normativa contenida en el nuevo artículo 5, letra u) de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales, **no ampara la “cesión o comunicación masiva”** de los datos personales de los colegiados afectados por las correspondientes sanciones firmes.*

*Dicha habilitación normativa **tampoco habilita** la comunicación de **sanciones** cuando las mismas hayan sido **canceladas**”.*

Continúa señalando que:

*“deberá minimizarse el contenido de la información objeto de comunicación, en los **estrictos términos previstos** en el nuevo artículo 5, letra u), de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales.*

*A dichos efectos, a juicio de esta Agencia, la comunicación al solicitante deberá limitarse a informar sobre la existencia de la/s correspondiente/s sanciones firmes impuestas, con expresión del precepto o preceptos legales que hayan sido infringidos por el Colegiado sancionado, y **sin que en dicha comunicación se refieran las cuestiones de hecho** que dieron lugar a la imposición de la/s referida/s sanción/es”.*

²⁰ Publicada en el *Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid* núm. 75, de 25 de julio de 2001.

²¹ Como es sabido, además de la Agencia Española de Protección de Datos, se han constituido la Agencia Madrileña, a la que se hace referencia en el texto, la Autoridad Catalana de Protección de Datos, regulada por la Ley 32/2010, de 1 de octubre, de la Autoridad Catalana de Protección de Datos (DOGC núm. 5731 de 8-10-2010), y la Agencia Vasca de Protección de Datos, regulada por la Ley 2/2004, de 25 de febrero, de Ficheros de Datos de Carácter Personal de Titularidad Pública y de Creación de la Agencia Vasca de Protección de Datos (BOPV, núm. 44, de 4-3-2004).

Y por último:

“se reitera que no procederá –en ningún caso– la publicación de las sanciones de que se trata, al no existir cobertura legal en relación con dicha publicación”.

B. Principio de finalidad

Unido a lo anterior, cabe señalar que para ser lícito y leal, el tratamiento de los datos personales relativos a sanciones deberá limitarse exclusivamente a la finalidad para lo que es necesaria y que lo justifica. Es decir, no se puede hacer ningún otro uso de la misma que no sea el cumplimiento de las previsiones normativas, ya que lo contrario supondría un tratamiento ilícito de datos de carácter personal.

Tal finalidad deriva de lo previsto en el artículo 33 de la Directiva de Servicios y en el artículo 32 de la Ley 17/2009. Se trata de garantizar la honorabilidad y el control efectivo de los prestadores de servicios. Esta es la finalidad que habilita la comunicación de los datos relativos a sanciones. De modo que la comunicación de datos para otras finalidades diferentes (pensemos en la solicitud de datos relativos a las sanciones impuestas a abogados que no tienen relación alguna con la prestación de servicios en un determinado país) no es admisible.

Por su parte, el artículo 5.u) de la Ley 2/1974 (en su redacción dada por la Ley 25/2009) establece, como sabemos que corresponde a los Colegios Profesionales atender que las solicitudes de información y de realización de controles, inspecciones e investigaciones estén debidamente motivadas *“y que la información obtenida se emplee únicamente para la finalidad para la que se solicitó”*.

Por otra parte, es importante tener en cuenta que los datos relativos a sanciones están sujetos a un régimen de protección especial, tal como se desprende del apartado 5 del artículo 7 de la LOPD:

“Los datos de carácter personal relativos a la comisión de infracciones penales o administrativas sólo podrán ser incluidos en ficheros de las Administraciones públicas competentes en los supuestos previstos en sus respectivas normas reguladoras”.

Dicha previsión tiene importantes consecuencias ya que los datos personales relativos a sanciones sólo podrán ser tratados por las autoridades públicas que sean competentes para ello, que en este caso serían el CGAE, los Consejos Autonómicos, los Colegios de Abogados o la autoridad correspondiente en los términos previstos en la normativa aplicable.

C. Principio de información

El poder de disposición en que consiste el derecho a la protección de datos exige que el titular de los datos sea informado acerca de los tratamientos de que los mismos se lleva a cabo. Incluso cuando el tratamiento sea posible sin el consentimiento del afectado. Por ello, es necesario que el abogado cuyos datos sean comunicados a otras autoridades europeas o de otros Estados miembros debe ser cabalmente informado de ello. De este modo, además, se da cumplimiento a lo que establece el artículo 11 de la Directiva 95/46/CE y el artículo 5º de la LOPD.

En este sentido, además, el artículo 33 de la Directiva de servicios, que ya se ha transcrita más atrás, dispone claramente que *“El Estado miembro que comunique la información informará de ello al prestador”*.

D. Principio de seguridad

Dada la especial naturaleza de los datos relativos a sanciones, el responsable del fichero o tratamiento (el CGAE, los Consejos Autonómicos, los Colegios de Abogados) ha de adoptar las medidas de seguridad de nivel medio, de acuerdo a lo previsto en el art. 81.2.a) del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, aprobado por Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre²² (RLOPD).

4.3. *Habilitación para el tratamiento de datos de carácter personal relativos a sanciones disciplinarias*

A. **Habilitación para el tratamiento de datos**

En cuanto al tratamiento de datos personales, la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en adelante, LOPD), establece que la norma general es la necesidad del consentimiento del interesado o titular de los datos de carácter personal. No obstante, esta norma general, la necesidad del consentimiento, queda ex-

²² En concreto, el artículo 81.2.a) indica que deberán implantarse las medidas de seguridad de nivel medio en los ficheros o tratamientos de datos de carácter personal *“relativos a la comisión de infracciones administrativas o penales”*.

pcionada en caso de que exista una Ley que disponga otra cosa. En concreto, su artículo 6.1 indica que:

“El tratamiento de los datos personales de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la Ley disponga otra cosa”.

Al respecto, la habilitación para el tratamiento de datos personales relativos a la comisión de sanciones por abogados viene establecida en virtud de la normativa de servicios ya citada, en concreto, la Ley 17/2009, “Ley Paraguas”, y la Ley 2/1974, reformada por la Ley 25/2009 “Ley Ómnibus”.

Es decir, el tratamiento de datos relativos a sanciones impuestas a abogados no requiere del consentimiento del afectado en cuanto esté habilitado por las leyes que acabamos de señalar. Ya veremos más adelante cómo la cesión de datos, que es un supuesto de tratamiento y que está regulada en el artículo 11 de la LOPD, también es posible sin el consentimiento de los afectados.

En cuanto a las previsiones de la ley 17/2009 (en especial su artículo 32), y por lo que se refiere al tratamiento de los datos personales, es necesario tener en consideración los siguientes aspectos:

- Ha de tratarse de medidas disciplinarias y sanciones administrativas **firmes**: Es decir, que no quepa recurso alguno contra las mismas.
- Impuestas por cualquier autoridad competente: Pudiendo ser tanto judicial como administrativa, sea en este último caso un Colegio Profesional u otra autoridad administrativa²³.
- Que tengan relación directa con su actividad profesional: Respecto a esta previsión, la Memoria del análisis de impacto normativo relativo al Proyecto de Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio²⁴, de 27 de marzo de 2009, señala que al transponer al ordenamiento jurídico español el artículo 33 de la Directiva *“se ha sustituido la condición de que las decisiones deberán guardar relación directa con la competencia o la fiabilidad profesional del prestador, por la de*

²³ Por ejemplo, sería el caso de la sanción impuesta a un abogado por el incumplimiento de sus obligaciones en virtud de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo capitales y de la financiación del terrorismo, publicada en el BOE núm. 103, de 29 de abril de 2010.

²⁴ Disponible en la dirección de Internet: <http://www.minhap.gob.es/Documentacion/Publico/SGPEDC/09-03-27%20Memoria%20del%20an%C3%A1lisis%20de%20impacto%20normativo%20PLLAASE.pdf>

que guarden relación directa con su actividad comercial o profesional, lo que aparentemente es más amplio, pero resulta más operativo”.

B. Habilitación para la comunicación de datos a Autoridades europeas y nacionales de otros EE.MM. de la UE

En cuanto a la comunicación de datos personales, en tanto que supone un tratamiento, requiere asimismo, como norma general, el consentimiento del interesado o afectado. No obstante, dicha regla general también tiene excepciones, indicando el artículo 11.2.a) de la LOPD que el consentimiento no será necesario “*cuando la cesión esté autorizada en una Ley*”.

En este sentido, resulta necesario tener en cuenta el artículo 21 de la LOPD²⁵, considerando que los datos personales van a ser tratados para una finalidad específica que comparten las administraciones implicadas y que es la de garantizar la prestación de servicios en el mercado interior.

Por su parte el artículo 10.2.a) del RLOPD indica que no será necesario el consentimiento para el tratamiento o la cesión de datos cuando “*lo autorice una norma con rango de ley o una norma de derecho comunitario*” y en particular cuando “*el tratamiento o la cesión de los datos sean necesarios para que el responsable del tratamiento cumpla un deber que le imponga una de dichas normas*”.

Hasta la modificación operada en la Ley 2/1974 por la Ley 25/2009 (la llamada “Ley Ómnibus”), conforme a lo previsto en la Ley 17/2009 (“Ley Paraguas”), se planteaba si los Colegios Profesionales podían ceder o comunicar datos de sus colegiados referidos a sanciones impuestas.

La APDCM, en el informe que se ha citado más atrás, actualiza otro anterior de 2006, indicando ahora que:

*“De la dicción literal de este nuevo precepto se desprende, que —a consecuencia de la correspondiente modificación legal— **el legislador ha querido establecer —ex novo—** “por medio de una norma con rango de ley formal”, de manera específica e*

²⁵ Al respecto, resulta necesario destacar la Sentencia 292/2000, de 30 de noviembre, del Pleno del Tribunal Constitucional, publicada en el Suplemento al BOE núm. 4, de 4 de enero de 2000, que declaró nulo el inciso “*cuando la comunicación hubiere sido prevista por las disposiciones de creación del fichero o por disposición superior rango que regule su uso*” de manera que se requiere una norma con rango legal ya que no resulta suficiente una previsión en un Reglamento o norma inferior a la Ley. En cualquier caso, la comunicación de datos que una Administración Pública obtenga o elabore con destino a otra, no requerirá del consentimiento del titular de los mismos.

inequívoca, que compete a dichas Corporaciones de Derecho público “atender las solicitudes de información sobre sus colegiados y sobre las sanciones firmes a ellos impuestas”, pudiendo deducirse —incluso— que dicha función constituirá una nueva competencia atribuida —ex lege— a favor de los Colegios Profesionales.

En consecuencia, debe entenderse que **decae la exigencia** —a la que se hacía referencia en nuestro Informe de 20 de diciembre de 2006— de que para proceder a atender este tipo de solicitudes **realizadas por los ciudadanos** deba concurrir necesariamente el consentimiento de la persona afectada”.

Por lo tanto, la cesión o comunicación de datos personales, en los términos señalados, por el CGAE, los Consejos Autonómicos o los Colegios Profesionales a las autoridades competentes de la UE (en particular la Comisión) o de otros países miembros de la UE, no requiere del consentimiento de los abogados, como titulares de los datos personales.

Cuestión distinta, pero adicional, es el hecho de que la comunicación fuera de nuestras fronteras a Estados miembros de la UE supone una transmisión internacional de datos²⁶, que no requerirá autorización de la Agencia Española de Protección de Datos puesto que tiene como destino un Estado Miembro, de manera que no sale fuera del ámbito de aplicación de la Directiva 95/46/CE.

Es decir, resulta aplicable la excepción prevista en el apartado *k*), del artículo 34 de la LOPD, que prevé el supuesto relativo a la transferencia que “*tenga como destino un Estado miembro de la Unión Europea*”.

4.4. Retención y cancelación de los datos personales

La cancelación de los datos personales relativos a la comisión de sanciones, en los términos expresados, es relevante ya que supone que los mismos deban ser suprimidos una vez que transcurran los plazos legalmente previstos y no podrán ser cedidos o comunicados.

En relación con el sistema IMI es necesario tener en cuenta el artículo 4 de la Decisión 2008/49/CE, ya citada, que indica que: “*se cancelarán a los seis meses de la clausura formal de dicho intercambio, salvo que una autoridad competente solicite expresamente a la Comisión su cancelación antes de ese plazo*”.

²⁶ Supone una “transmisión” y no una “transferencia”, pues, jurídicamente, la comunicación internacional de datos a Estados Miembros de la UE no tiene la consideración de transferencia internacional.

Dicha cancelación se refiere al tratamiento de los datos personales en el sistema IMI, de manera que se aplica sin perjuicio de la cancelación y plazos de conservación con los que tengan que cumplir los Colegios de Abogados en virtud de las previsiones aplicables al respecto.

En cuanto al plazo de cancelación de los datos personales en el sistema IMI, es necesario tener en cuenta la normativa que regula dicho sistema. Es decir, el sistema es gestionado por autoridades competentes en los Estados miembros pero se rige por las normas establecidas por la Comisión.

Hay que resaltar que el sistema IMI está concebido como una herramienta informática para el intercambio de información, no como una base de datos. El matiz tiene importancia, ya que actualmente el sistema IMI funciona como tal y no como una base de datos de prestadores de servicios.

La “Declaración de confidencialidad del sistema”²⁷, en relación con la cuestión “¿Cuánto tiempo se conservarán los datos?”, señala lo siguiente:

*“Todos los datos personales que intercambien las autoridades competentes a través del IMI serán eliminados automáticamente por la Comisión a los seis meses del cierre oficial del intercambio de información. El intercambio de información seguirá conservándose en el sistema con fines estadísticos, pero todos los datos personales pasarán a ser anónimos. Toda autoridad competente que haya participado en un intercambio concreto de información puede pedir a la Comisión, tras el cierre del mismo, que elimine datos personales específicos. La Comisión dará curso a la solicitud en el plazo de 10 días hábiles, previo consentimiento de la otra autoridad competente participante en el intercambio”*²⁸.

Por su parte, el considerando 8 de la Decisión 2008/49/CE, de 12 de diciembre de 2007, relativa a la protección de los datos personales en la explotación del Sistema de Información del Mercado Interior, establece:

“A fin de garantizar el seguimiento de las consultas que se planteen entre autoridades competentes y a los efectos de aquellos casos en que un interesado desee apelar contra una decisión administrativa negativa que se haya adoptado basándose en un intercambio de información, resulta oportuno que todo dato personal objeto de intercambio entre autoridades competentes y procesado en el marco del IMI se conserve durante un plazo de seis meses, tras la clausura formal del intercambio de información. Transcurridos los seis meses, debe procederse a la cancelación de todos los datos personales. Un período de conservación de seis meses resulta apropiado porque

²⁷ Disponible en http://www.seap.minhap.gob.es/dms/es/areas/sistema_IMI/documentos/protec_datos/ClausulaCOM/privacy-statement-COM-es

²⁸ Traducción del texto disponible en inglés en: http://ec.europa.eu/internal_market/imi-net/docs/privacy_statement_en.pdf

corresponde a la duración de los procedimientos administrativos establecidos por la legislación comunitaria en el marco de los cuales se intercambia la información”.

La Recomendación de la Comisión de 26 de marzo de 2009 sobre directrices para la protección de datos en el Sistema IMI²⁹, señala que:

“No se trata de una base de datos destinada a almacenar información durante largos períodos de tiempo, sino de un mecanismo centralizado que permite a las Administraciones nacionales de los Estados miembros del EEE intercambiarse información, que se conserva durante un tiempo limitado”.

Y también que:

“Como norma general, todos los datos personales transmitidos en los intercambios de información se suprimirán seis meses después de dar por concluido formalmente el intercambio de información. La Comisión está introduciendo actualmente algunas modificaciones en el sistema (avisos recordatorios y listas de urgencias) con la finalidad de que las solicitudes puedan clausurarse oficialmente cuanto antes.

Existe también la posibilidad de que una autoridad competente solicite la supresión de los datos personales antes de que finalice el período de seis meses. Si la otra autoridad competente está de acuerdo, la Comisión dará cumplimiento a esas solicitudes en el plazo de diez días hábiles.

Las autoridades competentes deben saber que las solicitudes de supresión de datos personales pueden efectuarse en línea, para lo cual se localizará la solicitud clausurada y se pulsará el botón ‘Solicitar supresión de datos personales’”.

La guía también indica que:

“Es importante también recordar que en relación con los datos almacenados fuera del IMI por las autoridades competentes se aplica la legislación nacional en materia de protección de datos”.

Además de lo anterior, el *“Dictamen del Supervisor Europeo de Protección de Datos sobre la propuesta de la Comisión de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo que modifica la Directiva 2005/36/CE relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales y el Reglamento [...] relativo a la cooperación administrativa a través del Sistema de Información del Mercado Interior. (2012/C 137/01)”,* al que ya se ha hecho referencia más atrás, indica que:

“deberían establecerse las disposiciones adecuadas para garantizar que toda referencia a las acciones disciplinarias o sanciones penales que se adoptan o cualquier otra circunstancia grave específica será suprimida del expediente IMI de manera oportuna una vez que el acceso a la información ya no sea necesario.

²⁹ Disponible en http://ec.europa.eu/internal_market/imi-net/docs/recommendation_2009_C2041_es.pdf

La referencia propuesta a la supresión cuando 'ya no sea necesaria' es útil aunque, en nuestra opinión, no resulta suficiente para garantizar la coherencia y la seguridad jurídica. El SEPD, por tanto, recomienda que la propuesta especifique un período de conservación lo suficientemente corto para la información intercambiada. Por los motivos explicados anteriormente al tratar los períodos de conservación de las alertas, sería preferible que dicha información se conservara en el IMI únicamente mientras esto fuera necesario para que la autoridad de destino adopte la acción adecuada (por ejemplo, un período de seis meses para iniciar una acción de investigación o de ejecución)".

El Grupo de Trabajo del artículo 29 de la Directiva 95/46/CE en su Dictamen 7/2007 sobre cuestiones de protección de datos relacionadas con el Sistema de Información del Mercado Interior (IMI), WP 140³⁰, señala que.

"El sistema IMI es una herramienta especialmente concebida para compartir información y permitir a las autoridades competentes acceder a dicha información cuando sea necesario. Constituye un flujo de información, parte de ella sensible (conservándose los datos durante seis meses, tal como se explica a continuación en el apartado 4.2.c), y que debe por tanto respetar los principios establecidos en el artículo 8 de la Directiva sobre protección de datos".

Y en el apartado 4.2.c) relativo a cuestiones particulares relativas al plazo de conservación de los datos personales, el Grupo de Trabajo establece que:

"La intención de la Comisión es fijar en seis meses el plazo de conservación automática de los datos e integrar en la arquitectura del sistema una función de recordatorio automática para la supresión de los mismos.

La Directiva sobre protección de datos prevé, en su artículo 6, apartado 1, letra e), que los datos personales sólo se conservarán durante un período no superior al necesario para los fines para los que fueron recogidos o para los que se traten ulteriormente (véase también el Reglamento (CE) nº 45/2001). Esta condición es esencial para cumplir el principio de proporcionalidad en el tratamiento de los datos personales.

En opinión del GT29, el plazo de conservación de seis meses propuesto por la Comisión parece razonable a primera vista, si se considera que un mismo expediente puede requerir varios intercambios complementarios entre CA. El GT29 recomienda no obstante que, en su futura decisión de aplicación, la Comisión explique las razones para conservar los datos durante este período específico".

El citado Dictamen del Grupo de Trabajo explica que los datos personales son almacenados en el servidor de la Comisión en Luxemburgo y que *"La determinación del período de conservación adecuado de seis meses y, en consecuencia, del cumplimiento del artículo 4, letra e), del Reglamento nº 45/2001, exi-*

³⁰ Disponible en http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2007/wp140_es.pdf

girá una comprensión clara y explícita del objetivo o la finalidad de cada operación de tratamiento de datos; es también de suma importancia que éstos estén protegidos frente a accesos no autorizados”.

En cuanto a los datos que pudieran tratar y almacenar las autoridades nacionales fuera del sistema IMI, el Grupo de Trabajo indica que:

“En el supuesto de que las autoridades nacionales también conserven datos personales, éstos sólo deberán almacenarse durante el período de tiempo necesario para la conclusión del intercambio o la transacción para la cual se hayan recogido; los plazos para su supresión estarán en función de lo que prevea el Derecho interno de cada Estado miembro. Esta condición pasa a tener una gran importancia en los casos en que un funcionario de una AC esté habilitado para conservar esta información en el disco duro de su ordenador personal o en otro dispositivo de almacenamiento. El plazo de conservación sigue siendo válido, y los datos deben bloquearse tan pronto como dejen de ser útiles para los fines que hayan justificado su obtención. Esta exigencia se añade, naturalmente, a las obligaciones impuestas por el Derecho nacional en materia de protección de datos”.

Sin perjuicio de lo anterior, es necesario tener en cuenta el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo, de 7 de diciembre de 2011, sobre la “Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Mejorar la gobernanza del mercado único mediante una mayor cooperación administrativa: una estrategia para ampliar y desarrollar el Sistema de Información del Mercado Interior (‘IMI’)” y la “Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la cooperación administrativa a través del Sistema de Información del Mercado Interior (‘Reglamento IMI’)”³¹, que señala:

“hasta ahora ha venido describiéndose el IMI como una herramienta informática de intercambio de información, o en otras palabras, una herramienta de comunicación (véase, por ejemplo, el artículo 3 de la propuesta). Sin embargo, algunas de las aplicaciones mencionadas en la propuesta, en particular la función de ‘registro de información’, parecen trascender este concepto. La propuesta de ampliación a cinco años de los períodos de conservación también parece indicar el paso hacia una ‘base de datos’. Estas evoluciones alterarían fundamentalmente el carácter del IMI”.

Y que:

³¹ Publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea serie C, núm. 43, de 15 de febrero de 2012 (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2012:043:0014:0019:ES:PDF>)

“Los datos personales no deben ser accesibles durante más tiempo del necesario, por lo que se establecen períodos máximos de conservación, tras los cuales se bloquean los datos que se pueden cancelar automáticamente cinco años después de la clausura de un procedimiento de cooperación administrativa”.

4.5. Sobre la naturaleza jurídica de las bases de datos referentes a sanciones impuestas a abogados

Para concluir hemos de señalar que ni las bases de datos de los Distintos Colegios referidos a las sanciones impuestas a abogados, ni el fichero y registro de sanciones que afecten a los abogados que corresponde llevar al CGAE, tienen la consideración de “fuentes accesibles al público”.

Tal cuestión es importante por cuanto los datos recogidos en fuentes accesibles al público pueden ser sometidos a ciertos tratamientos sin autorización de los interesados y para finalidades más amplias de las previstas en las normas a las que se ha hecho referencia más atrás.

El artículo 3.j) de la LOPD define qué se entiende por fuentes accesibles al público y, en lo que ahora nos interesa señala que tendrán tal consideración “las listas de personas pertenecientes a grupos de profesionales que contengan únicamente los datos de nombre, título, profesión, actividad, grado académico, dirección e indicación de su pertenencia al grupo”. Por su parte, el artículo 7.1.c) del RLOPD añade que “La dirección profesional podrá incluir los datos del domicilio postal completo, número telefónico, número de fax y dirección electrónica. En el caso de Colegios profesionales, podrán indicarse como datos de pertenencia al grupo los de número de colegiado, fecha de incorporación y situación de ejercicio profesional”. Es decir, en ningún caso los datos relativos a las sanciones impuestas forman parte del contenido admisible en relación con las fuentes accesibles al público. Además, el artículo 7.2, que desarrolla el citado art. 3.j) de la LOPD, dispone que “En todo caso, para que los supuestos enumerados en el apartado anterior puedan ser considerados fuentes accesibles al público, será preciso que su consulta pueda ser realizada por cualquier persona, no impedida por una norma limitativa, o sin más exigencia que, en su caso, el abono de una contraprestación”.

Esto implica que no es de aplicación el artículo 11.2.b) de la LOPD, según el cual los datos de carácter personal objeto del tratamiento podrán ser comunicados a un tercero sin el previo consentimiento del interesado “cuando se trate de datos recogidos de fuentes accesibles al público”.

co". Tampoco son de aplicación, por supuesto, los artículos 28 a 30 de la LOPD.

Y asimismo implica, lo cual es mas importante, que los datos relativos a sanciones en ningún caso pueden ser objeto de consulta pública y generalizada, sino que deben someterse al régimen de tratamiento y cesión que se acaba de exponer en el presente Dictamen.

5. CONCLUSIONES

Primera. El CGAE, los Consejos Autonómico y los Colegios de Abogados son las autoridades competentes que tienen que cumplir con las obligaciones impuestas en virtud de la normativa sobre servicios y sobre Colegios Profesionales. Entre dichas obligaciones se encuentra la de dar respuesta a las solicitudes de información de las autoridades de otros EE.MM. de la UE y de las autoridades competentes en cuanto a la honrabilidad de los profesionales (en nuestro caso los abogados, colegiados ejercientes, no ejercientes, sin ejercicio, abogados inscritos y los que hayan obtenido su título profesional en otro Estado miembro de la Unión Europea, incluidos los que actúen en régimen de prestación ocasional de servicios), quienes actúan o pueden actuar como prestadores de servicios, así como de adoptar otras medidas para cumplir con la cooperación administrativa.

Segunda. La comunicación de información a las autoridades correspondientes de otros EE.MM. de la UE no requiere del consentimiento del interesado o titular de los datos (el abogado) ya que tal comunicación resulta habilitada por el artículo 5.u) de la Ley 2/1974, en su actual redacción, y por el artículo 32 de la Ley 17/2009.

Tercera. El tratamiento de datos personales relativo a la comunicación de sanciones a autoridades de otros EE.MM. de la UE y otras autoridades competentes, debe llevarse a cabo cumpliendo la normativa nacional y europea aplicable, teniendo en consideración el uso del Sistema IMI.

Cuarto. La comunicación de datos relativos a sanciones debe hacerse en todo caso con estricto respeto a los principios del derecho a la protección de datos, y en particular a los principios de calidad, finalidad, información, seguridad y habilitación del tratamiento.

Quinta. Dicha comunicación no requiere de autorización de la AEPD puesto que la misma se realiza a Estados miembros de la UE y del Espacio

Económico Europeo, de manera que queda cubierta por las excepciones previstas en la LOPD y además supone cumplir con una obligación legalmente prevista.

Sexta. Los datos personales objeto de intercambio entre autoridades competentes y procesados en el marco del sistema IMI serán cancelados a los seis meses de que se haya producido el intercambio de información entre las autoridades competentes.

Séptima. En ningún caso cabe admitir la publicación indiscriminada de los datos de sanciones impuestas a abogados.

Regulación de la Ley de Habeas Corpus y preceptividad de intervención letrada

(Informe 6/2015)

1. INTRODUCCIÓN Y OBJETO DE LA CONSULTA

El “Habeas Corpus”, es el derecho constitucionalmente establecido en el artículo 17.4 de la Constitución Española de 27 de diciembre de 1978 —en adelante C.E—, que establece que *la ley regulará un procedimiento de habeas corpus para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente...*, regulado actualmente en el ordenamiento jurídico español por la Ley Orgánica 6/1984 de 24 de mayo (en adelante LOHC), que consta únicamente de nueve artículos y tiene como finalidad, poner al detenido inmediatamente a disposición de la Autoridad Judicial competente, para que ésta realice un control de la legalidad o ilegalidad de la detención.

Es un procedimiento especial porque el juez goza de amplias facultades en la estimación de la prueba y de cognición limitada pues a través de él se busca solamente la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona ilegalmente detenida. Es también un proceso constitucional porque su objeto es una pretensión de amparo, fundada en las normas del derecho constitucional y nacida con la violación de un derecho fundamental. Es similar a los procedimientos de amparo por su fin, pero su ámbito de aplicación es más restringido puesto que sólo se refiere al derecho a la integridad física y a la libertad de los artículos 15 y 17 CE.

Este informe surge ante la necesidad de que la intervención del abogado en el procedimiento de habeas corpus sea preceptiva. El papel del abogado en este procedimiento es de vital importancia y ello, entre otras razones, porque el concepto de seguridad jurídica acompaña el derecho a la libertad. La seguridad jurídica consiste en determinar los supuestos y los requisitos legales para privar de libertad a las personas. Se desprende de ello que la privación de libertad debe de ser concebida como una excepción y debe hacerse con respecto a la exigencia de legalidad. El segundo inciso del artículo 17.1º CE establece que: “nadie puede ser privado de su libertad, sino en los casos y en la forma previstos en la ley”.

Justificaremos la necesidad de intervención del abogado en el procedimiento de habeas corpus con la consiguiente necesidad de modificación de algunos preceptos de la ley.

Y ello, porque el artículo 4 de la LOHC establece que *“El procedimiento se iniciará, salvo cuando se incoe de oficio, por medio de escrito o comparecencia, no siendo preceptiva la intervención de Abogado ni de Procurador”*.

2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

El habeas corpus surgió como réplica frente a los abusos de privación de la libertad física ejercitada por poderes absolutistas. Los primeros documentos históricos sobre el hábeas corpus se hallan en el *Libelo de homine exhibendo* del derecho romano (El interdicto está basado en el principio de que nadie debe retener al hombre libre con dolo), así como en la carta Magna Inglesa de 1215. También en el *Fuero de Aragón* de 1428, y en el *Hábeas Corpus Act* de 1679. La institución del hábeas corpus fue concebida originalmente como una forma de evitar agravios e injusticias cometidas por los señores feudales contra sus súbditos o personas de clase social inferior. Es un instituto propio del Derecho anglosajón, donde cuenta con una antigua tradición.

En nuestro país es difícil establecer si los elementos relativos a la libertad de la persona en las Constituciones de 1869 y 1876 constituyen o no antecedentes del habeas corpus pero sin duda ninguna empezaron a regular y a tutelar la libertad personal.

Los artículos 17, 24 y 25 de la CE (los tres dedicados a la regulación de los derechos del detenido) surgen en un contexto favorable a la promoción de las libertades fundamentales y constituyen una respuesta a los anhelos de mayor protección de la libertad y seguridad personal que aparecen en los años sesenta.

3. DERECHO COMPARADO

Dentro de los países europeos, sólamente en Portugal y España (hecha salvedad de Inglaterra por supuesto) se instrumentaliza la garantía de la libertad a través del habeas corpus. En los demás países existen algunas instituciones e instrumentos procesales de parecido significado pero no tienen el alcance de esta garantía.

No obstante, en el seno de la UE, los países miembros decidieron establecer un proceso de homogenización de las legislaciones penales de estos países, estableciendo un catálogo de derechos mínimos homogéneos y asegurando un nivel uniforme de protección de los derechos procesales, reforzando así la confianza entre los sistemas judiciales de los países miembros y potenciando los instrumentos de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y la cooperación judicial.

Para ello se instauró un programa u hoja de ruta, conocido como “Estocolmo”, integrado por varias Directivas, de las cuales tres de ellas están promulgadas y en vigor.

Las referidas Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo íntimamente relacionadas con las garantías en la detención y el derecho a asistencia letrada son las siguientes:

1. Directiva 2010/64/UE, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho de interpretación y traducción en los procesos penales, publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea el 26 de octubre de 2010, con entrada en vigor a los 20 días y plazo máximo de transposición el 27 de octubre de 2013.

Versa sobre la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones en materia penal presupone que los Estados miembros confían en los sistemas judiciales penales de los demás Estados miembros. El alcance del reconocimiento mutuo depende en gran medida de una serie de parámetros entre los que se incluyen mecanismos de protección de los derechos de las personas sospechosas o acusadas y la definición de las normas mínimas comunes necesarias para facilitar la aplicación del principio de reconocimiento mutuo.

2. La Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho de información, publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea el 6 de junio de 2012, con entrada en vigor a los 20 días y plazo máximo de transposición el 2 de junio de 2014. Su art. 1 define el objeto de la misma que es el derecho de las personas sospechosas o acusadas a recibir información sobre sus derechos en los procesos penales y sobre las acusaciones formuladas contra ellas.

Los art. 3 y 7, los que se contienen bajo la denominación “Derecho de acceso (bien del propio detenido, bien de su abogado) a los materiales del Expediente” es decir, a todos aquellos documentos relacionados con el expediente específico, que obren en poder de las autoridades competentes y

que resulten fundamentales para impugnar la legalidad de la detención o de la privación de libertad.

3. Directiva 2013/48/UE, de 22 de octubre de 2013, sobre el derecho a la asistencia de un letrado en los procesos penales, publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea el 6 de noviembre de 2013, con entrada en vigor a los 20 días y plazo máximo de transposición el 27 de noviembre de 2016. Versa sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad. Art. 1.

El derecho a la asistencia letrada recogido en su art. 3 podría resumirse en:

- a) Velar por que el sospechoso o acusado tenga **derecho a entrevistarse en privado y a comunicarse con el letrado que lo represente, inclusive con anterioridad a que sea interrogado por la policía u otras fuerzas o cuerpos de seguridad o autoridades judiciales**.
- b) Velar por que el sospechoso o acusado tenga derecho a que su letrado esté presente e intervenga de manera efectiva cuando lo interroguen.
- c) Velar por que el sospechoso o acusado tenga derecho al menos a que su letrado esté presente en actuaciones de investigación o de obtención de pruebas, ruedas de reconocimiento, careos y, reconstrucciones de los hechos.

Pues bien, se viene invocando ante los Juzgados de instrucción en funciones de guardia, la aplicación directa de los derechos que incorporan estas normas respecto de la persona detenida (y posibilidad de solicitud del procedimiento de *habeas corpus*); así como la urgente reforma legislativa para adaptar nuestra legislación a dichas Directivas y la necesidad de salvar las diferentes interpretaciones que en la aplicación de las mismas surgen en el ámbito de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado y del colectivo de Abogados.

La Asociación Libre de Abogados —ALA— ha recurrido en amparo al Tribunal Constitucional para que se apliquen las Directivas en las Comisarías. Y ello, tanto por inadmisión “a limine” de la solicitud de *Habeas Corpus* —por vulneración de los arts. 17 y 24.1º C.E., como por la denegación de acceso al atestado— 17.3º CE y 3.2.a) de la Directiva.

ALA alega que estas Directivas vienen por tanto a confirmar la doctrina ya establecida del TEDH de que el derecho de defensa se aplica con toda su intensidad ya durante el periodo de *sospecha* sobre un ciudadano, cuando los indicios racionales de la comisión de un delito aún no han sido ratificados en sede judicial; y muy en particular en lo que a las facultades de actuación del letrado se refieren, desplazándole de su posición primaria de mero fiscalizador de la actividad policial a una posición dinámica de garante activo de los derechos a la libertad y a un juicio equitativo, permitiéndole intervenir, asesorar, consultar el atestado y, según la Directiva 2013/48/UE, incluso mantener una entrevista reservada previa.

Pues bien, el pasado 22 de abril se ha publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales tras la aprobación definitiva por el Congreso de los Diputados, el Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifican la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para transponer la Directiva 2010/64/UE, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales y la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales.

En ella obran modificaciones importantes, destacando en lo relativo al objeto de este informe lo mencionado en los siguientes artículos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal:

El art. 118, 1 b) *Derecho a examinar las actuaciones con la debida antelación para salvaguardar el derecho de defensa y*; el art. 520.2ºd) *Derecho de acceso a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad*. Y ello porque dicho acceso es imprescindible para verificar si se dan las circunstancias necesarias para que prospere un procedimiento de *habeas corpus*.

Sin embargo, se ha perdido la oportunidad en esta reforma legislativa, de marcar con claridad y valentía los límites del derecho de defensa del detenido, en definitiva no se ha realizado una trasposición literal de las mencionadas Directivas, más en concreto del artículo 3 a) de la Directiva 2013/48/UE, de 22 de octubre de 2013.

Precisamente, el Consejo General de la Abogacía Española publicó, Tírrant lo Blanch. Valencia 2012, páginas 67-80, el Informe —nº 5/2011— de esta Comisión Jurídica sobre el derecho a la asistencia letrada al detenido (art. 17.2 CE), su relación con el derecho a la defensa (art. 24.2 CE) y posibilidades para su reforzamiento.

En el mismo se cuestionaba la imposibilidad del detenido, en nuestro Derecho procesal, de mantener con su abogado una entrevista previa a su declaración en sede policial analizando la STC N° 196/1987 en la que se afirmaba 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 del (art. 17.3 CE), convirtiéndose el abogado en mero convidado de piedra. Por esta Comisión se ha mantenido que, efectivamente “*no puede 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*”. Máxime cuando los Tratados Internacionales sobre derechos humanos ratificados por España contemplan expresamente la preparación de la defensa como derecho subjetivo (art. 6.3 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y el art. 14.3º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Por lo tanto “*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*”.

Con el derecho a la asistencia letrada tal y como se ha recogido en el art. 3 la Directiva 2013/48/UE, de 22 de octubre de 2013 queda salvaguardado el derecho fundamental de defensa sin límites ni cortapisas. Ahora bien, tendrá que ser el legislador quien no espere al plazo máximo de transposición (27 de noviembre de 2016) para adaptar nuestra legislación a dicha Directiva.

El procedimiento de habeas corpus sin embargo, cuenta con un amplio desarrollo normativo en América Latina, Argentina, Bolivia Chile, Costa Rica, Ecuador México, Perú. También en Canadá y Estados Unidos del Norte de América existe aunque con una parca regulación. Y, por su parte, diversas organizaciones como Amnistía Internacional y Human Rights Watch abogan por la instauración de un hábeas corpus mundial “World Habeas Corpus”. Esto es, el establecimiento de una jurisdicción que abarcaría todas las naciones como parte fundamental de los derechos humanos. Asimismo, sobre la realidad de las diversas legislaciones nacionales y acuerdos internacionales existentes, estas organizaciones promueven la aplicación del hábeas corpus a los detenidos sin motivación legal. Sería necesario para ello la creación de un tribunal internacional en aras a garantizar los derechos ante detenciones ilegales y torturas.

4. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

“Mediante el procedimiento de habeas corpus, la Constitución ha abierto un medio de defensa de los derechos establecidos en el art. 17 CE, que permite hacer cesar de modo inmediato las situaciones irregulares de privación de libertad, a través del cual se busca la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente” (STC 26/1995, de 6 de febrero, FJ 5 EDJ 1995/121). O, en palabras de la STC 21/1997, de 10 de febrero, FJ 6 EDJ 1997/56, la finalidad esencial de este procedimiento “es la de controlar la legalidad de la detención practicada y hacer cesar de inmediato las situaciones irregulares de privación de libertad (SSTC 194/1989 EDJ 1989/10253 y 104/1990 EDJ 1990/5858, entre otras), frente a detenciones ilegales o que transcurran en condiciones ilegales (STC 153/1988 EDJ 1988/469).

En la STC 29/2006 de 30 de enero se dice que la lesión de la tutela judicial efectiva en el marco de la resolución de un procedimiento de “habeas corpus”, equivale a la lesión del derecho contenido en el art. 17 CE. En la misma se hace referencia a la Sentencia de 10 de Julio de 1986 de este mismo Tribunal, en la que se define este procedimiento como de “carácter especial”, “de cognición limitada” y que su finalidad es la búsqueda de “la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente”.

Recuerda el TC, en el Auto 255/2007 de 23 de mayo de 2007, que en el proceso penal el derecho de asistencia letrada tiene una especial proyección por dos motivos: uno, la complejidad técnica de las cuestiones jurídicas que en él se debaten, y dos, la relevancia de los bienes jurídicos que pueden verse afectados (SSTC 233/1998, de 1 de diciembre, y 162/1999, de 27 de septiembre). Y en ésta línea afirma que el mandato legal de defensa por medio de Abogado en el proceso penal es una garantía de un correcto desenvolvimiento del mismo, que pretende asegurar, en particular, la ausencia de coacciones durante el interrogatorio policial y, en general, la igualdad de las partes en el juicio oral, siendo ello lo que justifica que la asistencia letrada “ha de ser proporcionada en determinadas condiciones por los poderes públicos, por lo que la designación de tales profesionales se torna en una obligación jurídico-constitucional que incumbe singularmente a los órganos judiciales (SSTC 47/1987, 139/1987, 135/1991 y STC 132/1992.

Es interesante destacar la STC Sala 1 de 25 febrero 2008, en la que se promueve amparo frente al auto que denegó la incoación de “habeas cor-

pus” del recurrente por haberlo interpuesto su abogado —no figurando entre quienes, conforme al art. 3 LOHC se encuentran legitimados para instar esta singular garantía constitucional—. El TC estima lesionado su derecho a la libertad personal. Y, ello porque el Letrado no actuó en su propio nombre sino en el del recurrente y, en segundo lugar, afirma que no es posible fundamentar la improcedencia de la inadmisión en que el recurrente no se encontraba ilícitamente privado de libertad, pues el contenido propio del “habeas corpus” es determinar la licitud o ilicitud de dicha privación. En el mismo sentido se pronuncian las SSTC 61/2003, de 24 de marzo y SSTC 224/1998, de 24 de noviembre.

La doctrina constitucional en cuanto a la denegación de incoación del procedimiento habeas corpus, la encontramos recogida en las SSTC 208/2000 y 209/2000, ambas de 24 de julio, 232/2000, de 2 de octubre, y 263/2000, de 30 de octubre. *“Inadmitir a trámite el Juzgado competente su solicitud de habeas corpus con evidente falta de motivación, va en contra de una consolidada doctrina de este Tribunal. Por tanto, el rechazo liminar de la solicitud presentada supone una interpretación a todas luces contraria a lo establecido en el art. 17.4 CE”*.

En cuanto al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la mayor parte de las sentencias se refieren a las denuncias interpuestas contra alguno de los Estados Parte del Convenio por considerar que, o bien la detención fue ilegal o que siendo en principio legal devino con posterioridad en ilegal, fundamentalmente por excederse del tiempo límite de la detención —STEDH, 25 junio 1996 EDJ 1996/12079—.

De igual manera, y partiendo de la diferencia entre privación de libertad y restricción de la misma, es preciso aclarar qué entiende el Tribunal por detención ilegal, debiendo ser citadas las SSTEDH de 1 julio 1997 EDJ 1997/15637, indicando que la detención debe observar las condiciones de legalidad y de regularidad. La “legalidad” consagra la necesidad de seguir el procedimiento fijado por la legislación nacional; la “regularidad” de la detención supone la conformidad al derecho interno, pero también a la finalidad de las restricciones autorizadas por el art. 5,1 del Convenio EDL 1978/3879: proteger al individuo contra lo arbitrario. Y esta irregularidad debe manifestarse tanto en la adopción como en la ejecución de la medida privativa de libertad, y la STEDH de 20 marzo 1997 EDJ 1997/15600 en la que se afirma que aunque el art. 5,1 Convenio (EDL 1979/24010) reenvía a los derechos internos de cada Estado Parte, se exige que, en todo caso, la conformidad de cualquier medida privativa de libertad sea impuesta de

forma acorde a la finalidad del precepto, es decir, proteger al individuo frente a la arbitrariedad.

5. JUSTIFICACIÓN Y NECESIDAD DE INTERVENCIÓN LETRADA EN EL PROCEDIMIENTO DE *HABEAS CORPUS*

La intervención letrada en este procedimiento es imprescindible, consecuentemente preceptiva y, así ha de contemplarse, variando por tanto la regulación actual.

En cuanto a la legitimación del abogado defensor de un detenido para instar el procedimiento de *habeas corpus*, cabe significar que, si bien no se encuentra amparado legalmente para ello (salvo que sea su representante legal o se den las razones de parentesco o afectividad), sí que de acuerdo con el Tribunal Constitucional en Sentencia 224/1998 de 24 de noviembre, lo está tácitamente, ya que siempre podrá actuar como mandatario del detenido. Pero no es suficiente, que pudiera deducirse de modo tácito, sino que ha de ser regulado de modo expreso y detallado en la ley.

Procedemos a resumir la legislación que recoge la asistencia letrada, a saber:

1. Constitución consagra en su artículo 24 el derecho de los ciudadanos a la defensa y a la asistencia letrada sin que en ningún caso pueda producirse indefensión, y a su vez en el artículo 17.3 garantiza el derecho a “la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca”.

2. Directiva 2013/48 sobre el derecho a la asistencia letrada en los procesos penales cuyo art. 3 hemos explicado con anterioridad.

3. El art. 118 LECr determina que el derecho de defensa nace desde el mismo momento de la detención del ciudadano y de ahí también que el Tribunal Supremo afirme tajantemente que “*la asistencia letrada va irremediablemente unida al derecho de defensa*” y supone la “*efectiva realización de los principios de igualdad y contradicción para evitar desequilibrios jurídicos entre las partes*” (STS 06/03/1995).

4. El art. 30 del Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española establece el deber del abogado de colaborar con la Justicia, éste se refiere a la finalidad de hacer valer el derecho a la libertad del artículo 17 de nuestra Constitución Española de 27 de diciembre de 1978.

5. Este derecho a la defensa y a la asistencia letrada viene recogido en convenios internacionales ratificados por España y por ello con valor de derecho interno tal y como se establece en los artículos 10.2 y 96.1 de la CE.:

5.1. El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de Roma de 4 de noviembre de 1950, en vigor en España desde el 4 de octubre de 1979, en su artículo 6.3 c), dispone que todo acusado tiene, como mínimo, el derecho a “defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios para pagarla, poder ser asistido gratuitamente por un Abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan”.

5.2. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva Cork, de 19 de diciembre de 1966, ratificado por instrumento de 27 de abril de 1977, dispone en su artículo 14.3.b) que toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad a “disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección y a defenderse personalmente o a ser asistida por un defensor de su elección: a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si carece de medios suficientes para pagarla”.

Así lo ha destacado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (En adelante TEDH) en Sentencia de 25 de abril de 1983, asumida y reiterada con posterioridad por nuestro Tribunal Constitucional en STC 37/1988, de 3 de marzo entre otras.

6. Igualmente en el libro II, Título III, artículos 282, 292 y 297.3 de la LECrim. donde se regulan las funciones de la Policía Judicial, así como en el artículo 11.1.g) de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (en adelante LOFCS) y artículo 767 de la LECrim.; “Desde la detención o desde que de las actuaciones resultare la imputación de un delito contra persona determinada será necesaria la asistencia letrada. La Policía Judicial, el Ministerio Fiscal o la autoridad judicial recabarán de inmediato del Colegio de Abogados la designación de un abogado de oficio, si no lo hubiere nombrado ya el interesado”.

El procedimiento de habeas corpus, pese a ser ágil y sumario, no debe verse reducido en su calidad o intensidad. Se exige, por tanto, del control judicial un verdadero mecanismo eficaz para la protección de los derechos fundamentales obrantes, de los cuales figura como estandarte el de la libertad personal.

Precisamente por la sumareidad y celeridad del procedimiento es totalmente necesaria y obligatoria la presencia del abogado en el mismo, como garante de derechos constitucionales que amparan a toda persona detenida.

Desde la perspectiva del artículo 24.2, el derecho a la asistencia letrada, no es sólo un requisito procesal, por cuyo cumplimiento ha de velar el propio Órgano Judicial y el Ministerio Fiscal, sino que es un derecho del imputado aún antes del procesamiento (preprocesal) como así lo reivindican los artículos 118 y 384 de la LECrim.

La detención debe regirse por los principios de legalidad, de excepcionalidad, de subsidiariedad, proporcionalidad, de instrumentalidad, de necesidad, de provisionalidad y de temporalidad. Para garantizar que no se vulnera ninguno de estos principios es imprescindible la intervención del abogado desde el momento de la detención. La ilicitud de la privación de libertad puede tener diferentes causas tal y como ha venido consagrando nuestro Tribunal Constitucional: que no concurren los presupuestos legales; privación de libertad ilícita, ya por carecer de cobertura legal o ser ésta insuficiente, ya por producirse en centro o bajo autoridad distintos de los legalmente establecidos (STC 139/2001, de 16 de julio); transcurso del tiempo legalmente establecido para la detención, prisión provisional o prisión (STC 98/2002, de 29 de abril o 224/2002, de 25 de noviembre); d) falta o deficiente motivación de la prisión provisional (SSTC 8/2002, de 24 de enero o 142/2002, de 17 de junio, entre otras) y; vulneración de los derechos sustanciales o procesales del privado de libertad

Se considera ilegal por ausencia o insuficiencia de imputación y; los arts. 167 y 530 del Código Penal recogen las diferentes actuaciones cometidas por funcionarios públicos que pueden desencadenar un procedimiento de habeas corpus.

No son estas cuestiones fácticas que pueda alegar sin el debido asesoramiento una persona detenida en un formulario cumplimentado en el centro de detención. En el procedimiento de hábeas corpus se realiza un control de la legalidad de la detención, tratando cuestiones jurídicas de suficiente entidad y complejidad como para justificar la preceptiva asistencia letrada del detenido.

El derecho a la tutela judicial efectiva, amparado en el art. 24.1 de la Constitución Española, se lesiona porque según doctrina reiterada del Tribunal Constitucional, se ha declarado que siempre que exista una situación fáctica de privación de libertad no puede denegarse la incoación del procedimiento de habeas corpus, sino que es preciso ordenar la comparecencia

del detenido y oír a las partes. Rechazar la iniciación del procedimiento, basándose en la legalidad de la detención, resulta inadmisible, ya que no se escuchan las alegaciones de las partes y se genera indefensión. Y, en este aspecto es fundamental la intervención del abogado.

Un argumento de peso para la necesaria intervención letrada es que, según el art. 6º LOHC frente al Auto por el que se deniegue la solicitud no cabe recurso alguno. Pues bien, según lo establecido en el art. 248.1 LOPJ se exige que los autos judiciales estén motivados. Cuando éstos supongan afectación a derechos fundamentales, constitucionalmente protegidos, han de estarlo especialmente dado los derechos que entran en juego (STC 25/2000) “deber reforzado de motivación”. Se exige, por tanto, una motivación mayor y reforzada que la motivación ordinaria. La falta de motivación en una denegación del procedimiento habeas corpus, supone una vulneración del art. 24.1 CE. Esto ocurre cuando el Auto judicial denegando la solicitud es estereotipado y faltó de fundamentación. Por ello, entendemos que, ante la falta de motivación en el Auto que deniega la solicitud debería ser susceptible de recurso.

6. NECESIDAD DE CONCRECIÓN EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

Tal y como expusimos al principio, debemos poner de relieve que, en la lectura de derechos a toda persona detenida recogidos en el art. 520 LECrim no se recoge expresamente el derecho a solicitar el procedimiento de habeas corpus.

Esta laguna, hasta ahora y, desde el año 2007, ha venido siendo subsanada a través de la **Instrucción 12/2007** de la Secretaría de Estado de Seguridad del Ministerio del Interior sobre los comportamientos exigidos a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado para garantizar los derechos de las personas detenidas o bajo custodia policial. Concretamente en la Instrucción TERCERA. Derechos del detenido en su apartado 3º de dice que “*También se le informará de su derecho constitucional a solicitar el 'habeas corpus', si considera que su detención no está justificada legalmente o que transcurre en condiciones ilegales, facilitándole a tal efecto el impreso de solicitud que se acompaña como anexo*”.

No sólo se les informa de dicho derecho, sino que se explica brevemente en qué consiste el mismo (en la práctica no en todas las comisarías).

Pues bien, en la Ley Orgánica 5/2015, de 27 de abril, por la que se modifican la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para transponer la Directiva 2010/64/UE, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales y la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales de 20 de marzo de 2015; se modifican los apartados 2, 3 y 5 del artículo 520, y se introduce un nuevo apartado 2 bis, todo ello conforme a la siguiente redacción:

520.2.d) *Derecho de acceso a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad.*

Y, en el segundo párrafo del art. 520.2º se dice.: *Asimismo, se le informará del plazo máximo legal de duración de la detención hasta la puesta a disposición de la autoridad judicial y del procedimiento por medio del cual puede impugnar la legalidad de su detención.*

Obviamente, se ha mejorado la regulación anterior, pero entendemos que debería mencionarse expresamente (y tal y como se recoge en los impresos que utilizan las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad) el derecho a solicitar el procedimiento de habeas corpus y, en el caso de que se desee ejercitarlo, sea preceptiva la intervención Letrada tal y como hemos mantenido a lo largo de este informe con la consiguiente reforma de la LOHC.

7. CONCLUSIONES

I. La intervención del Letrado en el procedimiento de habeas corpus debe ser preceptiva. Consecuentemente debe modificarse el artículo cuarto de la Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del procedimiento de “Habeas Corpus” quedando con la siguiente redacción “*El procedimiento se iniciará, salvo cuando se incoe de oficio, por medio de escrito o comparecencia, siendo preceptiva la intervención de Abogado*”.

Tal y como expusimos con anterioridad, en el procedimiento de hábeas corpus se realiza un control de la legalidad de la detención, tratando cuestiones jurídicas de suficiente entidad y complejidad como para justificar la preceptiva asistencia letrada del detenido.

II. Necesaria modificación del art. 3 de la LOHC incluyendo la legitimación del abogado para instar el procedimiento de hábeas corpus, debiendo quedar regulado de este modo: “*Podrán instar el procedimiento de ‘Habeas Corpus’ que esta ley establece*”.

a) El privado de libertad, su cónyuge o persona unida por análoga relación de afectividad, descendientes, ascendientes, hermanos y, en su caso, respecto a los menores y personas incapacitadas, sus representantes legales.

b) El Ministerio Fiscal.

c) El Defensor del Pueblo.

d) El Abogado, designándose de oficio cuando no lo hubiese nombrado por sí mismo la persona detenida y lo solicitare”.

Asimismo, lo podrá iniciar, de oficio, el Juez competente a que se refiere el artículo anterior.

II. En consonancia con lo anterior, debe incluirse expresamente (y no se ha hecho en la LO5/15) en el art. 520 de la LECRM (porque así lo recoge la Constitución Española en su artículo 24.2, en relación con el art. 17) un nuevo apartado 2.i) con la siguiente redacción: “*Derecho a solicitar el procedimiento de habeas corpus*”,

8. BIBLIOGRAFÍA Y FUENTES CONSULTADAS

El “status” jurídico del detenido y la vulneración de sus garantías: el “habeas corpus” y la detención ilegal; reseña jurisprudencial. La detención preventiva: naturaleza jurídica y presupuestos. Autor: Gemma Gallego Sánchez, Magistrada. Editorial: El Derecho Editores. 18 de enero de 2006.

El “Habeas Corpus” de Cristina Fuertes-Planas Aleix, Doctora de Filosofía del Derecho, Moral y Política I en la Facultad de Ciencias de la Información de la Universidad Complutense de Madrid.

Ana Guide Fernández, “El habeas corpus en España”, Tirant lo Blanch, 2008.

Marchal Escalona, Nicolás, *El atestado: Inicio del proceso penal*, Aranzadi, 2010.

Gimeno Sendra, Vicente, *El proceso de habeas corpus* (2.ª Ed.), TECNOS, 1996.

La memoria del impacto normativo de la Ley de Tasas

(Informe 4/2013)

Las decisiones en tiempos de crisis: los fundamentos de hecho y las finalidades de la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses.

Pocas disposiciones normativas en el ámbito de la Administración de Justicia han sido tan contestadas, debatidas y combatidas como la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses. Ya desde la primera etapa de su formulación como Anteproyecto suscitó el interés de la Judicatura, la Abogacía y los ciudadanos en general.

Publicada la Ley en el Boletín Oficial del Estado las reacciones fueron inmediatas ante la posibilidad de que pudiera incurrir en inconstitucionalidad por lesionar el derecho a la tutela judicial efectiva. Se han presentado contra ella varios recursos de inconstitucionalidad¹, y ha provocado reacciones institucionales², colectivas y hasta alguna que podría calificarse como más personal³.

¹ El recurso de inconstitucionalidad número 973-2013, contra los artículos 1, 2, 3, 5, 6, 7 y 11 de la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, promovido por el Grupo Parlamentario Socialista, fue admitido a trámite por providencia de 12 de marzo de 2013. El recurso de inconstitucionalidad número 995-2013, contra los artículos 1 al 11 de la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, promovido Gobierno de la Generalitat de Cataluña, fue admitido a trámite el 12 de marzo de 2013, la misma fecha en la que se admitió a trámite el recurso número 1024-2013, promovido por la Junta de Andalucía contra los artículos 1, 2, 3, 4 y 7 de la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses. A ellos se suma el Gobierno de Canarias, que ha acordado interponer recurso contra la Ley tras el Consejo de Gobierno de 2 de agosto de 2013.

² En la página www.abogacia.es queda patente la reacción institucional del Consejo General de la Abogacía Española.

³ Varios blogs se han publicado contra las tasas. Por su parte, en un escrito publicado en la red el 23 de noviembre de 2012 el Magistrado Juez del Juzgado de lo

En febrero de 2012 la Defensora del Pueblo entregó al Ministro de Justicia una serie de recomendaciones críticas⁴, considerando que:

“deberían reducirse considerablemente las tasas de la primera instancia civil y contencioso-administrativa, no tanto porque en abstracto sean per se lesivas de derecho alguno, sino porque existe un alto riesgo de que pudieran serlo en casos individualizados”.

La aceptación parcial de estas consideraciones, junto con la contestación social a las medidas, condujo derechamente a la modificación de la Ley mediante el Real Decreto-ley 3/2013, de 22 de febrero⁵, por el que se modifica el régimen de las tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y el sistema de asistencia jurídica gratuita.

Como era previsible, son muchas las páginas que se han dedicado al contenido de la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, en forma de recursos o impugnaciones⁶, artículos doctrinales y dictámenes o informes de varias instituciones. Ha contribuido a ello, sin duda, la accidentada historia de la norma.

Social número 1 de Benidorm, Don Carlos Antonio Vegas Ronda expuso, tras un razonamiento sobre la compatibilidad de la tasas con el derecho comunitario: *“RESUELVE: Que es su criterio, entender que en el ámbito social de la Jurisdicción la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología no es de aplicación al ser contraria al Derecho de la Unión Europea, y no será exigible su pago en los trámites del recurso de suplicación”.*

⁴ Los datos pueden encontrarse en www.defensordelpueblo.es

⁵ El Real Decreto-ley 3/2013, de 22 de febrero, por el que se modifica el régimen de las tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y el sistema de asistencia jurídica gratuita, ha sido también impugnado ante el Tribunal Constitucional. En la fecha en que se cierra este informe, agosto de 2013, no consta que los recursos de inconstitucionalidad hayan sido admitidos a trámite.

⁶ Por otra parte, el 4 de junio de 2013 el Tribunal Constitucional acordó admitir a trámite la cuestión de inconstitucionalidad número 1628-2013, en relación con los artículos 4.3, 7 y 8.2 de la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, por posible vulneración del artículo 24 de la Constitución. La cuestión fue planteada a instancias del abogado del recurrente, un pensionista, por el Juzgado de lo Social número 1 de Tarragona, en el procedimiento número 584/2010, en relación con los artículos 4.3, 7 y 8.2 de la Ley 10/2012, de 20 de noviembre. Se utilizó en este caso el modelo de OTROSÍ que el Consejo General de la Abogacía Española había puesto a disposición de los abogados, desde noviembre de 2012, cuyos clientes pudieran ver afectados su derecho a la tutela judicial. Tras una abundosa cita de jurisprudencia se hace referencia en sus argumentos al principio de capacidad económica, a la creación

Este informe, que responde a una concreta petición de la Comisión Jurídica del Consejo General de la Abogacía Española, no pretende hacer un estudio completo de la Ley o los argumentos que se han utilizado contra ella o en su defensa. Se trata, según el encargo, de analizar la memoria del impacto normativo de la norma y desbrozar, en la medida de lo posible, los razonamientos y justificaciones que fundamentaron la decisión del legislador.

Por esta razón, este informe de no reiterará argumentos ya expuestos con solvencia por competentes juristas, salvo cuando el hilo del discurso lo exija, ni expondrá las líneas jurisprudenciales y doctrinales en la materia, que afecta, por otra parte, a asuntos de gran calado en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva, la configuración y los límites del sistema tributario, las alternativas para la financiación de los servicios públicos y las temibles consecuencias de la crisis económica.

En el planteamiento de la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, cabe detectar dos finalidades fundamentales, más o menos expresas en la exposición de motivos de la misma norma.

Por una parte, existe una finalidad recaudatoria: se trata de allegar recursos para el funcionamiento de un servicio público. Cuál sea ese servicio es otra cuestión, porque del estudio de la memoria del análisis del impacto normativo bien podría deducirse que la inicial intención del legislador era financiar el servicio de la asistencia jurídica gratuita, propósito trasmutado después en el de contribuir parcialmente a la financiación de la Administración de Justicia en general. En estrecha relación con este argumento se encuentra la posibilidad de afectación de los ingresos generados al ser-

de ámbitos de inmunidad para la Administración y a la indefensión que producía la elevada cuantía de la cuota tributaria, con cita de ejemplos concretos. Se ofrecía también a los letrados un modelo para la impugnación de la autoliquidación de la tasa ante el Tribunal Económico Administrativo que evitaría los perjuicios que la paralización de la acción judicial pudiera irrogar al justiciable. En fecha tan reciente como el 30 de julio de 2013 la Audiencia Nacional ha planteado en un Auto la posible inconstitucionalidad en algunos de los artículos de la Ley de Tasas a un recurso interpuesto por "Préstamo y Javaloyes", sociedad que explota la marca dedicada a la defensa de los conductores "Dvuelta". El asunto fue suscitado también por el Abogado del demandante en materia tan sensible como las sanciones de tráfico.

vicio de la asistencia jurídica gratuita, patente en el artículo 11 de la Ley 10/2012, de 20 de noviembre que expresa:

“Artículo 11. Vinculación de la tasa.

La tasa judicial se considerará vinculada, en el marco de las disposiciones de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, al sistema de justicia gratuita en los términos establecidos en la Ley de Presupuestos Generales del Estado de cada ejercicio.”

Por otra, la Ley tiene una finalidad disuasoria, menos palpable que la primera, pero presente sin duda. Se intuye que el mal funcionamiento de la Justicia se debe en buena parte al comportamiento de sus usuarios, que insisten en litigar y recurrir hasta bloquear el funcionamiento del sistema, y se trata, por tanto, de fomentar soluciones extrajudiciales o, por decirlo de otro modo y con palabras del legislador, de “racionalizar el ejercicio de la potestad jurisdiccional”⁷.

Es oportuno, por cierto, recordar que la Justicia, entendida como servicio público financiado mediante los presupuestos generales del Estado, es un logro muy cercano del Estado Social y Democrático de Derecho. El modelo actual tiene su origen en la Ley de 8 de junio de 1947 sobre organización del secretariado y personal auxiliar y subalterno de la Administración de Justicia ya que solo entonces quienes gestionaban los aspectos no jurisdiccionales del servicio adquieren la condición de funcionarios y pasan a ser retribuidos por el Estado⁸. Hasta esas fechas la organización de la Administración de Justicia quedaba en manos de los Secretarios, fedatarios públicos que gestionaban el cobro del arancel⁹. Este arancel por derechos de vista, vigente desde el siglo XVIII, constituía el modo de financiar el sistema, con la sola excepción del Jueces y Fiscales y su retribución, y solo se suprime por la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y sus disposiciones de desarrollo¹⁰, entre las que

⁷ Sobre el particular véase el informe *La posible implantación del copago en la justicia*, Informe 5/2012, en *Informes de la Comisión Jurídica del Consejo General de la Abogacía Española*, 2012, página 97 y ss., Abogacía Española y Tirant Lo Blanch, Valencia 2013.

⁸ Véase sobre este particular el interesante estudio de Ortúñoz Muñoz, Pascual, *Del arancel a la modernidad, pasando por las tasas y desplazamientos (notas históricas sobre el modelo de oficina judicial español)*, accesible en www.juecesdemocracia.es

⁹ Sobre la historia del sistema resulta imprescindible el volumen de Bádenas Zamora, Antonio, *El patrocinio del justiciable pobre en la España liberal (1833-1868)*, Dykinson, Madrid, 2005.

¹⁰ La recaudación de tasas mediante efectos timbrados fue después sustituida por el gravamen de actos jurídicos documentados El Tribunal Constitucional por Sentencia 141/1988, de 12 de julio, declaró inconstitucional y nulo el inciso del artículo 57.1 del antiguo texto refundido de la Ley del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, aprobado por Real Decreto Legis-

reviste singular importancia la Ley 25/1986, de 24 de diciembre, de supresión de las tasas judiciales¹¹.

En la exposición de motivos de la Ley 25/1986, de 24 de diciembre¹², se hacía constar con claridad el objetivo de la medida en estos términos:

"En el ámbito de la Administración de Justicia los valores constitucionales se manifiestan en el derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos, reconocido en el artículo 24 de la propia Constitución. El que, además de la justicia se manifiesten también la libertad y la igualdad, y el que todas ellas sean, como quiere la Constitución, reales y efectivas depende de que todos los ciudadanos puedan obtener justicia cualquiera que sea su situación económica o su posición social".

La supresión de las tasas fue considerada en su momento como un gran avance en la reforma del sistema jurídico en su conjunto en cuanto facilitaba el acceso de los ciudadanos a un proceso en el que podrían defender sus máspreciados bienes, empezando por la libertad. Y suponía, por otra parte, que el Estado Social y Democrático de Derecho asumía como propio el beneficio colectivo que supone la justicia como valor superior del ordenamiento, beneficio que trasciende del interés del justiciable, por citar la expresión de la Sentencia del Tribunal Constitucional 20/2012, de 16 de febrero de 2012. De forma coherente con esta asunción, la financiación de la justicia, entendida como servicio público, corre desde entonces a cargo de los impuestos, es decir, tributos exigidos sin contraprestación cuyo he-

lativo 3050/1980, de 30 de diciembre, que privaba de efecto en los Tribunales, prohibiendo incluso su admisión ante ellos, a los documentos sujetos al impuesto si no se justificaba el pago del tributo. La *ratio decidendi* de la sentencia se basa en el razonamiento de que no cabe establecer tasas judiciales que no tengan vinculación con el objeto y finalidad del proceso: su finalidad recaudatoria no está vinculada con el concreto servicio público sobre el que las tasas recaen.

¹¹ Collado Martínez, Rosa María, *Sobre la propuesta de financiación del servicio público de la asistencia jurídica gratuita mediante tasas*, en *VI Informe del Observatorio de la Justicia Gratuita, 2007-2011*, páginas 163 y ss., Consejo General de la Abogacía Española y La Ley, Madrid, 2012.

¹² La Ley deroga el Decreto 1034/59, de 18 de junio, por el que se convalida y regula la exacción de las tasas administrativas del Ministerio de Justicia, en los apartados d) y e) de su artículo 1º y en los números 4º y 5º de su artículo 4º y el Decreto 1035/59, de 18 de junio, por el que se convalida y regula la exacción de las tasas judiciales, que habían permitido la supervivencia de estas tasas, recaudadas conforme al arancel, al amparo de la Ley de 26 de diciembre de 1958, reguladora de tasas y acciones parafiscales.

cho imponible está constituido por negocios, actos o hechos que ponen de manifiesto la capacidad económica del contribuyente.

Como pone de manifiesto en un momento posterior la exposición de motivos de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita:

"En efecto, una vez que el Estado ha renunciado a la percepción de cualquier cantidad por el acceso al aparato judicial son los honorarios de abogados, de procuradores y, en su caso, de cualesquiera otros profesionales, así como el coste de la obtención de las pruebas documentales o periciales necesarias, los que implican un coste económico inasumible para los ciudadanos que no disponen de los recursos económicos necesarios para hacerles frente (...)"

La primera quiebra del sistema aparece en la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, que crea en su artículo 35 una tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional en los órdenes civil y contencioso-administrativo, sin que su exposición de motivos contenga la más mínima referencia a la razón de su regreso a nuestro ordenamiento. Aclara Martínez De Santos que: *"En nuestro caso se da la circunstancia de que la introducción de la "tasa judicial" no vino precedida del habitual trámite parlamentario y la enmienda del Grupo Parlamentario Popular en el Senado de la que trae causa tampoco recoge una justificación digna de mención. Es necesario acudir a otras fuentes, que pueden sorprender al lector, pero que son las que realmente nos ilustran sobre el espíritu y finalidad de las normas que regulan la tasa. Esto es, el escaso —por no decir inexistente— debate previo a la modificación legal se siguió en los medios de comunicación a raíz de diferentes declaraciones del Ministro de Justicia y de algunos Presidentes de Tribunales Superiores de Justicia, en el que después entraron los demás partidos políticos y todas las asociaciones judiciales. Pues bien, de la simple lectura de algunas publicaciones fácilmente podemos extraer la conclusión que la "tasa judicial" persigue la financiación del servicio público de la justicia y sobre ella giró la discusión, llegándose a afirmar que el importe de la tasa debería fijarse en función del coste del servicio y, que el ciudadano como contrapartida debería tener los derechos y obligaciones de un comprador, permitiéndole exigir calidad y plazos en la prestación de los servicios y, en su caso, responsabilidad por incumplimiento de las expectativas al respecto"*.

En todo caso, el impacto de la nueva regulación sobre el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva quedaba limitado en su alcance. Por una parte, no se aplicaba el nuevo tributo en la jurisdicción penal ni en la social, por otra, solo se exigía el pago de las tasas a personas jurídicas con acreditados recursos económicos, y, finalmente, la cuantía de la tasa no era lo suficientemente alta como para llegar a ser disuasoria.

No es objeto de este informe un estudio exhaustivo sobre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la materia, con base en las Sentencias 20/2012, 79/2012, 85/2012, 103/2012, 104/2012, 125/2012 y 190/2012, entre otras, de modo que ha de bastar con un esbozo. El Tribunal Constitucional estima que se encuentra al alcance del legislador la configuración del sistema de financiación de la Administración de Justicia, pero lo sujeta a determinados límites entre los cuales el más relevante es el que se desprende de la interpretación del artículo 119 de la Constitución, que configura un sistema de justicia gratuita, relacionado con los derechos reconocidos en el artículo 24 de la Constitución y que incluye determinadas prestaciones por parte del Estado¹³. Por otra parte se ha de tener en cuenta que las tasas están, en principio, vedadas en el ámbito de la jurisdicción penal, por su estrecha vinculación con el derecho a la tutela judicial efectiva y, finalmente, se ha de considerar que el establecimiento de tributos no ha de tener como consecuencia indirecta la creación de espacios de inmunidad para los poderes públicos, en la medida en que se impida el control de su actividad¹⁴ por parte de la Administración de Justicia. Las tasas han de configurarse de acuerdo con el principio de capacidad contributiva (de ahí las diferencias entre las personas físicas y las jurídicas) y no deben suponer un obstáculo excesivo para el acceso a la justicia, ya que en este caso supondrían una lesión del derecho a la tutela judicial efectiva¹⁵.

¹³ El Tribunal Constitucional ha señalado que el límite impuesto al legislador se encuentra en la obligación de reconocer el derecho a la justicia gratuita de quien no pueda hacer frente a los gastos originados por el proceso “*sin dejar de atender a sus necesidades vitales y a las de su familia*”.

¹⁴ En una entrevista concedida el 5 de agosto de 2013 el Fiscal de Sala Coordinador Seguridad Vial, Bartolomé Vargas, ha denunciado la indefensión de muchas víctimas de accidentes de tráfico con condiciones económicas precarias ante la reforma de la Ley de Tasas, al detectar que “*ven dificultado el acceso a los tribunales para defender sus legítimas pretensiones en el ámbito civil o penal*”. La noticia procede de la Agencia Europa Press.

¹⁵ El Tribunal Constitucional ha sintetizado en sus Sentencias la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con cita de las sentencias Kreuz contra Polonia, de 19 de junio de 2001 (asunto núm. 28249/95), Kniat c. Polonia, de 26 de julio de 2005 (asunto 71731/01) Apóstol c. Georgia, de 28 de noviembre de 2006 (asunto 40765/02), Urbanek c. Austria, 9 de diciembre de 2010 (asunto 35123/05) y la del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, con referencia a la sentencia de 22 de diciembre de 2010 en el asunto DEB Deutsche Energie-handels-und Beratungsgesellschaft mbH (núm. C-279/09). De esta doctrina se desprende que el establecimiento de restricciones financieras al acceso a

Unos años después, la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de Medidas de Agilización Procesal, eleva la cuantía de las tasas. Laten en la Ley las mismas razones, disuasoria y recaudatoria, pero resulta explícita la primera, quizá relacionada con los datos que arroja el recién creado servicio de estadística judicial¹⁶. En la exposición de motivos se razona:

"Los datos estadísticos más recientes sobre entrada de asuntos en nuestros tribunales acreditan que en los últimos tiempos se ha producido una subida exponencial de la litigiosidad. Así, el número de asuntos ingresados en todas las jurisdicciones durante el año 2009 ha tenido un crecimiento cercano al 33% con relación al número de asuntos ingresados 10 años antes. En algunos órdenes jurisdiccionales el volumen de entrada ha sido especialmente intenso, como en el civil, que ha doblado la entrada de asuntos en esa misma década.

El sobrevenido aumento de la litigiosidad es indicativo de la confianza cada vez mayor que los ciudadanos depositan en nuestra Administración de Justicia como medio para resolver sus conflictos y pretensiones, pero al propio tiempo ha puesto de manifiesto la necesidad de introducir profundas reformas para asegurar la sostenibilidad del sistema y garantizar que los ciudadanos puedan disponer de un servicio público de calidad".

Es oportuno, por tanto, acometer el estudio de los datos de hecho que han fundamentado la decisión del legislador de ampliar este sistema de tasas, incluyendo en su ámbito por primera vez la jurisdicción social, incrementando el número de sujetos obligados al pago y elevando significativamente las cuantías del tributo.

Pero es necesaria una aclaración inicial: los datos que se utilizan en este informe a efectos de comparar unas cifras con otras y con el afán de averiguar la solidez de la memoria del análisis del impacto normativo son los que están disponibles en la red para cualquier usuario que invierta algo de tiempo en su búsqueda. La autora no dispone de fuentes adicionales ni más equipo o medios que su propio PC.

la justicia no afecta, en principio, al núcleo esencial del derecho a accionar y que el requisito de pagar tasa a los Tribunales civiles no puede ser considerado per se una restricción del derecho de acceso a un Tribunal. Sin embargo, se ha de tener en cuenta la cuantía de las tasas, a la luz de las circunstancias de un caso dado, incluyendo la capacidad de pago del demandante y la fase del procedimiento.

¹⁶ Como se expondrá más tarde, la necesidad de disponer, por primera vez en la historia, de una estadística judicial se encuentra dentro de las medidas del Pacto por la Justicia. Otra cosa es que los resultados que arroja la interpretación de los datos resulte útil para las finalidades pretendidas por el legislador.

Y estos datos disponibles son muchas veces contradictorios entre sí. Un buen ejemplo sobre las diferencias entre las fuentes estadísticas utilizadas es el siguiente. Según el VII Informe del Observatorio de la Justicia Gratuita en España en 2012¹⁷ se produjo una significativa disminución del importe total percibido a título de indemnizaciones por los Colegios y los abogados en el sistema de asistencia jurídica gratuita, que llegó a un 8,7%. El texto literal es el que sigue:

“LA ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA EN 2012: POR TERCER AÑO CONSECUTIVO BAJAN LOS COSTES

La inversión total destinada por las Administraciones Públicas a la gestión de la Asistencia Jurídica Gratuita en España ha bajado por tercer año consecutivo. Durante 2012, el importe destinado a este servicio público tan fundamental para los ciudadanos ha sido de 232 millones de euros. Esta cifra supone una reducción del 8,7% con respecto a las inversiones en 2011, que alcanzaron el importe de 254,5 millones de euros. En 2010 (256 millones), la reducción fue del 4% con respecto a 2009 (266 millones).

Con los datos de 2012 se confirma la ruptura de la tendencia al crecimiento que se había producido en los ejercicios anteriores a 2010, un 21% en 2009 y un 11 en 2008.

La reducción de los gastos en 2012 ha sido una constante en las comunidades autónomas que tienen una mayor inversión en Justicia Gratuita.

De esta forma, en Madrid ha disminuido un 13,4%, mientras que ha sido menor en Cataluña, con un descenso del 8,2%. Valencia ha sido la comunidad con mayor reducción del gasto con un 40%, debido principalmente a la fortísima rebaja que ha realizado la administración autonómica de los baremos de los abogados del turno de oficio”.

Por el contrario si se toma como fuente de referencia el Boletín “*La justicia dato a dato*”, publicado en la base de datos de la estadística que ofrece el Consejo General del Poder Judicial¹⁸ el presupuesto en justicia gratuita para el año 2012 no solo no ha disminuido, sino que se ha incrementado. Estas son las cifras que proporciona:

¹⁷ *VII Informe del Observatorio de la Justicia Gratuita*, Consejo General de la Abogacía Española-La Ley, La Ley, Madrid, julio de 2013. Véase la página 19.

¹⁸ “*La justicia dato a dato: año 2010*”, Consejo General del Poder Judicial, Sección de Estadística Judicial. Disponible en: http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica_Judicial/Analisis_estadistico/La_Justicia_dato_a_dato. Véase la página 25.

“Presupuestos de Justicia gratuita. Datos en euros”

	2011	2012	Evolución
Andalucía	44.723.819	44.769.282	0,1%
Aragón	4.214.626	4.021.353	-4,6%
Asturias	2.700.000	5.158.431	91,1%
Canarias	14.300.000	21.300.000	49,0%
Cantabria	1.570.000	1.262.390	-19,6%
Cataluña	60.135.731	57.128.945	-5,0%
Comunitat Valenciana	18.439.710	20.939.710	13,6%
Galicia	10.000.000	10.000.000	0,0%
Madrid (Comunidad de)	34.024.920	34.024.920	0,0%
Navarra (Comunidad Foral de)	2.325.000	2.865.000	23,2%
País Vasco	16.724.964	16.493.179	-1,4%
La Rioja	-	920.371	-
Ministerio	31.854.730	34.151.060	7,2%
Total	241.013.500	253.034.641	5,0%

En la nota a pie de página que acompaña a este cuadro se hace constar que “*Son los presupuestos inicialmente aprobados. Al ser una partida ampliable, el gasto finalmente realizado suele ser considerablemente superior al inicial*”.

Hacer un análisis de los métodos estadísticos que se han utilizado en una y otra fuente para llegar a estos resultados tan dispares excede del objeto del trabajo propuesto. Pero, en todo caso, el sentido común indica que parece poco probable que en época como la que corre, con recortes generalizados que han llegado a incluir los servicios públicos esenciales como la sanidad, suba el presupuesto destinado a la asistencia jurídica gratuita. Como decía la cita atribuida a Twain, hay tres tipos de mentiras: las mentiras pequeñas, las mentiras grandes y las estadísticas.

Procede, por tanto, analizar los cuatro grupos de datos que se manejan en la memoria del análisis de impacto del análisis normativo de la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, comenzando por los relativos al presupuesto asignado a los dos servicios públicos, el de la Administración de Justicia y el de la asistencia jurídica gratuita, para pasar después a analizar los datos sobre el número de pleitos y las previsiones de recaudación. Y es preciso no perder la perspectiva: el objetivo de esta memoria es garantizar que, a la hora de elaborar y aprobar un proyecto, se cuenta con la toda la información necesaria para estimar el impacto que la norma supondrá para sus destinatarios y agentes¹⁹.

¹⁹ Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, por el que se regula la memoria del análisis de impacto normativo.

Las cifras y datos sobre el presupuesto de la Administración de Justicia en la memoria del análisis de impacto normativo de la que luego fue Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses.

Como ya se ha expuesto la memoria del análisis de impacto²⁰ del Anteproyecto de Ley por el que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, aclara los fundamentos de hecho que justifican los objetivos perseguidos por la norma, a saber:

“sin perjuicio de que como toda tasa el objetivo general de las tasas reguladas en este anteproyecto es la recaudación de fondos públicos que ayuden a financiar servicios prestados por el Estado, este objetivo se concreta en cada una de las tasas reguladas en lo siguiente: (...) la nueva regulación de la tasa judicial, que se denomina “tasas por el ejercicio de la potestad jurisdiccional en los órdenes civil, social y contencioso-administrativo” configura una obligación de carácter tributario pero con una clara finalidad procesal. Desde el punto de vista del Derecho Tributario, el recurso económico a la tasa se encuentra plenamente justificado en la prestación de un servicio en régimen de Derecho público, en este caso la Administración de Justicia, que indudablemente afecta y beneficia al obligado tributario. Además, la carga tributaria no se hace depender de la capacidad económica del contribuyente²¹, sino del coste del servicio prestado que en ningún caso se supera²² (...).”

Y a los efectos de calcular cuáles son los gastos de la Administración de Justicia, es decir, el coste del servicio público, la memoria se limita a hacer referencia al presupuesto asignado al Ministerio de Justicia en los Presu-

²⁰ Los datos que se utilizan en este estudio proceden de los documentos remitidos por el Ministerio de Justicia al Consejo General del Poder Judicial para la tramitación del Anteproyecto de Ley de tasas, que son accesibles en la red. La entrada del Anteproyecto y su memoria fue registrada en este órgano el 11 de abril de 2011.

²¹ Sin embargo poco después el propio Ministerio de Justicia reconocía la dificultad de evaluar la capacidad económica del contribuyente con este sistema, procediendo a una reforma parcial de la Ley 10/2012, de 20 de noviembre. La Defensora del Pueblo entendía que sería imprescindible articular un sistema de gestión que permitiese un análisis individualizado de la capacidad económica de cada persona obligada al abono de la tasa, así como a una posible ponderación entre la cuantía de la pretensión y la de la tasa y el Ministerio se declaró incapaz de poner en práctica un sistema semejante. Los datos constan en el Informe elaborado por el Observatorio de la Justicia y de los Abogados, del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, titulado *“Alcance de la reforma de la Ley de Tasas”*. Puede encontrarse en www.icam.es

²² Negritas y cursivas son siempre responsabilidad de la autora de este informe.

puestos Generales del Estado, sin tener en cuenta las partidas presupuestarias que destinan al servicio las Comunidades Autónomas o el Consejo General del Poder Judicial. De este modo se expone:

"De entrada debe tenerse en cuenta que el presupuesto del Ministerio de Justicia asciende a la cantidad de 1.678.185.060 euros, cifra muy alejada de la recaudación que puede obtenerse. Precisando aun mas, las cantidades destinadas a sufragar los gastos precisos para el funcionamiento de juzgados y tribunales, según la previsión presupuestaria de 2011 para "Tribunales de Justicia" y "Ministerio Fiscal" (112a) ascendió a 1.313.848,180 euros (sic)".

El dato se basa en una previsión presupuestaria calculada a mediados del año 2011. Ha de ser así ya que en la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011 la partida 112A citada asciende a 1.529.326.690 y en la Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012 llega a 1.442.181,66. Ninguna de estas dos cifras se corresponde con la de 1.313.848.180 euros.

Aun suponiendo que la cifra de 1.313.848.180 euros representa la cuantía de las partidas destinadas al funcionamiento de Juzgados y Tribunales y al Ministerio Fiscal²³ no se alcanza a comprender la razón de que de la cantidad total del presupuesto de Justicia se hayan detraído las cantidades que corresponden a otras partidas, tan vinculadas a las citadas como pueden serlo "Gobierno del Poder Judicial o "Dirección y Servicios Generales de Justicia". El total del presupuesto del Ministerio de Justicia, según los datos presupuestados para 2010 es de 1.713.254.530²⁴ y para 2011 de 1.612.633.090²⁵

Y tampoco se alcanza a comprender como es posible que para el cálculo de los costos de funcionamiento de un servicio público de ámbito estatal se utilicen solo las magnitudes que corresponden a la Administración General del Estado, teniendo en cuenta que buena parte de las competencias en materia de Justicia han sido transferidas a las Comunidades Autónomas. En efecto, Andalucía, Asturias, Aragón, Canarias, Cantabria, Cataluña, Galicia, Madrid, Navarra, País Vasco, Valencia y La Rioja han recibido las transferencias en la materia y destinan a la Administración de Justicia las partidas correspondientes en sus presupuestos anuales.

²³ La partida presupuestaria, como era previsible, ha disminuido sensiblemente en estos años.

²⁴ Artículo 2.Uno) de la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011. La cuantía se expresa en miles de euros.

²⁵ Artículo 2.Uno) de la Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012. La cuantía se expresa en miles de euros.

Este es, por cierto, el criterio que utiliza el Servicio de Estadística Judicial del Consejo General del Poder Judicial, cuyos datos son los valorados por la memoria del análisis de impacto para calcular el número de pleitos. Y sobre este particular existe un fundado estudio de este Servicio, ya que el Boletín de Información Estadística dedica al tema su número 27, de junio de 2011, titulándolo *“El coste de la Justicia a la vista de los presupuestos aprobados para 2010. Una primera aproximación”*. En este informe se tienen en cuenta los presupuestos del Consejo General del Poder Judicial, del Ministerio de Justicia y de las Comunidades Autónomas para concluir que:

“Es necesario acometer con seriedad la estimación del coste de la Justicia, siendo la visión a través de los presupuestos aprobados la más sencillo y por ese motivo el más urgente de acometer. Entre los varios enfoques posibles es de especial interés el relacionado con el coste del funcionamiento de los tribunales de justicia y actividades conexas.

La estimación del coste requiere la determinación de las partidas a contabilizar y ciertos criterios de distribución e imputación”.

En el estudio se ofrecen dos resultados en función de las estimaciones. En el primero el total alcanza 4.081.831.719 euros, y el resultado es el más próximo a *“los gastos optativos de funcionamientos de los órganos judiciales, incluyendo en los mismos a las fiscalías, justicia gratuita, selección y formación de jueces, fiscales y funcionarios, así como la parte correspondiente de gastos de dirección”*.

El segundo dato, que llega a 4.370.559.371 euros incluye, además de los citados, *“los relativos a fomento de la mediación, atención a víctimas y familias de presos, atención al menor, etc. También incluye los presupuestos de las comunidades que no habían asumido las competencias en 2010”*.

Bien es cierto que estas cifras corresponden al año 2010 de modo que, por lo que se refiere al año 2011, curso en que la memoria del análisis de impacto de la Ley de Tasas centra sus consideraciones será preciso utilizar otra fuente. Valga, por tanto, la cita de *“La justicia dato a dato: 2012”* que cifra el presupuesto de la Administración de Justicia en un total de 3.725.774.907 euros para el año 2011²⁶. De esta cifra se entiende que el Ministerio de Justicia participa con un 39%, las Comunidades Autónomas con un 59% y el Consejo General del Poder Judicial con el restante 2%.

²⁶ *“La Justicia dato a dato: 2012”*. Véase la página 23. El presupuesto para el año 2012 se cifra en 3.722.715.019 euros, lo que supone una disminución del 0,1% sobre el año anterior.

No es el objeto de este informe valorar si este presupuesto es o no suficiente para el desarrollo del servicio público ni juzgar si esta cantidad de 3.725.774,907 euros se invierte con eficacia o eficiencia. Basten, por tanto, tres consideraciones sobre esa cifra.

- La primera afecta a los datos que proporciona el informe ya citado sobre el *“El coste de la Justicia a la vista de los presupuestos aprobados para 2010. Una primera aproximación”*²⁷. En el informe se especifica que la cantidad total recaudada por tasas por ejercicio de la actividad jurisdiccional supone un 4,20% del total del presupuesto destinado al servicio público de la Administración de Justicia. Bien es cierto que la cifra se refiere a otro período temporal, pero no deja de resultar de gran relevancia. La sola mención de este dato en la memoria del análisis del impacto normativo hubiera clarificado mucho los cálculos.
- La segunda consideración permite constatar que si damos por bueno el dato que proporciona el Consejo General del Poder Judicial y el presupuesto total de la Administración de Justicia es de 3.725.774,907 euros la partida destinada a asistencia jurídica gratuita²⁸ no llega a ser ni el 10% del total. En efecto, el total de inversión destinada por las Administraciones Públicas a la gestión de la Asistencia Jurídica Gratuita en España durante 2011 ha alcanzado los 246.000.000 euros, lo que supone el 6,5% de esta cantidad.
- La tercera se refiere a los datos estadísticos comparados. En los documentos publicados por la Unión Europea sobre los datos de la justicia y sus indicadores se hace constar que el presupuesto destinado a la Justicia en España en función del número de habitantes nos lleva al tercer lugar de la Unión Europea²⁹. Solo invierten más en justicia luxembur-

²⁷ Boletín Información Estadística, número 27, junio 2011. *“El coste de la Justicia a la vista de los presupuestos aprobados para 2010. Una primera aproximación”*, Consejo General del Poder Judicial. Disponible en www.poderjudicial.es. El dato consta en la página 15.

²⁸ *VI Informe del Observatorio de la Justicia Gratuita*, Consejo General de la Abogacía Española-La Ley, La Ley, Madrid, julio de 2012. Véase la página 12.

²⁹ Questions & Answers: EU Justice Scoreboard, MEMO/13/288, European Commission, Brussels, 27 March 2013. Las referencias completas sobre este instrumento estadístico pueden consultarse en el Boletín del Consejo General de la Abogacía Española “Europa en Breve” número 13 de 2013, que aclara que los Indicadores Europeos de la Justicia proporcionarán datos objetivos, fidedignos y comparables sobre el funcionamiento de los sistemas judiciales en los 27 Estados miembros de la Unión Europea. Puede ampliarse esta información en http://ec.europa.eu/justice/newsroom/news/130327_en.htm

gueses y alemanes. Ocupamos, sin embargo, el decimosegundo lugar en cuanto al número de jueces por cada 100.000 habitantes.

Así las cosas cabe preguntarse por qué en la memoria del análisis de impacto normativo no se ofrecen las cifras sobre la cantidad que se invierte en el funcionamiento del servicio público de la Justicia, siendo como son accesibles a cualquier usuario de internet y se trabaja, por el contrario, con los datos que representan solo una parte del presupuesto del Ministerio de Justicia.

Quizá la razón se encuentre en que en un principio la memoria estaba destinada a justificar que la recaudación habría sido suficiente para la financiación de otro servicio público, el servicio de asistencia jurídica gratuita. Sobre la relevancia del dato que vincula la recaudación por las tasas y el presupuesto total se insistirá después, en el apartado que se dedica a analizar las razones del fracaso de las previsiones de recaudación.

Las cifras y datos sobre la asistencia jurídica gratuita en la memoria del análisis de impacto normativo de la que luego fue Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses.

La memoria de impacto del Anteproyecto de Ley centraba sus datos en los correspondientes al año 2010³⁰ y tras calcular el posible importe de la recaudación total que estaba previsto obtener con las nuevas tasas (recuérdese que la cantidad de se había previsto recaudar alcanzaba 440.287.100 euros) exponía que a la cifra de recaudación calculada se habría de restar la de aquellos “*pleitos que se han beneficiado de justicia gratuita*”.

Es oportuno recordar en este momento que el presupuesto total destinado por las Administraciones Públicas a la financiación del servicio de asistencia jurídica gratuita durante el año 2010 fue de 256,6 millones de euros, cifra calculada sobre importes certificados³¹.

Vaya por delante una primera consideración: no serán nunca los pleitos quienes se beneficien de la justicia gratuita sino los justiciables en particular, siempre que reúnan los requisitos previstos por la Ley 1/1996, de 10 de

³⁰ Como ya se señaló, la versión de la memoria que utiliza este informe es la remitida por el Ministerio de Justicia al Consejo General del Poder Judicial para la tramitación del Anteproyecto de Ley, que son accesibles en internet. En estos documentos consta un sello de registro de entrada del que se desprende que la entrada del Anteproyecto y su memoria fue registrada el 11 de abril de 2011.

³¹ *V Informe del Observatorio de la Justicia Gratuita*, Consejo General de la Abogacía Española-La Ley, La Ley, Madrid, julio de 2011. Véase la página 19 del informe.

enero, de asistencia jurídica gratuita. Es perfectamente posible que el empleado despedido tenga derecho al beneficio y no lo tenga su empleador o que lo mismo ocurra en una reclamación planteada por un consumidor contra una gran empresa cualquiera. Esta inicial consideración conduce ya a la duda acerca de la veracidad de los datos que maneja la memoria, que son los que justifican la decisión del legislador.

La memoria se expresa en estos términos:

“De este total habría que descontar la cifra correspondiente a los pleitos que se han beneficiado de Justicia Gratuita, dado que la nueva regulación están exentos del pago de la tasa quienes sean titulares del beneficio.

Sin embargo, también aquí procede realizar un cálculo extremadamente aproximativo por carecer de los datos precisos para un cálculo más ajustado. Se tienen en cuenta los siguientes parámetros:

– En el año 2010 el número de pleitos que, dentro del orden civil, social, contencioso-administrativo (excluyendo penal), se han beneficiado de la asistencia jurídica gratuita ha sido de 828.854
– De la cifra total de la asistencia jurídica gratuita, el 20% corresponde a la jurisdicción civil (165.440); el 7,2% a la jurisdicción contencioso-administrativa (59.544), el 2,3% a la jurisdicción social, y otros 6,7% (55.609) a la jurisdicción militar, recursos de casación, recurso de amparo y apelación, transacciones extrajudiciales y procedimiento en vía administrativa. Esta última cantidad no se puede disgregar, por lo que para realizar el cálculo se considera oportuno dividirla entre los tres órdenes jurisdiccionales afectados, lo que implica una cantidad de 18.355,33 asuntos. A su vez, dicha cifra puede repartirse entre los conceptos referentes a la apelación y la casación dentro de cada orden jurisdiccional.

Con tales criterios, el resultado sería el siguiente:

*– Justicia gratuita correspondiente al orden jurisdiccional civil
165.400 (número de asuntos) x 187,5 (tasa media: verbal y cambiario, ordinario, monitorio, oposición monitorio) = 31.012.500 euros*

18.355,33 (número de asuntos) x 850 (tasa media: apelación y casación) = 15.602.880,50.

*– Justicia gratuita correspondiente al orden jurisdiccional contencioso-administrativo
59.544 (número de asuntos) x 275 (tasa media: abreviado y ordinario)= 16.374.600
18.355,33 (número de asuntos) x 850 (tasa media: apelación y casación)= 15.602.880,50 euros*

*– Justicia gratuita correspondiente al orden jurisdiccional social.
18.355,33 (número de asuntos) x 850 (tasa media: apelación y casación)= 15.602.880,50 euros*

IMPORTE DE INGRESOS POR TASA QUE SE OBTENDRÍAN EN LOS PLEITOS DE JUSTICIA GRATUITA: 94.195.741,50 EUROS

Al quedar la justicia gratuita exenta del pago de la tasa, dicha cantidad debería descontarse de la previsión de ingresos. De este modo:

TOTAL DE INGRESOS (aproximados) =400.287.100,00 – 94.195.741,50 = 306.091.358,50 euros”.

No existe constancia expresa de la fuente de estas cifras pero un observador atento puede encontrarla sin dificultad: los datos acerca de los porcentajes que en cada jurisdicción corresponden a pleitos en los que uno (al menos) de los litigantes tiene asignado el beneficio de justicia gratuita proceden del V Informe del Observatorio de la Justicia Gratuita CGAE-LA LEY³². Este Informe se edita anualmente y recoge los datos estadísticos que corresponden al servicio de asistencia jurídica gratuita, en relación con las obligaciones que a los Colegios de Abogados y Procuradores impone la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, en cuanto sujetos a la Ley General de subvenciones.

En efecto, el Real Decreto 996/2003, de 25 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de asistencia jurídica gratuita, prevé en su artículo 42 que los Consejos Generales habrán de justificar anualmente la aplicación de la subvención, justificación que exige los siguientes extremos a tenor del artículo 43:

“Artículo 43. Contenido de la justificación anual.

1. La justificación anual de la aplicación de los fondos percibidos a que se refiere el artículo anterior comprenderá, en el caso del Consejo General de la Abogacía Española, los siguientes extremos:

- a. Número total de prestaciones de asistencia letrada realizadas, así como su distribución en cada uno de los colegios.*
- b. Número total de servicios de guardia realizados en los colegios.*
- c. Cantidad distribuida a cada colegio para indemnizar las prestaciones de asistencia letrada en servicio de guardia y relación, por colegios, de las indemnizaciones percibidas por cada profesional que haya intervenido en la prestación del servicio.*
- d. Número total de prestaciones de asistencia jurídica gratuita, excluidas las correspondientes a los servicios de guardia, así como su distribución entre cada uno de los colegios, desglosados ambos datos por tipo de procedimiento.*
- e. Cantidads distribuidas a cada colegio para indemnizar las anteriores prestaciones y relación por colegios de las indemnizaciones percibidas por cada profesional que haya intervenido en aquéllas.*
- f. Importe destinado a atender los gastos de infraestructura y funcionamiento operativo de los servicios de asistencia jurídica gratuita.*
- g. Relación de las cantidades distribuidas a cada colegio por el Consejo General, para atender los gastos de organización, infraestructura y funcionamiento de los servicios, con indicación de los criterios seguidos para ello y detalle de la aplicación que de dichas cantidades haya realizado cada colegio.*
- h. Importe de los intereses devengados, en su caso, por los sucesivos libramientos y aplicación de aquéllos.*
- i. Aplicación de los requisitos de formación y especialización necesarios para prestar los servicios de asistencia jurídica gratuita.*

³² V Informe del Observatorio de la Justicia Gratuita, Consejo General de la Abogacía Española-La Ley, La Ley, Madrid, julio de 2011.

2. La justificación anual que deberá presentar el Consejo General de los Colegios de Procuradores de los Tribunales de España comprenderá los extremos mencionados en los párrafos d a i del apartado anterior".

En cumplimiento de esta obligación la publicación da fe de estos porcentajes que se citan y así se reflejan estos porcentajes, en la página 19 del citado informe, que proporciona una imagen global de las cifras de este servicio público, pero referidas únicamente al turno de oficio y no al servicio en su integridad. Este es el texto literal:

"EL TURNO DE OFICIO ES SOBRE TODO PENAL Y EN ASISTENCIA LETRADA AL DETENIDO DOMINAN LAS GUARDIAS

Profundizando en el Servicio de Turno de Oficio, la jurisdicción con mayor peso ha sido Penal, que supone un 64% del total del Turno, seguida de Civil (20%), Contencioso Administrativa (7%) y Social (2%). (...)"

Esta cifra global se detalla posteriormente en la tabla 14, página 38, del mismo informe citado, igualmente referida al turno de oficio y que arroja estos datos:

"TABLA 14. SERVICIO DE TURNO DE OFICIO POR JURISDICCIÓN. IMPORTES CERTIFICADOS (AÑO 2010). IMPORTES CERTIFICADOS

PENAL	107.751.629	63,8%
CIVIL	33.779.580	20,0%
CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA	2.231.249	7,2%
SOCIAL	3.818.750	2,3%
OTRAS	11.361.319	6,7%
TOTAL	168.942.528	

Con estos mimbres, cabe analizar ahora el rigor de los datos aportados por la memoria del análisis del impacto normativo y avanzar algunas consideraciones:

- La memoria de impacto parte de un dato relevante: en el año 2010 el número de pleitos se han beneficiado de la asistencia jurídica gratuita ha sido de 828.854, excluyendo la materia penal. Esta cifra resulta imposible de encajar en las estadísticas que proporciona el informe, teniendo en cuenta que el número de asuntos de justicia gratuita tramitados ascendió a 1.599.158 y de estos 871.132 asuntos corresponden al Servicio de Turno de Oficio, 666.111 pertenecen al Servicio de Asistencia Letrada al Detenido y 61.915 al Servicio de Violencia

de Género, como se desprende del citado informe³³. En el servicio de turno de oficio se incluyen asuntos de los cuatro órdenes jurisdiccionales, de modo que resultaría que solo fueron asuntos penales 42.278 de entre los 871.132. Esta conclusión que resulta absurda, ya que, como se ha expuesto un 63,8% de la cuantía certificada por el servicio de turno de oficio corresponde a materia penal.

- Sobre esta cifra, cuyo origen no deja de ser un enigma, la memoria calcula el número de pleitos civiles, contencioso-administrativos y del orden social utilizando no los cálculos globales del servicio público sino los relativos a los porcentajes del turno de oficio, ya citados. De este modo, aplicado el porcentaje del 20% a la cantidad de 828.854 pleitos resulta la cifra, errónea en su cálculo, de 165.440 pleitos civiles. Lo cierto es que la cuenta arroja otro resultado cifra: serían, en su caso, 165.770,8 pleitos civiles. La misma cuenta permitiría afirmar que existen 59.677,488 pleitos contencioso-administrativos (y no 59.544) y que corresponden al concepto de “otros” 55.533,218 pleitos (y no 55.609). Y estos cálculos erróneos conducen, en el paso siguiente, a calcular la tasa, de modo que, por poner el ejemplo tomado del orden jurisdiccional contencioso-administrativo el resultado no sería de 16.374.600 euros sino de 16.411.309,2 euros.
- Tras estos errores matemáticos se procede a una temeraria afirmación. Se expone en la memoria del análisis de impacto normativo que el porcentaje del 6,7% que corresponde a otras jurisdicciones se refiere a: “*la jurisdicción militar, recursos de casación, recurso de amparo y apelación, transacciones extrajudiciales y procedimiento en vía administrativa*”, lo que permite imputar este porcentaje por tercios a cada uno de los tres órdenes jurisdiccionales (no se entiende por qué razón en esta cuenta no se incluye el orden jurisdiccional penal) con el efecto perverso de especificar que existen exactamente 18.355,33 asuntos en cada uno de los tres órdenes jurisdiccionales (excluido el penal) que se benefician del sistema de asistencia jurídica gratuita en ins-

³³ Véase la tabla 40. “**JUSTICIA GRATUITA EN ESPAÑA POR SERVICIO. NÚMERO DE ASUNTOS (AÑO 2010). NÚMERO DE ASUNTOS**”, página 70 del *V Informe del Observatorio de la Justicia Gratuita*, Consejo General de la Abogacía Española-La Ley, La Ley, Madrid, julio de 2011.

tancias de apelación o casación. Es decir, hay tantas casaciones civiles como contencioso-administrativas al entender de la memoria³⁴.

- Pero lo más grave de este cálculo por imputación es su falta de fundamento. En el primer informe del Observatorio de la Justicia, allá por el año 2006, la estadística inicial sobre los datos de porcentajes en relación con las jurisdicciones incluía los órdenes jurisdiccionales penal, civil, contencioso-administrativo y social, haciendo una referencia posterior a otros asuntos incluyendo “militar, matrimonial, eclesiástico y penitenciario”³⁵. A partir de este año, las estadísticas hacen referencia a los órdenes jurisdiccionales penal, civil, contencioso-administrativo y social, despreciando el mínimo porcentaje que sin duda existiría sobre estas materias citadas. No es hasta el Informe del año 2009 en el que vuelven a aparecer los datos sobre otras materias, en este caso, extranjería, menores, violencia de género y penitenciario³⁶. En resumen, no existe justificación para distribuir la cifra de pleitos que forma el concepto de “otros” (ya sean 55.533 ó 55.609) entre los pleitos en segunda instancia en las jurisdicciones civil, social y contencioso-administrativa.
- Y finalmente, para mayor confusión, se utiliza para los cálculos un concepto que se denomina “tasa media”, de modo que la tasa necesaria para la apelación en un proceso contencioso-administrativo (800 euros) se refunde con la tasa precisa para interponer un recurso de casación en el mismo orden jurisdiccional (1200 euros) y resulta de esta media la cantidad de 850 euros. No es preciso ser un matemático avezado para saber que la media aritmética de 800 y 1200 euros es 1000 y no 850, de manera que este cálculo habrá de basarse en otra ciencia o razón. Pero de esta ciencia o razón no se da cuenta en la memoria de impacto, de modo que se convierte en otro enigma.
- Y aun más misterioso es el cálculo que se aplica a la jurisdicción social. La tasa precisa para interponer los recursos de suplicación y revisión es de 500 euros y la que corresponde al recurso de casación

³⁴ Si se atiende a los datos que proporciona la estadística judicial el dato resulta absurdo. Hay 1.984.098 de asuntos civiles ingresados y solo existen 287.444 contencioso-administrativos en la misma categoría.

³⁵ *I Informe del Observatorio de la Justicia Gratuita*, Consejo General de la Abogacía Española-La Ley, La Ley, Madrid, 2006. El dato consta en la página 15.

³⁶ Véase *IV Informe del Observatorio de la Justicia Gratuita*, Consejo General de la Abogacía Española-La Ley, La Ley, Madrid, septiembre de 2010.

es de 750 euros. La media aritmética de ambas cantidades es, según la memoria, de 850 euros. Este resultado, salvo mejor explicación, haría a su autor acreedor de un suspenso en primaria³⁷.

Se llega con todo ello a la cifra global de 94.195.741,50 euros, que supone la merma en los ingresos del Estado por la recaudación de la tasa en los pleitos que se benefician de la justicia gratuita. Como se desprende de lo expuesto hasta ahora, la cifra no resulta en absoluto fiable, ni en su origen, ni en los cálculos que conducen a su formulación final.

Las cifras y datos sobre el número de asuntos en la memoria del análisis de impacto normativo de la que luego fue Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses.

En la memoria del análisis de impacto normativo del Anteproyecto de Ley por el que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses una buena parte de la justificación de la medida normativa se anuda al hecho de que el funcionamiento del servicio público de la Justicia no es el deseable.

Valga la cita del informe emitido para el Consejo General de la Abogacía por Palma Fernández, que señala:

“Como hemos recordado en otro lugar fue la XXI Reunión Nacional de Jueces Decanos de España (celebrada en Vitoria los días 28 a 30 de noviembre del pasado año de 2011) la que calificó a nuestra Administración de Justicia —y cito literal y textualmente— de “obsoleta,añosa, desnortada y caótica, incomprensible en su funcionamiento e incapaz de generar confianza ni hacia dentro ni hacia fuera”³⁸ (...). Una de las propuestas formuladas tras esta reunión se refiere a la necesidad del “establecimiento de tasas pedagógicas o disuasorias”.

En el mismo sentido el Ministerio de Justicia ha asumido que buena parte de la situación de la Justicia es responsabilidad de los justiciables, litigantes y recurrentes que insisten en defender sus derechos y apelan a Jueces y Tribunales en esta pretensión, abusando de las posibilidades que el sistema

³⁷ Aun suponiendo que, por pereza, se hubieran calculado las medias aritméticas sobre todas las tasas aplicables a la segunda instancia en todos los órdenes jurisdiccionales el cálculo es erróneo: la cantidad resultante sería 875 euros y no 850.

³⁸ Palma Fernández, José Luis, *La posible implantación del copago en la justicia*, Informe 5/2012, en *Informes de la Comisión Jurídica del Consejo General de la Abogacía Española*, 2012, página 97 y ss., Abogacía Española y Tirant Lo Blanch, Valencia 2013.

pone a su alcance. Lo cierto es que un sistema jurídico de corte latino como el nuestro la garantía de los derechos se residencia ante el Poder Judicial, desde que el Estado monopoliza la Justicia, y es menos frecuente que en otros sistemas el recurso a tribunales especiales, arbitrajes o componedores. Por esta razón, entre otras, la tutela judicial efectiva adquiere en nuestra Constitución la relevancia propia de un derecho fundamental.

En esta línea, la memoria del análisis de impacto normativo del Anteproyecto de Ley por el que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses expone, razonando sobre la oportunidad de la propuesta:

“ante la situación de crisis económica y a la vista del elevado número de asuntos de los que debe conocer nuestra administración de Justicia es preciso racionalizar el uso de los medios y buscar la máxima eficacia de los mismos, evitando situaciones de abuso constatables generadas por aquellos que litigan, no buscando una justa tutela de sus derechos, sino ventajas indebidas e ilegítimas al abrigo de nuestra normativa procesal, retrasando la respuesta de los Tribunales”.

Y en el apartado dedicado al análisis de impacto proporciona estos datos:

“Apartado IV. Análisis de impactos

D. Impacto presupuestario y relación con el coste del servicio.

“Tasas judiciales

Procede realizar un cálculo estimativo de los ingresos que pueden obtenerse con la nueva tasa judicial. Se advierte, no obstante que dicho cálculo será extremadamente aproximativo por las siguientes razones:

– No es posible averiguar el dato correspondiente al volumen de asuntos que pueden tramitarse en el futuro. Necesariamente ha de partirse de los datos correspondientes al año 2010, ya que son los últimos datos disponibles.

– No se dispone de los datos correspondientes a ejecuciones extrajudiciales

– La Ley prevé las siguientes exenciones subjetivas: quienes se les reconozca el derecho a la asistencia jurídica gratuita y el deudor que solicite su concurso. A tal efecto, se dispone de los datos aproximados sobre reconocimiento a la asistencia jurídica gratuita pero en la fecha actual no es posible averiguar el número de demandas o escritos procesales que han sido o pueden ser interpuestas por sujetos en situación concursal.

– También se contiene una exención subjetiva para el Ministerio Fiscal, lo que debe tener una repercusión en el número de apelaciones civiles interpuestas por el MF, principalmente en los procesos de capacidad, filiación y menores que estarían exentas de la tasa. Igualmente las Administraciones Públicas están exentas del pago de la tasa.

Teniendo en cuenta las anteriores circunstancias que dificultan enormemente el cálculo exacto de las previsiones de ingresos se procede a su determinación aproximada. Para ello, se toman los datos relativos al volumen de asuntos que serían objeto de imposición con la nueva Ley, correspondientes al año 2010, como último año de referencia, y se multiplican por el correspondiente informe previsto por la nueva Ley de tasas. Así:

Civil	número de procesos	tasa	importe
Verbal y cambiario	307.225	150	46.083.750
Ordinario	168.089	300	50.426.700
Monitorio	895.127	100	89.512.700
Ordinario oposición monitorio	19.543	200	3.908.600
Ejecución extrajudicial	0 ¿?	200	0
Concursal	183	200	36.600
Apelación	90.576	800	72.453.600
Casación	3.439	1.200	4.126.800
Total	266.548.750		

Contencioso	número de procesos	tasa	importe
Abreviado	134.541	200	26.908.200
Ordinario	102.996	350	36.048.600
Apelación	38.514	800	30.811.200
Casación	7.708	1.200	9.249.600
Total	103.017.600		

Social	número de procesos	tasa	importe
Suplicación y revisión	53.424	500	2.712.0000
Casación	5.345	750	4.008.750
Total	30.720.750		
Total	440.287.100		

El resultado final previsto para la recaudación por la nueva tasa es de 440.287.100 euros, que resultan de aplicar este tributo al número de asuntos que pueden verse afectados en el futuro por las tasas fijadas en la nueva Ley.

La memoria no especifica la fuente de sus datos pero resulta relativamente sencillo encontrar las referencias en los datos proporcionados por la Sección de Estadística Judicial, encuadrada en el Servicio de Organización y Modernización Judicial del Consejo General del Poder Judicial.

La Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial establece:

“Artículo 461

1. La estadística judicial, que se elaborará conforme a los criterios que se establezcan, será responsabilidad de los secretarios judiciales. Los Secretarios de Gobierno respectivos velarán por su cumplimiento contrastando la veracidad de los datos.

2. La Estadística Judicial constituye un instrumento básico al servicio de las Administraciones públicas y del Consejo General del Poder Judicial para la planificación, desarrollo y ejecución de las políticas públicas relativas a la Administración de Justicia y, en particular, para las siguientes finalidades:

- a) *El ejercicio de la política legislativa del Estado en materia de justicia.*
 - b) *La modernización de la organización judicial.*
 - c) *La planificación y gestión de los recursos humanos y medios materiales al servicio de la Administración de Justicia.*
 - d) *El ejercicio de la función de inspección sobre los juzgados y tribunales.*
- La Estadística Judicial asegurará, en el marco de un plan de transparencia, la disponibilidad permanente y en condiciones de igualdad por las Cortes Generales, el Gobierno, las comunidades autónomas, el Consejo General del Poder Judicial y la Fiscalía General del Estado de información actualizada, rigurosa y debidamente contrastada sobre la actividad y carga de trabajo de todos los órganos, servicios y oficinas judiciales de España, así como sobre las características estadísticas de los asuntos sometidos a su conocimiento. Los ciudadanos tendrán pleno acceso a la estadística judicial.*
3. *La Comisión Nacional de Estadística Judicial, integrada por el Ministerio de Justicia, una representación de las comunidades autónomas con competencias en la materia, el Consejo General del Poder Judicial y la Fiscalía General del Estado, aprobará los planes estadísticos, generales y especiales, de la Administración de Justicia y establecerá criterios uniformes y de obligado cumplimiento para todos sobre la obtención, tratamiento informático, transmisión y explotación de los datos estadísticos del sistema judicial español.*
- La estructura, composición y funciones de la Comisión Nacional de Estadística Judicial será establecida reglamentariamente por el Gobierno, mediante real decreto, previo informe del Consejo General del Poder Judicial, del Fiscal General del Estado, de la Agencia de Protección de Datos y de las comunidades autónomas con competencias en la materia.*
4. *No obstante, las Administraciones públicas con competencias en materias de Administración de Justicia podrán llevar a cabo las explotaciones de otros datos estadísticos que puedan ser recabados a través de los sistemas informáticos, siempre que se consideren necesarias o útiles para su gestión”.*

El Reglamento de la Estadística Judicial, 1/2003, de 9 de julio, regula las funciones de la Sección de Estadística, tratando de responder, como señala su preámbulo, a una necesidad hondamente sentida. Así se expresa:

“El Pleno del Consejo General del Poder Judicial, en su reunión de 19 de junio de 2002, aprobó las líneas de actuación para el desarrollo del Proyecto de Estadística Judicial relacionado con el Plan de Transparencia aprobado por la Comisión de Seguimiento del Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia. En el Preámbulo del citado acuerdo se hace constar que: “La información de que dispone la sociedad española sobre el funcionamiento de la Administración de Justicia es, por lo general, escasa y de baja calidad. La información estadística, más en concreto, es además, dispersa, tardía y costosa. Difícilmente puede entenderse cómo pueden tomar decisiones los responsables de la política jurídica con una información tan limitada como la existente. Seguramente el problema más importante al que se enfrenta cualquier estudioso de la actividad judicial de nuestro país es la enorme deficiencia de sus estadísticas³⁹. Estas incurren con demasiada frecuencia en errores graves, carecen de continuidad, no

³⁹ Negritas y cursivas de la autora.

son sistemáticas, y sobre todo, carecen de rigor, tanto en su fuente originaria, como en la elaboración y tratamiento ulteriores”.

Esta Sección colabora, como órgano técnico, con la Comisión Nacional de Estadística Judicial, presidida en rotaciones bienales por el Secretario de Estado de Justicia y por el vocal encargado de la estadística judicial del Consejo General del Poder Judicial y en la que participan representes del Ministerio de Justicia, del Consejo General del Poder Judicial, de la Fiscalía y de las Comunidades Autónomas que han recibido las transferencias en la materia⁴⁰. Su principal función es aprobar los planes estadísticos, generales y especiales, de la Administración de Justicia, y establecer criterios uniformes y de obligado cumplimiento para todos sobre la obtención, tratamiento informático, transmisión y explotación de los datos estadísticos del sistema judicial español.

En cumplimiento de estas normas y para el desarrollo de la actividad está disponible en la página web del Consejo General del Poder Judicial un documento sobre metodología estadística denominado *“Proyecto Técnico de la operación 5508 Estadística de la Actividad Judicial”* que describe el procedimiento de recogida de los datos a través de boletines trimestrales adaptados a los distintos tipos de los órganos judiciales. El documento aclara que existen 28 modelos principales, que han de ser cumplimentados por los secretarios judiciales.

El dato esencial sobre el que trabaja la estadística judicial es el concepto de “asunto”, un concepto no jurídico, que no se corresponde con los que se manejan en el ámbito del derecho procesal. Estos asuntos, a su vez, se incluyen en las categorías de ingresados, pendientes o resueltos.

Por centrar los datos en el período temporal a que se refiere este estudio cabe la cita del documento *“La Justicia dato a dato: 2010”*⁴¹, que refleja este cuadro de movimientos:

⁴⁰ Real Decreto 1184/2006, de 13 de octubre, por el que se regula la estructura, composición y funciones de la Comisión Nacional de Estadística Judicial.

⁴¹ Los datos han sido tomados de la página 34 del documento *“La Justicia dato a dato: 2010”*, aun cuando no se reflejan en este informe todos los que figuran en ella para facilitar la comprensión de la información. Puede encontrarse, como todos los citados con la misma procedencia, en www.poderjudicial.es.

Año 2010	
Resumen de todas las jurisdicciones	
Movimiento de asuntos	Ingresados
Civil	1.984.098
Penal	6.639.356
Contencioso Administrativa	287.444
Social	444.316
Militar	256
Salas Especiales T. Supremo	56
TOTAL	9.355.526

De lo expuesto resulta que han ingresado en la Administración de Justicia más de nueve millones de asuntos, cifra que de coincidir con la de pleitos abiertos resultaría devastadora. Llama singularmente la atención la enorme desproporción entre la jurisdicción penal y el resto: parece difícil de creer que existan 6.639.356 de procesos en el orden penal abiertos en España y solo 287.444 en el orden contencioso-administrativo.

Teniendo en cuenta otro documento procedente de la Sección de Estadística Judicial, en este caso la parte de la Memoria Anual de actividades del Consejo General del Poder Judicial correspondiente a este año, que recibe como título *“Panorámica de la Justicia”*⁴² cabe hacer alguna precisión adicional, relativa al mismo período de tiempo. En su introducción se expresa:

“1. Visión de conjunto

En el año 2010 han ingresado 9.355.526 asuntos en los órganos judiciales, con una reducción del 2,2% respecto a los ingresados en 2009. Esta reducción se produce después de una serie ininterrumpida de crecimientos anuales que fueron especialmente elevados en 2008 y 2009.

En 2010 se ha reducido el número de asuntos ingresados en todas las jurisdicciones, pero la reducción ha sido proporcionalmente más importante en las jurisdicciones social y contencioso-administrativa por lo que su participación en el conjunto de asuntos ingresados se ha reducido, pasando la social de un 3,3% en 2009 a un 3,1% en 2010, y la contencioso-administrativa del 5,1% al 4,8%. La civil se mantiene en el 2,2% y la penal crece, pasando del 70,4% de 2009, al 70,9% de 2010”.

Y posteriormente se desglosan estas cifras, aportando datos para cada jurisdicción, con cita de las tasas de resolución, pendencia, sentencia y con-

⁴² *Memoria anual 2010*, Consejo General del Poder Judicial (España), año 2010. Disponible en http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/Consejo_General_del_Poder_Judicial/Actividad_del_CGPJ/Memorias/Memoria_Anual/Memoria_anual_2010

gestión. No resulta fácil, sin embargo, aclarar cuál es la fuente de cada uno de los datos que se utilizan en la memoria del análisis de impacto de la Ley. En algunos casos, como por ejemplo en el procedimiento monitorio, las cifras (895.127 asuntos) aparecen en la Memoria del Consejo General del Poder Judicial, que expresa:

“Los procedimientos monitorios siguen representando el más numeroso entre los procedimientos contenciosos civiles. En 2010 han ingresado en los juzgados de primera instancia y de primera instancia e instrucción 895.127 procesos monitorios, con incremento del 4,5% respecto a 2009 (el resto de los procedimientos contenciosos civiles ingresados se redujo un 8,1%). El porcentaje de los monitorios respecto al total de asuntos contenciosos ingresados en los juzgados de primera instancia y primera instancia e instrucción ha alcanzado el 61,2%. En Canarias este porcentaje es del 69%, mientras que en Madrid, Murcia, Navarra y La Rioja llega al 64%. La elevación a 250.000, por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, de la cuantía máxima exigible para la tramitación como monitorio, puede explicar la elevación del número de los mismos en un contexto general de reducción del número de procedimientos contenciosos civiles. También ha podido influir el que al no exigirse abogado y procurador para la petición inicial de este tipo de procedimientos, no implica coste alguno para el solicitante, por lo que la incidencia de la crisis económica, en cuanto coste añadido a la incierta perspectiva de éxito, no haya tenido la consecuencia de reducción en la entrada que sí se detecta en el resto de procedimientos”

Sin embargo, en otros supuestos no resulta tan sencillo. Por poner un ejemplo, el número total de “asuntos ingresados” en la jurisdicción contencioso-administrativa es, como se ha dicho, de 287.444. Sin embargo, la suma de los procesos abreviados, ordinarios, de apelación y de casación que constan en la memoria arroja la cifra de 283.759, sin que pueda la autora de este informe pueda aclarar este desfase.

Previsiblemente el problema reside en que el concepto “asunto” usado en las estadísticas judiciales no coincide con el de “proceso”, el concepto propio de la legislación procesal. Se ha presentado recientemente un informe elaborado por el Departamento de Derecho Procesal de la Universidad Autónoma de Madrid a instancias del Consejo General de la Abogacía Española sobre la *“Situación actual de la Administración de Justicia en España: un análisis desde el Derecho Procesal”*⁴³.

⁴³ *Situación actual de la Administración de Justicia en España: un análisis desde el Derecho Procesal*, Informe sobre los datos de la estadística judicial y los datos generales sobre “panorámica de la Justicia” contenidos en la Memoria del Consejo General del Poder Judicial, Universidad Autónoma de Madrid, 2013. Puede consultarse el informe completo en www.abogacia.es

Entre las muchas conclusiones del informe, al que es preciso remitirse para un estudio más completo, valga la cita de la que afecta a las que califica como irregularidades en el cómputo de “asuntos ingresados” en el orden civil. Entre estas irregularidades y duplicidades se hace constar el dato de que las medidas cautelares solicitadas por las partes, los incidentes procesales y muchos de los procesos de ejecución que no exigen actividad jurisdiccional declarativa forman parte de esta cifra de asuntos ingresados. También se consideran nuevo asunto los recursos devolutivos (siendo las cifras más relevantes al respecto los 80.364 recursos de apelación civil y los 2.603 recursos de casación ante el Tribunal Supremo interpuestos durante 2011) o los procesos monitorios transformados en juicio verbal (34.182) o juicio ordinario (16.042).

Así las cosas el número total de duplicidades en el orden civil llega a la cifra alarmante de 294.074 asuntos⁴⁴, entendiendo por duplicidad la asignación de más de un número de asunto a un solo proceso. Parece, no obstante, que este cómputo no se aplica de igual modo a los órdenes jurisdiccionales contencioso-administrativo y social que arrojan cifras totales más sensatas. Pero lo cierto es que la suma total del número de asuntos, **9.355.526**, como se ha dicho, resulta aterradora.

Estas son, no obstante, las cifras utilizadas por la memoria del análisis de impacto normativo de la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses para el cálculo de la recaudación que era previsible esperar con la nueva Ley. Pero cabe preguntarse si no estaban a disposición del Ministerio de Justicia, que forma parte de la Comisión Nacional de Estadística Judicial, datos más precisos, relativos no al número de asuntos sino al número real de procesos.

A modo de conclusión provisional de este apartado del estudio solo cabe avanzar que una de las razones por las que la recaudación de la tasa no ha sido la esperada se encuentra en este cálculo de los asuntos. Existen,

⁴⁴ El pasado 18 de julio de 2013, en nota de prensa, el Consejo General del Poder Judicial ha mostrado su preocupación, entendiendo que este informe simplifica sus datos estadísticos. Señala: “Para ello establece unos criterios, tan respetables como discutibles, en los que se definen qué asuntos y trámites se deben contabilizar y cuáles no, llegando finalmente a la conclusión de que el número real de asuntos tramitados en 2011 fue de 1.833.608, lo que representa una cuantía próxima al 20% de las cifras ofrecidas por la Memoria del CGPJ. Esta cifra es sorprendente, pues según datos del Consejo General de la Abogacía, en el año 2011 se tramitaron con justicia gratuita 1.691.313 asuntos, de lo que podría deducirse que se tramitaron en dicho año el 92,2 por ciento de los asuntos con justicia gratuita”.

sin duda, los medios técnicos necesarios para la elaboración de una estadística judicial pero el tratamiento de los datos puede conducir a conclusiones que no permitan la adopción de decisiones razonadas.

Las cifras y datos sobre la recaudación prevista en la memoria económica de la que luego fue Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses.

La memoria del análisis de impacto normativo del Anteproyecto de Ley por el que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses justifica la oportunidad de la propuesta, para la que “*no existen alternativas*”, en las siguientes razones:

“se ampara en motivos de oportunidad política y económica, que ayuden a paliar los efectos de la crisis económica así como a racionalizar el uso de los servicios públicos”.

La norma, tiene, como ya se ha expuesto, una finalidad disuasoria pero junto a ella late en la Ley una finalidad recaudatoria. Se habrá de reparar en primer lugar en la que exposición de motivos y la memoria del análisis de impacto de la norma tratan desde un primer momento, para evitar una consideración desfavorable de la tasa, de asociarla con la financiación del servicio público, evitando vincularla con la capacidad económica del justiciable. Pero lo cierto es que se la recaudación estaba destinada, al menos inicialmente, a la financiación de otro servicio público distinto, el de la asistencia jurídica gratuita. Queda el reflejo de esta finalidad inicial en el artículo 11 de la Ley y así se expresa la memoria del análisis del impacto normativo:

“2. Impacto económico y presupuestario.

A. Impacto económico general.

El impacto económico general sobre los administrados coincide con el impacto presupuestario que se desarollo en el apartado subsiguientes, por cuanto la previsión de ingreso coincide con la carga económica que deben asumir los particulares (...) Los ingresos obtenidos repercuten de forma directa en la propia ciudadanía al destinarse en gran parte a sufragar el beneficio de la asistencia jurídica gratuita”.

Sin embargo, poco después y tras haber llegado a una cifra de recaudación de unos 300 millones de euros, casualmente muy cercana al presupuesto global de la asistencia jurídica gratuita (recuérdese que en el ejercicio 2010 llegó a 256,6 millones) de euros la memoria cambia de tercio y vincula la cantidad con el servicio público de la Administración de Justicia:

“A la vista del cálculo de ingresos, que debe tomarse con las necesarias cautelas por ser un cálculo muy aproximado, la cifra resultante es racional y adecuada a la finalidad pretendida de sufragar parte de los gastos de la Administración de Justicia”.

Así las cosas, se precisan ciertos datos sobre la recaudación que el nuevo sistema de tasas conseguirá, que se cifra, recuérdese, en un total de ingresos de 306.091.358 euros. Pero aun existiendo un dato fiable sobre el particular no se utiliza. En efecto, no deja de resultar chocante que existiendo un cifra concreta sobre la contribución de las tasas al sistema no se tenga en cuenta. Como se hizo constar, en el informe elaborado por la Sección de Estadística Judicial en junio de 2011 titulado *“El coste de la Justicia a la vista de los presupuestos aprobados para 2010. Una primera aproximación”*⁴⁵ se aportan las siguientes consideraciones:

“Otra comparación interesante es poner en relación con el presupuesto el total recaudado como tasas por ejercicio de la potestad jurisdiccional, el saldo de las cuentas de depósitos y consignaciones judiciales, con total de pagos realizados por Responsabilidad Patrimonial con cargo al Estado por anormal funcionamiento de la Administración de Justicia y con el total de pagos por salarios de tramitación con cargo al Estado:

Pagos realizados por Responsabilidad Patrimonial con cargo al Estado por anormal funcionamiento de la Administración de Justicia

0,12%

Pagos por salarios de tramitación con cargo al Estado

0,23%

Tasas por ejercicio de la potestad jurisdiccional

4,20%

Saldo de la cuenta de depósitos y consignaciones judiciales

81,22%⁴⁶”

La memoria del análisis de impacto parte de otras cifras, las de la recaudación actual por las tasas vigentes de acuerdo con la Ley 53/2002, de

⁴⁵ Boletín Información Estadística, número 27, junio 2011. *“El coste de la Justicia a la vista de los presupuestos aprobados para 2010. Una primera aproximación”*, Consejo General del Poder Judicial. Disponible en www.poderjudicial.es.

⁴⁶ Se ha planteado la posibilidad de afectar los resultados de la cuenta de depósitos y consignaciones judiciales al sostenimiento de la Justicia. Así lo han solicitado reiteradamente algunas Comunidades Autónomas. Al parecer, durante los dos últimos años, 2011 y 2012, han ingresado en la denominada ‘Cuenta de Depósitos y Consignaciones’ más de 9 mil millones de euros en concepto de tasas, multas, embargos y fianzas judiciales. En este momento la cuenta, que gestiona Banesto tras ganar el concurso, arroja unos intereses cercanos a los 61 millones de euros anuales, que se ingresan en el Tesoro Público.

30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. Señala la memoria que:

“Según los datos de la Agencia Tributaria, en los años inmediatamente anteriores se obtuvieron los siguientes ingresos:

- Año 2008: 113.426.827,52 euros*
- Año 2009: 184.726.724,54 euros*
- Año 2010: 172.286.469,98 euros*
- Año 2011: 164.435.759,61 euros”*

Y efectivamente los datos de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, tomados del Informe anual de recaudación tributaria 2012 arrojan estas cifras⁴⁷:

TASAS Y OTROS INGRESOS (en millones de euros)		
Tasas y otros ingresos tributarios devengados	Tasa de variación %	
2008	2.828	14,6
2009	3.665	29,6
2010	3.994	9,0
2011	3.848 estimado	-3,7
2012	4.097 estimado	6,5
Tasa por ejercicio de la potestad jurisdiccional	Tasa de variación %	
2008	113	95,2
2009	185	62,9
2010	172	-6,7
2011	164	-4,5
2012	172	4,5

Se habrá de recordar que las tasas reguladas por el artículo 35 por la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social⁴⁸, gravaban el ejercicio de la potestad jurisdiccional a instancia de parte en los órdenes civil y contencioso-administrativo. En la versión inicial de la norma quedaban exentos por razones objetivas los procesos en materia de sucesiones, familia y estado civil de las personas y los recur-

⁴⁷ Informe Anual de Recaudación Tributaria 2012, Servicio de Estudios Tributarios y Estadísticas, página 69. El informe puede consultarse en la página de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, en concreto en: http://www.agenciatributaria.es/AEAT.internet/Inicio_es_ES/La_Agencia_Tributaria/Memorias_y_estadisticas_tributarias/_Estadisticas_tributarias/_Informes_estadisticos/Informes_Anuales_de_Recaudacion_Tributaria/Ejercicio_2012/Ejercicio_2012.shtml

⁴⁸ Su aplicación comenzó el 1 de abril de 2003.

sos contencioso-administrativos y la presentación de ulteriores recursos en materia de personal, protección de los derechos fundamentales de la persona y actuación de la Administración electoral, así como la impugnación de disposiciones de carácter general (artículo 35.tres.uno) y por razones subjetivas las entidades sin fines lucrativos que hayan optado por el régimen fiscal especial de la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal especial de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo, las entidades total o parcialmente exentas en el Impuesto sobre Sociedades, las personas físicas y los sujetos pasivos que tuvieran la consideración de entidades de reducida dimensión de acuerdo con lo previsto en la normativa reguladora del Impuesto sobre Sociedades (artículo 35.tres.dos).

En atención a estas circunstancias de definición del tributo y a su cuantía la recaudación en los años de vigencia de esta norma arroja las siguientes cifras, tomadas del Informe anual de recaudación tributaria 2008⁴⁹:

Tasa por ejercicio de la potestad jurisdiccional	Tasa de variación%
2004	45
2005	45
2006	49
2007	58
2008	113

El sustancial incremento de la recaudación del año 2008 se justifica del siguiente modo en el Informe citado:

“Las otras tasas (excluida la tasa radioeléctrica) suman 700 millones con un ritmo del 12,6% (18,9% en 2007). Casi todas muestran crecimientos desacelerados en 2008, excepto la tasa de ejercicio de la potestad jurisdiccional y la tasa de expedición tarjetas profesionales a extranjeros. El dinamismo de la tasa judicial se asocia al mayor número de litigios de concursos de acreedores y procesos relacionados con la contracción económica (...).”

Así las cosas, se habrá de concluir que los datos estadísticos procedentes de la Agencia Estatal de Administración Tributaria hacían en principio previsible un incremento de la recaudación por aplicación de la nueva y más general tasa por ejercicio de la actividad jurisdiccional regulada en la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas

⁴⁹ Informe Anual de Recaudación Tributaria 2012, Servicio de Estudios Tributarios y Estadísticas, páginas 69 y 80.

en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses. Se suman las personas físicas al grupo de obligados tributarios, se incluye la jurisdicción social, la crisis económica no se ha cerrado y se incrementan las cuantías de las tasas⁵⁰.

Sin embargo los resultados no han sido los esperados. Estos son los datos obtenidos de los Informes mensuales de recaudación tributaria del año 2013, con importes acumulados⁵¹:

Informe mensual de recaudación tributaria. Enero 2013. 4 millones de euros

Informe mensual de recaudación tributaria. Febrero 2013. 19 millones de euros

Informe mensual de recaudación tributaria. Marzo 2013. 30 millones de euros

Informe mensual de recaudación tributaria. Abril de 2013. 45 millones de euros

Informe mensual de recaudación tributaria. Mayo de 2013. 58 millones de euros

Informe mensual de recaudación tributaria. Junio de 2013. 72 millones de euros

Informe mensual de recaudación tributaria. Julio de 2013. 86 millones de euros

Sobre estos datos interesa destacar algunos comentarios que aparecen en los Informes mensuales. En el Informe mensual de recaudación tributaria que corresponde a enero de 2013 se expone:

“Hay que añadir además que, como novedad en este mes, se ha empezado a notar la subida de las tasas judiciales y que se han registrado algunos ingresos marginales del gravamen especial sobre dividendos”.

Desde ese Informe y hasta la fecha⁵² el único comentario que refleja la variación del dato es que sigue:

“Se reorganizan y actualizan las tasas judiciales (ley 10/2012 de 20 de noviembre y RDL 3/2013 de 22 de febrero)”.

En resumen, la recaudación que se esperaba conseguir era de un total de 306.091.358 euros anuales de manera que era previsible obtener una recaudación mensual de 25.507.613. Con los datos de julio acumulados se han obtenido poco más de 12 millones mensuales en lugar de los 25 previstos.

⁵⁰ Por poner un ejemplo la parte fija de la cuota tributaria en un recurso contencioso-administrativo de casación pasa de 600 a 1200 euros.

⁵¹ Los datos que se citan aparecen, en todos los casos, en el Cuadro 0, que refleja los ajustes por impactos de cambios normativos.

⁵² Este informe se cierra en agosto de 2013.

Y a estos datos se ha de sumar que la recaudación prevista en realidad no era la que la memoria de análisis de impacto normativo prevé. Como ha puesto de manifiesto del Carpio⁵³, si se consultan los datos que ofrece la Secretaría de Estado de Presupuestos y Gastos sobre los presupuestos para el año 2013 lo cierto es que la recaudación prevista es de 436 millones. Así consta en la Sección 98: ingresos del estado, Servicio 01: Ingresos del Estado, Partida 303:Tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional 436.000,00 (en miles de euros).

Estos dato ha suscitado las reflexiones de algunos Colegios de Abogados que insisten en que el efecto disuasorio de los tasas se ha puesto de manifiesto, prevaleciendo sobre la finalidad recaudatoria de la Ley. En este sentido se han expresado el Colegio de Abogados de Barcelona⁵⁴, y el de Valencia⁵⁵. Cabe apuntar algunas razones que han podido contribuir al este fracaso, al menos parcial, de la finalidad recaudatoria de la Ley 10/2012,

⁵³ Verónica del Carpio puso de manifiesto este dato en su blog “El Bosque y los árboles”. <http://veronicadelcarpio.wordpress.com/>

⁵⁴ A la vista de los datos del mes de marzo el Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona hizo pública una nota de prensa que sería después recogida por varios medios de comunicación. Así se expresaba: *“El Colegio de Abogados de Barcelona (ICAB) denuncia que la tasa judicial tiene una finalidad exclusivamente disuasoria. Así lo demuestran los datos facilitados por la Agencia Tributaria, que indican que en el primer trimestre del año se han recaudado 30 millones de euros, es decir, sólo el 40% de lo previsto para el año 2013, estimado en unos 306 millones de euros. Los datos del Ministerio de Hacienda demuestran que las previsiones del Ministerio de Justicia eran absolutamente irreales y, de seguir así, en el año 2013 recaudaría menos que con las tasas judiciales antes vigentes (de la Ley 53/2002). Si se tiene en cuenta, tal como expresó el Ministro de Justicia, Alberto Ruiz-Gallardón, ante el Congreso, que la implantación de la tasa judicial respondía a una doble finalidad, recaudatoria y disuasoria, el objetivo se está consiguiendo sólo en este segundo ámbito (...). Estos datos confirman lo que el ICAB ya ha denunciado en reiteradas ocasiones: las tasas judiciales son un obstáculo al acceso a la justicia por parte de los ciudadanos”*. Por ello, el decano del Colegio de Abogados de Barcelona alerta de que *“el Ministerio de Justicia no podrá garantizar el funcionamiento de este servicio si se sigue manteniendo la tesis de que hay que cubrir su coste exclusivamente con la tasa judicial”* y añade que *“las tasas vulneran el derecho a la tutela judicial efectiva”*.

⁵⁵ Por su parte, el Colegio de Abogados de Valencia hizo notar que ya en marzo era perceptible el efecto disuasorio de las tasas judiciales, ya que se habían reducido un 12,44 por ciento los asuntos repartidos en la ciudad en primera instancia, un 20,33 por ciento en contencioso, y un 2,07 por ciento en Mercantil entre el 17 de diciembre de 2012 y el 15 de febrero en 2012 en comparación con el mismo periodo del año anterior. No obstante, en la presentación de la memoria de los juzgados de Valencia, ha señalado que estos porcentajes se han calculado con la cuantía de las tasas que entraron vigor el 24 de febrero, pero que ahora se modifi-

de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses.

Los datos que se utilizan en la memoria del impacto normativo, con dudoso acierto por otra parte, se limitan a la cuantía fija de la tasa. Se ha de recordar que la memoria en su página 16 define la cuantía de la tasa y su forma de cálculo atendiendo a la adición de dos factores, una cantidad variable en función de la cuantía del procedimiento judicial y una cantidad fija en función del tipo de proceso, dependiendo del orden jurisdiccional y del tipo de acto procesal. No existe ni el más leve intento de contabilizar, si quiera indiciariamente, la recaudación prevista para la tasa en relación con la cuota variable⁵⁶. Tan es así que en el momento en que la Ley de Tasas es modificada por el Real Decreto-ley 3/2013, de 22 de febrero, por el que se modifica el régimen de las tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y el sistema de asistencia jurídica gratuita, el Ministerio de Justicia hace constar que solo se perdería un cinco por ciento de la recaudación inicialmente prevista. Así lo expresó el Consejo de Ministros en nota de prensa emitida el 22 de febrero de 2013: “*Se calcula que las medidas aprobadas tendrán una incidencia inferior al 5 por 100 respecto de los 306 millones de euros previstos en la memoria del Proyecto de Ley de Tasas aprobado el pasado mes de noviembre, ya que se calculó, fundamentalmente, con la tasa fija y en la mayoría de los casos ésta no se ha visto modificada*”⁵⁷.

Un segundo dato relevante tiene que ver con la accidentada historia de la Ley. Se recordará que fue publicada en el Boletín Oficial del Estado de 21 de noviembre de 2012 y su entrada en vigor estaba prevista para el día siguiente, el 22 de noviembre. El desarrollo de la norma en lo que afecta a la autoliquidación de la tasa no correspondía al Ministerio de Justicia⁵⁸

cado a la baja de “ya que ha habido una rebaja de la parte variable de las tasas del 0,5 por ciento al 0,1 por ciento”.

⁵⁶ La sola referencia a una parte fija y una variable ya induce a plantearse la relación entre la tasa y la financiación del servicio. No se comprende que diferencia supone a la Administración de Justicia la tramitación de un contencioso-administrativo cuya cuantía sea de un millón de euros en relación con otro en que la cuantía sea de cincuenta millones de euros. La actividad de Jueces, Magistrados y funcionarios es sustancialmente idéntica.

⁵⁷ La nota de prensa puede consultarse en www.lamoncloa.es junto con la reseña del Consejo de Ministros.

⁵⁸ Por Orden JUS/836/2013, de 7 de mayo, se regula el procedimiento de notificación de las altas, bajas y modificaciones de fichas toxicológicas al registro de productos químicos del Servicio de Información Toxicológica del Instituto Nacio-

ya que, a pesar de la intención inicial sobre la afectación de los ingresos obtenidos a la financiación del sistema de justicia gratuita, la cuantía tributaria debía ser ingresada en el Tesoro Público. Pero, fuere como fuere, a la entrada en vigor de la norma, el 22 de noviembre de 2012, no se habían publicado la Orden ministerial a la que se refiere el artículo 9.2 de la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, con el modelo oficial para la autoliquidación.

Fue preciso, por tanto, que la Secretaría General de la Administración de Justicia dictara la Instrucción 5/2012, de 21 de noviembre, de la Secretaría General de la Administración de Justicia, relativa a la liquidación de la tasa judicial con motivo de la entrada en vigor de la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses.

En esta Instrucción se dispone:

“Hasta tanto no se produzca la publicación en el Boletín Oficial del Estado de la Orden ministerial a la que se refiere el artículo 9.2 de la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, los Secretarios Judiciales de todo el territorio nacional no exigirán, en ningún caso, la presentación del justificante de autoliquidación de la tasa para dar curso a los escritos procesales que se presenten.

Notifíquese la presente Instrucción a los Secretarios de Gobierno de todo el territorio nacional, a los efectos de su inmediata difusión y cumplimiento por parte de los integrantes del Cuerpo Superior Jurídico de Secretarios Judiciales”.

Finalmente la Orden HAP/2662/2012, de 13 de diciembre, por la que se aprueba el modelo 696 de autoliquidación, y el modelo 695 de solicitud de devolución, de la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional en los órdenes civil, contencioso-administrativo y social y se determinan el lugar, forma, plazos y los procedimientos de presentación fue publicada⁵⁹

nal de Toxicología y Ciencias Forenses y de liquidación de la tasa prevista en la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses.

⁵⁹ Como aclara la propia Agencia Estatal de Administración Tributaria en su Nota informativa sobre la tasa: “*El día 17 de diciembre comenzó la aplicación efectiva de la nueva tasa judicial al haberse publicado en el Boletín Oficial del Estado y entrado en vigor la Orden ministerial que regula el formulario (modelo 696) para su presentación y pago. Con posterioridad se ha visto modificada la normativa reguladora de la misma con efectos a partir del 24 de febrero de 2013*”.

en Boletín Oficial del Estado el 15 de diciembre de 2012⁶⁰. Por Orden HAP/490/2013, de 27 de marzo, se modificó la citada, adecuando su contenido al Real Decreto-ley 3/2013, de 22 de febrero.

El Consejo General de la Abogacía Española presentó recurso contencioso-administrativo en la Audiencia Nacional contra la Orden HAP/2662/2012, de 13 de diciembre, por la que se aprueba el modelo 696 de autoliquidación, y el modelo 695 de solicitud de devolución, recurso que fue posteriormente ampliado tras la modificación operada por la Orden HAP/490/2013, de 27 de marzo⁶¹.

El tercer dato que se ha de considerar se refiere a que la memoria del análisis del impacto normativo tampoco tiene en cuenta la incidencia en la recaudación de la posibilidad de devolución de la tasa, prevista en el artículo 8 de la Ley para dos supuestos. En primer lugar, la devolución del 60 por ciento del importe de la cuota de esta tasa cuando se alcance una solución extrajudicial del litigio en el proceso cuyo inicio dio lugar al devengo de este tributo. El segundo supuesto se refiere a la devolución del 20 por ciento del importe de la cuota de la tasa cuando se acuerde una acumulación de procesos. Aun adscritas a la finalidad recaudatoria de la Ley ambas previsiones ponen de nuevo de manifiesto la finalidad disuasoria.

⁶⁰ La orden presenta como gran novedad el hecho de la desaparición del “papel preimpreso”, en una línea ya habitual en nuestras Administraciones que parecen olvidar que buena parte de la población no tiene acceso a la red. Véase Collado Martínez, Rosa María, *Sanciones en materia de tráfico y Administración electrónica. El derecho de los administrados a un tratamiento común*, Consejo General de la Abogacía Española, Newsletter, 28 de abril de 2011. Se exponía entonces: “*Y la realidad se muestra, en este aspecto, tozuda. En la Encuesta sobre Equipamiento y Uso de Tecnologías de Información y Comunicación en los Hogares del Instituto Nacional de Estadística del año 2010 se ofrecen los siguientes datos: el 57,4% de los hogares españoles dispone de conexión de banda ancha a Internet, y el 68,7% dispone de ordenador en el año 2010. Estos porcentajes superan con mucho los de años anteriores, pero resultan claramente insuficientes para diseñar una Administración totalmente informatizada, salvo que se desdene la figura clave del destinatario o administrado*”.

⁶¹ La Asociación Libre de Abogados (A.L.A.) ha presentado recurso contra la Orden en el mismo Tribunal. Argumentaba que no se había concedido audiencia al Consejo de Estado (el contenido material de la llamada orden es un reglamento ejecutivo) ni a los interesados y afectados por la disposición. Y añadía que la formulación de la Orden discrimina en cuanto al pago a los ciudadanos que no dispongan de medios telemáticos, ya que no podrán beneficiarse de las bonificaciones del 10%. Se solicitaba, por otra parte, el planteamiento de una de cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

En todo caso, en las fechas en que este informe se cierra, no existen datos sobre las devoluciones. Como se expone en la Nota informativa que publica la Agencia Estatal de Administración Tributaria:

“(...) Hay que destacar, por último, que debido a la necesidad de los Tribunales de Justicia de establecer una adecuada interconexión informática con la Agencia Tributaria, se ha aplazado hasta el 1 de junio de 2013 la entrada en vigor de las comunicaciones electrónicas entre ambos organismos así como la fecha de inicio de las posibles solicitudes de devolución que pudieran producirse como consecuencia de la acumulación o de la resolución extrajudicial de procesos (solicitudes de devolución a través del modelo 695)”.

Y finalmente es preciso tener en cuenta que los preceptos legales han pasado ya por el tamiz de la interpretación. El 5 de junio de 2013, mediante Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Cuarta, el Tribunal Supremo expone su respuesta a las dudas que se habían generado sobre:

“dos cuestiones básicas: a) Si los trabajadores han de pagar las tasas judiciales, y por extensión, si los asimilados a trabajadores deben abonarlas (beneficiarios de la seguridad social, y funcionarios y personal estatutario cuando actúan ante la jurisdicción Social); y b) Si los sindicatos deben abonar las tasas”.

Y, teniendo en cuenta la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, y el Real Decreto Ley de 3/2013, de 22 de febrero, por el que se modifica el régimen de las tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y el sistema de Asistencia Jurídica Gratuita, razona que:

“El planteamiento inicial que se ha expuesto más arriba queda absoluta y profundamente alterado por la entrada en vigor de ésta norma (el 24 de febrero de 2013) y del mismo podemos concluir que desde esa fecha, en principio y sin perjuicio de lo que luego se dirá, los trabajadores y beneficiarios del sistema público de Seguridad Social “vuelven” a tener el beneficio de asistencia jurídica gratuita en los términos previstos en el artículo 2 de la Ley 1/1996 (...)”⁶²:

Idénticos razonamientos se aplican a los funcionarios y el personal estatutario, los beneficiarios de la Seguridad Social y, con otros argumentos a los sindicatos. Por todo ello la Sala

⁶² El Tribunal Supremo entiende que el beneficio de justicia gratuita, ya legal, ya individualizado, tendrá el efecto de la exención de las tasas incluso en el caso de las generadas antes de la entrada en vigor del Real Decreto-Ley, lo que conduce a proyectar lícitamente esa exención total del trabajador a las tasas generadas a partir del 22 de noviembre de 2012.

“Acuerda que:

- 1) *Para la tramitación de los recursos de suplicación y casación no son exigibles tasas al trabajador, ni al beneficiario de la Seguridad Social, ni al funcionario o personal estatutario, que interpongan recursos de suplicación o de casación en el Orden Social, ni siquiera respecto de recursos interpuestos con anterioridad al RDL 3/2013.*
- 2) *Tampoco son exigibles las Tasas a los sindicatos para la interposición de recursos de suplicación ni de casación, ya unificadora, ya ordinaria, ante la Jurisdicción Social, ni siquiera respecto de recursos interpuestos con anterioridad al RDL 3/2013”.*

No es objeto de este estudio el análisis de esta interpretación del Tribunal Supremo. Baste con señalar la incidencia de su criterio en la potencialidad recaudatoria de las tasas. Pero no es el único criterio interpretativo que afecta a este aspecto. Recientemente la Dirección General de Tributos del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas ha dado respuesta a la consulta vinculante⁶³ planteada en relación con la posible aplicación de las tasas a las resoluciones judiciales que adopten la forma de auto y en resolución de 3 de diciembre de 2012 señala:

“En relación con las cuestiones planteadas, este Centro Directivo informa lo siguiente: El artículo 2 e) de la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses (BOE del 21) establece, como uno de los actos procesales constitutivos del hecho imponible de la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional en los órdenes civil, contencioso-administrativo y social, “la interposición de recursos contra sentencias y de casación en el orden civil y contencioso-administrativo”.

Como bien apunta el escrito de consulta, el principio de prohibición de la analogía en el ámbito tributario impide la aplicación de esa norma a los supuestos de Autos sino exclusivamente a sentencias, siendo irrelevante el procedimiento que va a dar lugar al recurso de apelación contra un determinado Auto judicial.

Lo que comunico a Vd. con efectos vinculantes, conforme a lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 89 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria”.

⁶³ Se han planteado otras muchas consultas vinculantes que aun no han recibido respuesta por parte del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, entre ellas las relativas a gestión de las tasas judiciales, en el caso de que no se atienda el requerimiento de pago en la presentación de una demanda, la aplicabilidad de las tasas judiciales a las Comunidades de Propietarios en régimen de propiedad horizontal, la sujeción al pago de la tasa judicial en caso de oposición al recurso de apelación y de impugnación de la calificación como subsidiaria en lugar de solidaria en la condena de los codemandados, la aplicación de la bonificación prevista en el artículo 10 de la Ley 10/2012 a la utilización de la Plataforma Lexnet, su aplicación en procesos matrimoniales mutuo acuerdo y la aplicación de las tasas en los procesos jurisdicción voluntaria y expedientes de dominio.

Todos los datos expuestos contribuyen en cierto modo a aclarar las razones de lo que este informe ha calificado como fracaso parcial de la finalidad recaudatoria de la Ley pero cabe preguntarse si el origen del problema no se encuentra en un dato incorrecto. Es decir, si todos los cálculos tienen como punto de partida el dato de que los asuntos ingresados en la Administración de Justicia son 9.355.526 es perfectamente previsible que la recaudación no llegue, ni se acerque, a las cifras deseadas.

Sobre la afectación de los recursos obtenidos a la financiación del sistema de asistencia jurídica gratuita y la memoria del análisis de impacto normativo.

Ya se expuso que la memoria del análisis del impacto normativo de la Ley fue objeto de críticas ya desde la fase de tramitación del Anteproyecto la que se convertiría en la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses. Y estas críticas fueron particularmente duras en lo que se refiere a la afectación de los ingresos.

Puede que una de las razones del legislador se encontrara en las dificultades por las que atraviesa el servicio de la asistencia jurídica gratuita. No se olvide que aquellos momentos se planteaban de nuevo conflictos en la prestación del servicio. Desde mediados del año 2011⁶⁴ muchas de las Comunidades Autónomas anunciaron sustanciales rebajas en los baremos de las indemnizaciones y suspendieron los pagos previstos. La incidencia de la crisis era ya palpable, tanto en el número de asuntos, en relación con despidos, desahucios o incumplimientos contractuales, como en el número de personas a las que las nuevas circunstancias hacían acreedoras del derecho a la justicia gratuita. Y en este contexto las medidas de presión de los abogados adscritos al turno de oficio pasaban, en algunos casos, desde las simples protestas al abandono temporal del servicio, que impropiamente se calificaba por los medios de comunicación como una forma de “huelga”

Si se entiende, como la autora de este informe sostiene, que la asistencia jurídica gratuita es un servicio de interés público y las tareas de los aboga-

⁶⁴ En el Newsletter que publica el Consejo General de la Abogacía Española consta el reflejo de varias de estas noticias, sobre las que los medios de comunicación insistían a diario. Por citar algunos ejemplos, el 15 de noviembre de 2011 el Colegio de Abogados de Madrid convocó una jornada de puertas abiertas y suspendió las designaciones. En Granada, desde el acuerdo del 16 de septiembre de 2011, el Colegio de Abogados suspendió las designaciones en el servicio de asistencia a detenidos, con el limitado alcance de cuatro horas los martes. Se convocaron asambleas y manifestaciones en muchos de los Colegios de Abogados.

dos adscritos voluntariamente al sistema pueden ser calificadas como el ejercicio privado de una función pública, se comprende que una de las preocupaciones iniciales de la que luego fue Ley 10/2012, de 20 de noviembre, fuera crear un nuevo sistema de financiación para el turno de oficio⁶⁵. Otra cosa es que sus promotores en el Ministerio de Justicia contaran con la aprobación del Ministerio de Hacienda, asunto inevitable en estas materias que afectan a los caudales públicos.

Esta inicial finalidad se percibe aun en el texto vigente, tanto en el preámbulo como en el articulado. Así, el artículo 11 dispone:

“Artículo 11. Vinculación de la tasa.

La tasa judicial se considerará vinculada, en el marco de las disposiciones de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, al sistema de justicia gratuita en los términos establecidos en la Ley de Presupuestos Generales del Estado de cada ejercicio”.

Y se aprecia aun más en la memoria económica ya que refleja, como se ha expuesto, que el objetivo de la Ley era conseguir una financiación adicional de una cantidad cercana a los 300 millones de euros, el presupuesto del servicio de asistencia jurídica gratuita. Tan es así que en la memoria del análisis de impacto⁶⁶ del Anteproyecto de Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, en estos momentos en tramitación, se insiste en la “*vinculación de los ingresos obtenidos por las tasas judiciales a la asistencia jurídica gratuita*”, reflejándolo en estos términos:

“Por otra parte, el nuevo sistema de justicia gratuita también se basa en el equilibrio presupuestario y la suficiencia de recursos, como ha hecho posible la nueva Ley 10/2012, de 20 de noviembre..., cuando en su artículo 11 ha previsto la vinculación de los ingresos de estas tasas judiciales, con la finalidad de superar los déficits actuales. Tal y como dispone el citado artículo, los ingresos obtenidos por la aplicación de la tasa judicial se vincularán a la financiación de la asistencia jurídica gratuita, en los términos que establezca en la Ley de Presupuestos Generales del Estado de cada ejercicio. En consecuencia únicamente aquellos que cuenten con medios económicos suficientes para litigar asumirán el pago de la tasa, quedando exentos los beneficiarios de la asistencia jurídica gratuita.

No se pueden prever con exactitud los ingresos que van a generar las tasas previstas por la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, ya que no es posible conocer el número

⁶⁵ En las declaraciones públicas sobre la Ley y su propósito el Ministerio de Justicia ha insistido en esta especial vinculación entre las tasas y la asistencia jurídica gratuita, vinculación que se sigue reflejando en el Anteproyecto de Ley de Justicia Gratuita, actualmente en tramitación.

⁶⁶ El texto que se maneja tuvo su entrada en el Consejo Económico y Social el 5 de marzo de 2013.

exacto de litigios que tendrán lugar desde su entrada en vigor. No obstante, si se realiza un cálculo aproximado que descuento el importe no obtenido por la exención del pago de los beneficiarios de asistencia jurídica gratuita, con forme a los datos empleados en la Memoria de Análisis de Impacto Normativo de la citada Ley 10/2012, de 20 de noviembre, este ascendería a 306.091.358,50 euros⁶⁷.

Esta llamada afectación de ingresos⁶⁸ suscitó a lo largo de la tramitación de la norma un debate que puede calificarse como encendido. Valgan para avalar esta afirmación las consideraciones del Consejo General del Poder Judicial, del Consejo de Estado y del Consejo General de la Abogacía Española:

En el informe emitido el 8 de julio de 2012 por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial⁶⁹ sobre el Anteproyecto de Ley que regula determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses se contienen varias consideraciones sobre este aspecto de la memoria económica, de entre las que se han de destacar las que siguen:

Resta por último, en lo que atañe a este apartado del informe, efectuar algunas consideraciones relativas al Impacto Económico y Presupuestario de la medida. Según dispone el artículo 11 del Anteproyecto, los ingresos derivados de la tasa judicial quedarán afectos a la financiación del sistema de asistencia jurídica gratuita, en los términos establecidos en la ley de Presupuestos de cada ejercicio (apartado 1); si la recaudación por la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional en los órdenes, civil, social y contencioso-administrativo superase los costes que asume la Administración General del Estado para la financiación del sistema de asistencia jurídica gratuita, el excedente se integrará en el Tesoro Público (apartado 2).

⁶⁷ Página 21 y ss. de la memoria del análisis de impacto normativo.

⁶⁸ Collado Martínez, Rosa María, *Sobre la propuesta de financiación del servicio público de la asistencia jurídica gratuita mediante tasas*, en *VI Informe del Observatorio de la Justicia Gratuita, 2007-2011*, página 163 y ss., Consejo General de la Abogacía Española y La Ley, Madrid, 2012.

⁶⁹ El 2 de noviembre de 2011 el Vicepresidente del Consejo General del Poder Judicial, Fernando de Rosa, se pronunció favorablemente sobre la posibilidad de poner en marcha de una agencia estatal para evitar disparidades en el pago de los abogados del turno de oficio entre las distintas Comunidades Autónomas. Si bien de la propuesta se desprende con claridad que los baremos de pago deben ser únicos en España no aparece con igual claridad si esta gestión de las asignaciones tributarias supone un desapoderamiento de las Comunidades Autónomas. Los presidentes de la Asociación de Abogados por un Turno de Oficio Digno (Altodo) y la Asociación Libre de Abogados (ALA) se han mostrado partidarios de la propuesta, que fue inmediatamente rechazada por el Consell de l'Advocacia Catalana. Fuente: EFE.

Como se observa, el prelegislador anuda el importe recaudado por las tasas a la financiación del sistema de asistencia jurídica gratuita, lo que implica que, al menos en parte, los usuarios de la Administración de Justicia que dispongan de suficientes recursos habrán de soportar el coste que supone la prestación de ciertos servicios a quienes carecen de medios económicos para costearlos. Sin perjuicio de formular ulteriores consideraciones en relación con el precepto citado, cabe anticipar que el prelegislador pretende instaurar la solidaridad selectiva, a cargo de los usuarios de la Administración de justicia, en detrimento del sostenimiento público del coste que comporta la asistencia jurídica gratuita.

Además, *la afectación prevista en el artículo 11.2 no se ajusta, al menos en su sentido más propio, al principio de equivalencia que proclama el artículo 7 de la Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Pùblicos, en cuya virtud las tasas deberán tender a cubrir el coste del servicio o actividad que constituya su hecho imponible que, en el presente caso, es el funcionamiento de la Administración de justicia necesario para el ejercicio de la potestad jurisdiccional, y no los servicios gratuitos, principalmente de abogado y procurador, de quienes carecen de suficientes recursos económicos*⁷⁰.

Pero, al margen de la valoración que pueda merecer esta opción, *debe destacarse que en el apartado correspondiente al Impacto Económico y Presupuestario de la medida no se hace referencia alguna a los gastos que origina el sistema de asistencia jurídica gratuita, lo cual impide cotejar en qué medida los ingresos recaudados por tasas judiciales permitirán sufragar el coste de la referida asistencia jurídica*, pues, como explica el artículo 11 del Anteproyecto, ésta constituye el fin al que deben quedar afectos las cuantías obtenidas por aquel concepto. Tal omisión impide conocer el alcance económico real de la medida, ya que la recaudación prevista se relaciona con los gastos originados por el funcionamiento de los Juzgados o Tribunales que, como señala el artículo 11.2 del Anteproyecto, no están afectos a la recaudación obtenida por las tasas judiciales y, en consecuencia, la indicación de ese dato sólo permite conocer que la recaudación prevista por concepto de tasas no superará el coste de funcionamiento de esos órganos. (...)"

Posteriormente el informe retoma el tema y añade:

"Artículo 11. Afectación de la tasa

El artículo 11 versa sobre la afectación de la tasa, aspecto este que ya fue parcialmente tratado en otro apartado de este informe. La específica afectación de la tasa a los costes soportados por la Administración General del Estado para la financiación del sistema jurídica gratuita —esto es lo que se deduce de la interpretación conjunta de los apartados uno y dos del artículo invocado— suscita una problemática cuyo estudio también debe ser abordado en este informe. Ciertamente, la Administración General del Estado sufraga gastos derivados de la prestación de la asistencia jurídica gratuita, pero no todos los costes que dicho servicio origina, pues las Comunidades Autónomas con competencias transferidas también financian el gasto que tal servicio origina en el ámbito territorial que les es propio (vide, a título de ejemplo, la regulación establecida en los artículos 38 y ss. del Decreto 269/08, de justicia; 37 y

⁷⁰ Las negritas y cursivas, ya se ha dicho, son responsabilidad de la autora.

ss. del Decreto 86/2008, de Cantabria; 45 y ss. del Decreto 67/2008, de Andalucía y 36 y ss. del Decreto 273/2007, del Principado de Asturias).

No es, desde luego, competencia de este Consejo dilucidar sobre cómo debe articularse la financiación de los diferentes servicios de asistencia jurídica gratuita; sin embargo, al menos debe dejarse constancia de la importancia de este aspecto, ante las eventuales medidas que pudieran adoptar las Comunidades Autónomas en orden a instaurar, dentro de su ámbito competencial, un sistema propio de tasas para dotarse de un modo de financiación alternativa”.

Por su parte, el Consejo de Estado insiste en el asunto en su Dictamen 774/2012, de 19 de julio de 2012, sobre el Anteproyecto de ley por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia, del Registro Civil y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses⁷¹, en el que expresó:

“Otro aspecto de la regulación de la tasa por ejercicio de la potestad jurisdiccional que merece atención particular desde el punto de vista tributario es la novedad que introduce el artículo 11 del anteproyecto al prever la “afectación de la tasa”. En su virtud, los ingresos derivados de esta quedarán afectos a la financiación del sistema de asistencia jurídica gratuita en los términos establecidos en la Ley de Presupuestos de cada ejercicio. Si la recaudación por dicha tasa excediera los costes que asuma la Administración General del Estado del sistema de asistencia jurídica gratuita, se prevé entonces que el excedente se integrará en el Tesoro Público.

La LTPP parte del principio de caja única o no afectación de las tasas. Desde un punto de vista presupuestario, el artículo 3.1 de dicha Ley dispone que los recursos regulados en ella correspondientes al Estado y sus organismos autónomos se ingresarán en las cajas del Tesoro público o en cuentas bancarias autorizadas del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas. La afectación de los recursos obtenidos por la realización de una actividad o la prestación de un servicio por parte de la Administración resulta eventualmente una forma de proceder más acorde con la naturaleza de los precios públicos que de las tasas. En todo caso, no existe una prohibición tautática al respecto en la norma de cabecera de esta figura tributaria y una disposición de igual rango puede establecer una regulación distinta.

Sin perjuicio de lo anterior, se observa cierta incongruencia en la forma en que se articula la afectación por el artículo 11 del anteproyecto. Se trata ciertamente de una afectación atípica puesto que el producto de la recaudación no se aplica a financiar el servicio público de la Administración de Justicia en el ejercicio de la potestad jurisdiccional —lo cual se corresponde lógicamente mejor con el principio de equivalencia— sino que se establece en favor del sistema de asistencia jurídica gratuita, que es algo conceptualmente distinto aunque ambos se sitúen en el ámbito del Ministerio de Justicia, en cuyo presupuesto de gasto por conceptos se incluyen separadamente. Así, la contribución del Ministerio al sistema de asistencia jurídica gratuita figura entre los “gastos sociales”.

Además, tampoco existe una clara determinación en el anteproyecto de la cantidad o el porcentaje de la recaudación que se destinará al sostenimiento del sistema de

⁷¹ Puede consultarse, como todos los del Consejo de Estado en www.consejo-estado.es

asistencia jurídica gratuita. **Según el artículo 11 comentado la afectación se realizará en los términos previstos en las leyes de Presupuestos Generales del Estado, lo cual sitúa en términos de contingencia el propósito de la afectación.** En todo caso, el Ministerio de Justicia no cubrirá el importe total de los costes de la asistencia jurídica gratuita. Si se toma el dato del presupuesto de gasto del Ministerio de Justicia para 2012 conforme al que se prevé destinar a asistencia jurídica gratuita 34,15 millones de euros, tal cantidad no se acerca al coste de dicho sistema.

Según datos del Consejo General de la Abogacía Española, la asistencia jurídica gratuita da servicio, a través de unos 36.000 abogados, a más de un millón de ciudadanos sin recursos y apenas supone un 6,5 por ciento del gasto en Justicia de todas las Administraciones Públicas, 250 millones de euros de un total de 3.837 millones (datos de 2010) que han gastado el Ministerio de Justicia, las Comunidades Autónomas y el Consejo General del Poder Judicial.

Ciertamente ha de tenerse en cuenta que el Ministerio de Justicia financia el sistema de asistencia jurídica gratuita junto con las Comunidades Autónomas y el CGPJ pero con la regulación prevista no se establecen unas bases definidas para su actuación al respecto.

Por las razones expuestas, se considera más lógico y adecuado que la regla residual del artículo 11.2 del anteproyecto fuera la regla general y la recaudación por la tasa se ingrese en el Tesoro Público y, en caso de que se opte por mantener una afectación de la tasa, que su recaudación revierta en la financiación del funcionamiento de la Administración de Justicia en el ejercicio de la potestad jurisdiccional (...).

Y en el mismo sentido había precisado el Consejo General de la Abogacía Española⁷² en el informe que hizo llegar al Consejo de Estado durante la tramitación del Anteproyecto que:

“En efecto, la afectación de la tasa, que prevé el art. 11, a la financiación del sistema de asistencia jurídica gratuita y, en cuanto pudiera exceder de éste, a nada en concreto —pues se prevé su ingreso en el Tesoro— resulta exótico a las tasas como tributos en nuestro país.

Las tasas, tal y como las hemos entendido siempre, deben tender a cubrir el coste del servicio o actividad que constituya su hecho imponible que, en este caso es —como en la norma aun vigente— el funcionamiento de la Administración de justicia. Y no el sistema de asistencia jurídica gratuita.

Buena prueba de que ni el propio Ministerio proponente se cree lo que aparece en el art. 11 del Anteproyecto es que en la Memoria de análisis de impacto normativo, más concretamente al tratar del impacto económico y presupuestario no se hace referencia alguna a los gastos asociados en el momento actual al sistema de asistencia jurídica gratuita, lo que impide conocer cuál es el cálculo que el Ministerio ha hecho en cuanto al destino de la tasa, si será suficiente para sostener la asistencia jurídica gratuita, si tiene pensado transferir a las Comunidades Autónomas con competencias en la materia parte del ingreso o si

⁷² El Consejo General de la Abogacía Española no recibió trámite de audiencia directo durante la tramitación del Anteproyecto de Ley y presentó sus alegaciones ante el Consejo de Estado, en virtud de lo previsto en el artículo 18 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado.

se prevén excedentes. Más aun, en la página 11 de la Memoria, apartado "3. Alternativas" se hace referencia expresa a que "sólo mediante el establecimiento de una tasa es posible ayudar a contribuir en la financiación de la actividad judicial".

La Justicia Gratuita da servicio a más de un millón de ciudadanos sin recursos y apenas supone un 6,5 por ciento del gasto en Justicia de todas las Administraciones Públicas, 250 millones de euros de un total de 3.837 millones (datos de 2010) que han gastado el Ministerio de Justicia, las Comunidades Autónomas y el Consejo General del Poder Judicial. El porcentaje ha llegado a ser en algún momento del 7,40 pero se va estabilizando a pesar de la crisis en la banda del 6 por ciento. Y es un servicio que prestan diariamente en cualquier lugar de España 36.000 abogados, 24 horas al día y 365 días al año. Un trabajo reconocido socialmente y que, sin embargo, está mal pagado en muchos casos.

Con estas cifras y las que aparecen en la Memoria como previsibles ingresos totales por la tasa —más de 400 millones de euros—, parece que existirá un importante excedente. Ya hemos dicho que el proponente de la norma utiliza la referencia al servicio de asistencia jurídica gratuita impropriamente en este caso. No obstante, si de verdad valorara ese servicio, debería prever que si los ingresos por la tasa llegaran a cubrir holgadamente el coste del servicio, deberían acometerse mejoras en el propio servicio y no integrar sin más el excedente en el Tesoro público".

Así las cosas cabe ahora preguntarse si la recaudación obtenida por la nueva Ley 10/2012, de 20 de noviembre ha sido efectivamente afectada a la financiación de la justicia gratuita, en los términos previstos por la Ley de Presupuestos de cada año. Y no lo ha sido.

El régimen jurídico de esta afectación de ingresos se encuentra en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, que fija en su artículo 27 los siguientes principios:

"Artículo 27. Principios y reglas de gestión presupuestaria.

1. La gestión del sector público estatal está sometida al régimen de presupuesto anual aprobado por las Cortes Generales y enmarcado en los límites de un escenario plurianual.

2. Los créditos presupuestarios de la Administración General del Estado, sus organismos autónomos y de las entidades integrantes del sector público estatal con presupuesto limitativo se destinarán exclusivamente a la finalidad específica para la que hayan sido autorizados por la Ley de Presupuestos Generales del Estado o por las modificaciones realizadas conforme a esta Ley.

El carácter limitativo y vinculante de dichos créditos será el correspondiente al nivel de especificación con que aparezcan en aquéllos.

3. Los recursos del Estado, los de cada uno de sus organismos autónomos y los de las entidades integrantes del sector público estatal con presupuesto limitativo se destinarán a satisfacer el conjunto de sus respectivas obligaciones, salvo que por ley se establezca su afectación a fines determinados.

(...)"

Como expresó el Consejo de Estado el propósito de esta afectación se "situó en términos de contingencia", ya que ninguna previsión adicional consta en las Leyes de Presupuestos para los años 2012 y 2013.

Pudiera haberse hecho y así ha ocurrido en otros casos. Por poner dos ejemplos, mediante la disposición adicional vigésima de la Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado, se afecta la recaudación de las tasas de expedición del Documento Nacional de Identidad y pasaportes a la financiación de las actividades desarrolladas por la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre-Real Casa de la Moneda, en cumplimiento de las encomiendas de gestión realizadas por los centros del Ministerio del Interior para la expedición de los indicados documentos⁷³. Y en la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013, la disposición adicional primera dispone que los ingresos que se produzcan en el presupuesto del Estado por aplicación de lo establecido en los artículos 5 y 8 del Real Decreto 1207/2006, de 20 de octubre⁷⁴, se afectarán a la compensación a las Comunidades Autónomas por la asistencia sanitaria concertada prestada a ciudadanos asegurados en otro Estado desplazados temporalmente a España, conforme a lo fijado en dicho Real Decreto.

No hay constancia de la razón por la que la tan anunciada afectación no se ha llevado a cabo pero cabe aventurar que algún eco han tenido las muchas consideraciones que sobre este particular se han hecho por los distintos intervenientes en el proceso de elaboración de la norma. Una infracción evidente del principio de equivalencia arrojaría sobre la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, una tacha de inconstitucionalidad difícil de superar⁷⁵ y no es posible olvidar la claridad con que se expresa el artículo 7 de la Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos, que dispone:

⁷³ Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012.

“Disposición adicional vigésima. Afectación de la recaudación de las tasas de expedición del Documento Nacional de Identidad y Pasaportes.

Con efectos de 1 de enero de 2012 y vigencia indefinida, se afecta la recaudación de las tasas de expedición del Documento Nacional de Identidad y pasaportes a la financiación de las actividades desarrolladas por la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre-Real Casa de la Moneda, en cumplimiento de las encomiendas de gestión realizadas por los centros del Ministerio del Interior para la expedición de los indicados documentos, en los porcentajes que se recogen a continuación:

Porcentaje de afectación. Tasa de expedición del DNI 94%. Tasa de expedición del Pasaporte 65%”

⁷⁴ Real Decreto 1207/2006, de 20 de octubre, por el que se regula la gestión del Fondo de cohesión sanitaria.

⁷⁵ Sobre los muchos argumentos empleados para sugerir la posible inconstitucionalidad de la Ley constan referencias a lo largo de este informe. La vulneración del principio de equivalencia es solo uno de ellos.

“Artículo 7. Principio de equivalencia.

Las tasas tenderán a cubrir el coste del servicio o de la actividad que constituya su hecho imponible”.

Existe, por otra parte, un argumento adicional. Si los ingresos recaudados con las nuevas tasas quedaran afectados al sostenimiento de la asistencia jurídica gratuita sería preciso reformular el sistema por completo. En el sistema vigente, basado en la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, se fijan los criterios básicos de la financiación del servicio, cuyo coste deberá ser periódicamente evaluado por los poderes públicos, dentro de los márgenes de un principio según el cual el servicio de asistencia jurídica gratuita ha de estar digna y suficientemente remunerado, haciéndose efectiva su retribución en plazos razonables⁷⁶.

Y por lo que se refiere a la distribución competencial la Ley resulta ser respetuosa con la ordenación competencial que deriva de la Constitución y los Estatutos, ya que se ha de tener en cuenta que las competencias en materia de Administración de Justicia y legislación procesal son exclusivas del Estado. Han asumido competencias de desarrollo de las normas en materia de justicia varias Comunidades Autónomas, que han fijado baremos o criterios no siempre coincidentes entre sí⁷⁷. Las competencias en la materia no han sido asumidas por las Comunidades Autónomas de Castilla y León, Castilla-La Mancha, Baleares y Extremadura, en las que el Estado sigue ejerciendo la totalidad de las funciones de gestión, así como en las Ciudades de Ceuta y Melilla. En estos ámbitos no se constata que existan retrasos o demoras en el pago a los abogados.

En cuanto a la posible disparidad en la organización o en los baremos aplicables para las indemnizaciones se ha suscitado la duda de su adecuación a la Constitución, ya que guardan relación directa con los derechos fundamentales que habrían, siquiera en principio, de tener un mismo régimen en el territorio nacional, al amparo del artículo 149.1.1 de la Constitución. En efecto, por poner un ejemplo y utilizando datos de 2004, parece poco sensato que el módulo o baremo de un servicio de guardia se indemnice en Baleares con 114 euros, 150 en Navarra, 114,19, en Ceuta,

⁷⁶ En el X Congreso Nacional de la Abogacía, celebrado en 2011 en Cádiz, el Presidente del Consejo General de la Abogacía Española, Carlos Carnicer, destacó el valor el trabajo realizado por los abogados del turno de oficio y denunció que se está incumpliendo la ley al no garantizar a estos letrados una retribución digna.

⁷⁷ La Memoria del impacto normativo del Anteproyecto de Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, en estos momentos en tramitación, refleja estos datos.

126 en Málaga, 110 en Guipúzcoa y entre 126,21 y 252,43 euros en Sevilla⁷⁸. Aun cuando los conceptos de los baremos no son idénticos la diferencia es evidente.

El Ministerio de Justicia⁷⁹ ha ofrecido a las Comunidades Autónomas asumir parcialmente la gestión del servicio y homologar las indemnizaciones que reciben los letrados pero esta propuesta parece haber tenido una acogida desigual⁸⁰ entre los responsables autonómicos⁸¹. Es previsible, por tanto, que a pesar de las reiteradas declaraciones sobre la afectación de los ingresos esta no tenga lugar por ahora. Y siendo así, otro de los pilares básicos de la justificación de la reforma de las tasas quiebra por la base.

ALGUNAS CONCLUSIONES

Una vez desbrozados los datos que han servido al legislador para adoptar su decisión y los resultados de la aplicación de la Ley se ha de llegar a dos conclusiones iniciales. La primera es que la finalidad de allegar recursos para la financiación del servicio público de la Administración de Justicia no se ha cumplido. La Ley ha fracasado, al menos parcialmente, en uno de sus objetivos, ya que no se ha recaudado lo previsto. Las cifras no llegan

⁷⁸ Datos tomados del *Informe sobre la asistencia jurídica a los extranjeros en España*, Madrid, Defensor del Pueblo, 2005.

⁷⁹ Como reflejó la prensa en mayo de 2012 el Ministro de Justicia, Alberto Ruiz-Gallardón ofreció a las Comunidades Autónomas hacerse cargo del coste íntegro de la asistencia jurídica gratuita. A cambio, ambas Administraciones compartirían una gestión coordinada del servicio y establecerían sistemas de control para evitar el fraude. El Ministro ya había anunciado que las cuantías de las tasas judiciales que ese dinero se destinaría a financiar la justicia gratuita.

⁸⁰ En nota de prensa publicada el 5 de agosto de 2013 el Consejo de la Abogacía Catalana ha rechazado la propuesta del Ministro de Justicia de rebajar las indemnizaciones que perciben los abogados adscritos al turno de oficio en un 30% y asumir las competencias en materia de asistencia jurídica gratuita que en este momento están transferidas a la Generalidad de Cataluña.

⁸¹ La Comunidad Autónoma de Madrid se mostró, en su momento, partidaria de devolver la gestión de la justicia al Gobierno tras constatar que su transferencia “no había reportado ningún beneficio para los ciudadanos”. Señala que a pesar de incrementar el presupuesto un 230% desde 2003, no se ha aumentado la eficiencia judicial. Las declaraciones se produjeron en noviembre de 2011. Fuente: *Expansión*. Por su parte la Junta de Castilla y León reclama 163,2 millones de euros para asumir las transferencias, 30 millones más que lo ofrecido por la Administración General del Estado.

a lo calculado en la memoria del análisis de impacto y menos a la cuantía en que se presupuestó el ingreso en los estados de gastos e ingresos de los Presupuestos Generales del Estado para 2013. Tampoco los ingresos obtenidos han sido afectados a la financiación de la asistencia jurídica gratuita, de acuerdo con la intención inicial del legislador. Las Comunidades Autónomas siguen esperando las partidas mientras financian, como siempre, sus gastos de asistencia jurídica gratuita.

Queda por ver si la segunda finalidad ha corrido mejor suerte. Como ya se ha expuesto a lo largo de este informe la intuición fundamental que subyace en la iniciativa es la que sostiene que los españoles abusan del sistema judicial, al que recurren no en búsqueda de la tutela de sus derechos sino en búsqueda “*ventajas indebidas e ilegítimas al abrigo de nuestra normativa procesal*”.

Y para aclarar este extremo se habrá de recurrir de nuevo a los mismos instrumentos estadísticos que se han manejado en este informe. En el Boletín Información Estadística número 34 de julio de 2013 se ofrece una “*Primera valoración del impacto de la modificación de las tasas en la entrada de los órganos judiciales en base a la Estadística Judicial*”⁸², de la que pueden extráctarse las siguientes conclusiones:

“Resumen de la jurisdicción Contencioso Administrativa

Con los datos disponibles, en la jurisdicción Contencioso Administrativa no podemos valorar el impacto de las nuevas tasas en los recursos, pues la estadística sólo facilita los elevados. Para los asuntos ingresados en los juzgados y en las Salas, de los que se han eliminado los de aquellas materias que presentan una gran volatilidad, se puede concluir que las nuevas tasas han tenido un efecto importante, observándose reducciones entre los valores previsibles antes de la implantación de las tasas y los observados para el conjunto de los trimestres cuarto de 2012 y primero de 2013 que oscilan entre el 6,4% para los asuntos en única instancia (sin contabilizar “Otras materias”) en la Sala de la Audiencia Nacional, y el 36,3% para los asuntos de Actividad administrativa sancionadora en los Juzgados Centrales de lo Contencioso.

Resumen de la jurisdicción Social

Para la jurisdicción Social, sólo se puede hacer una primera valoración con los recursos de suplicación interpuestos, que han tenido una reducción del 15,5% entre el valor previsible y el observado en los trimestres cuarto de 2012 y primero de 2013.

Resumen de la jurisdicción Civil

En los juzgados de lo mercantil no se ha apreciado el efecto de las tasas. Dejando aparte los concursos presentados, que en el cuarto trimestre de 2012 y posterior-

⁸² Boletín Información Estadística número 34, julio 2013. “*Primera valoración del impacto de la modificación de las tasas en la entrada de los órganos judiciales en base a la Estadística Judicial*”, Consejo General del Poder Judicial. Disponible en www.poder-judicial.es.

mente en el primero de 2013 han batido los máximos históricos, y centránndonos únicamente en los asuntos de materia no concursal ingresados en los juzgados con competencia mercantil se observa un incremento del 22,5% en lo observado respecto a lo previsto.

Para los juzgados de primera instancia y de primera instancia e instrucción se han observado unos importantes incrementos en el ingreso en el mes de noviembre de 2012 en monitorios, verbales, ordinarios, cambiarios y procesos de división de patrimonios. Luego se ha observado una caída en diciembre y otra más pronunciada en enero, estabilizándose después el ingreso. La comparación de los ingresos previstos con datos anteriores a la implantación de las tasas y los observados, muestran un incremento en ordinarios (6,4%) y verbales (1,5%) y una disminución en monitorios (6,1%) y cambiarios (2,2%). Habrá que esperar a tener datos de otros trimestres para valorar mejor el impacto, aunque al no disponerse de datos desglosados por el importe de las cantidades reclamadas, es difícil valorar si se han producido fraccionamientos en las reclamaciones para huir del efecto de las tasas".

A la vista de lo expuesto hasta ahora se habrá de coincidir en que los primeros análisis estadísticos permiten entender cumplida esta finalidad disuasoria, aun cuando esta conclusión es necesariamente provisional. No se olvide que la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, aún no ha cumplido su primer año de vigencia.

Pero cabe extraer otra conclusión y en este caso no provisional. Existen medios suficientes para el tratamiento estadístico de los datos procedentes de la Administración de Justicia y se cuenta con amplia información sobre la recaudación tributaria y sobre la asistencia jurídica gratuita. Todos estos datos permiten tomar decisiones al legislador acerca del mejor modo de allegar recursos al erario para financiar los servicios públicos.

La aplicación de la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, ha conseguido que el Tesoro Público recaude la cantidad total de 86 millones de euros hasta julio de 2013, cantidad que no se ha afectado a la financiación de la asistencia jurídica gratuita ni previsiblemente se afectará. Fallidas estas finalidades queda como único objetivo de la Ley el aspecto disuasorio. La crisis económica puede revestir de legitimidad algunas decisiones en el aspecto recaudatorio, legitimidad que será en todo caso temporal, pero alejar a los ciudadanos de la Administración de Justicia no es, en modo alguno, una finalidad coherente con el Estado Social y Democrático de Derecho.

Tasas judiciales y responsabilidad civil

(Informe 2/2013)

1. OBJETO DEL INFORME

La publicación de la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses ha provocado una excepcional polémica en el ámbito de la Justicia española.

Promulgada contra el criterio generalizado de los profesionales de la justicia, y muy especialmente frente a la opinión mayoritaria de los abogados, contiene una multiplicidad de variantes que suponen una muy arriesgada interpretación de principios jurídicos y constitucionales especialmente conectados con los derechos fundamentales que —sin lugar a dudas— ha de derivar en adversidades, incomprendiciones y singulares discrepancias jurídicas en su aplicación práctica real, camino que se inicia en estas fechas. La edulcoración de la norma anterior mediante el Real Decreto Ley 3/2013, de 22 de febrero, por el que se modifica el régimen de las tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y el sistema de asistencia jurídica gratuita no ha venido ni mucho menos a solventar el problema.

Se trata de abordar aquí una de esas variantes, vinculada a uno de los ámbitos más clásicos de la actuación profesional de los abogados: la exigencia de responsabilidad civil en el seno de las relaciones jurídicas. Al hilo de los hitos ordinarios de los procedimientos y procesos vinculados a la exigencia de responsabilidad civil o a su defensa frente a tal requerimiento, se pretende evidenciar el cúmulo de contrariedades y problemas que subyacen en una medida legislativa que, por contraproducente, ha de resultar necesariamente nociva. Agrupados bajo diferentes epígrafes recorreremos algunos de los más evidentes y próximos efectos negativos que han de traer causa de una norma legal ya exigible. Y todo ello pese al Real Decreto Ley 3/2013.

Lo que sigue es el resultado de nuestro trabajo.

2. SITUACIÓN JURÍDICA ANTERIOR A LA REFORMA

No puede tildarse de descubrimiento novedoso la aparición de las tasas en el ámbito de la Administración de Justicia, bien que en muy escasas

ocasiones existió una vinculación clara entre tasas y exigencia de responsabilidad civil. Hace casi medio siglo sería el Real Decreto 1035/1959, de 18 de junio por el que se regula el que obligaba al pago de las tasas judiciales quien predicaba su aplicación a quienes promovieran “*la actuación de los Tribunales y Juzgados o sean parte en el proceso*”.

La recaudación de las tasas se realizaba mediante efectos timbrados (artículo 9) y en principio el producto de las mismas se aplicaba a la remuneración complementaria de los funcionarios de la Administración de Justicia, hasta que la Ley de 8 de julio de 1963 sobre percepción de tasas judiciales dispuso el ingreso de su producto en el Tesoro Público. Adicionalmente, toda parte personada venía obligada a emplear una póliza de la Asociación Mutuo Benéfica de Funcionarios de la Administración de Justicia.

La Ley del Impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados de 30 de diciembre de 1980 sujetaba a la modalidad impositiva de “*actos jurídicos documentados*” las resoluciones jurisdiccionales, los laudos arbitrales, y los escritos de los interesados relacionados con aquéllas, debiendo las diligencias y actuaciones extenderse necesariamente en papel timbrado. Ni que decir tiene que gran parte de las mismas estaban vinculadas directamente a procesos de exigencia de responsabilidad civil.

La aparición de la Constitución de 1978 incide necesariamente sobre la presencia de las tasas en el ámbito de la Administración de Justicia con la idea de la gratuidad de la justicia como corolario de la existencia de un estado asistencial, convertido en la mejor forma de lograr la plena igualdad de los ciudadanos ante la ley, toda vez que el centro del problema se halla en el libre acceso a la jurisdicción de los justiciables.

La combinación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24 con la referencia del artículo 119 de la Constitución a la gratuidad de la Justicia “*cuando así lo disponga la ley y, en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar*” constituyen un fundamento de máximo nivel para derivar de él una singular alteración del régimen anterior de tasas.

Será la Ley 25/1986, de 24 de diciembre, de supresión de las tasas judiciales la que precisamente venga a eliminar el gravamen tributario sobre todas las actuaciones judiciales. No se olvide que se constataban numerosas distorsiones en el funcionamiento de la Administración de Justicia. Así lo declaraba expresamente la Exposición de Motivos de la norma legal citada, señalando que “*...la gestión tributaria, encomendada al Secretario judicial, se ha demostrado poco eficiente en cuanto tal, al tiempo que ha apartado a ese funcionario de las importantes funciones procesales y de gestión de la oficina judicial que esta*

llamado a desempeñar”. La poca habilidad tributaria que cabía predicar de los responsables de la gestión de las tasas judiciales —que señala nada menos que la Ley de 1986 en su motivación— debe ser tenida en cuenta en relación con la vocación financiera que algunos pretenden ver hoy en la Administración de Justicia.

De otro lado, con vistas a lo que haya de venir definitivamente tras el imprescindible examen de ajuste a la licitud constitucional de la actual norma legal (de lo que no ha de privarse la norma pese a los intentos maquilladores del Real Decreto Ley 3/2013), no puede olvidarse que existieron fundadas razones de anclaje constitucional que propiciaron precisamente la simple y llana eliminación de las tasas judiciales. Se recordaba de este modo en la —no tan pretérita y sobre todo, fundada en la misma Constitución de 1978— Ley 25/1986 (que curiosamente no ha sido expresamente derogada):

“En el ámbito de la Administración de Justicia los valores constitucionales se manifiestan en el derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos, reconocido en el artículo 24 de la propia Constitución.

El que, además de la justicia se manifiesten también la libertad y la igualdad, y el que todas ellas sean, como quiere la Constitución, reales y efectivas depende de que todos los ciudadanos puedan obtener justicia cualquiera que sea su situación económica o su posición social.

La Constitución, consciente de esta realidad, previene, en el artículo 119, que la justicia será gratuita cuando así lo disponga la Ley y, en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar”.

Lo que ahora alguno ha denominado la resurrección parcial de las tasas judiciales se vino a producir mediante la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, expresamente invocada como precedente directo por la nueva Ley 10/2012.

Su artículo 35 viene a introducir una “*tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional en los órdenes civil y contencioso-administrativo*” que viene a ofrecer un muy cercano perfil a pura tasa judicial de las ya suprimidas por la Ley de 1986, objeto de varias reformas que culminan en las derivadas de la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de Medidas de Agilización Procesal, cuya disposición final segunda afecta a la Ley 53/2002, modificando sus cuantías y procedencias.

Pues bien, nada de lo anterior ha podido considerarse impeditivo, esencialmente obstáculo o procesalmente relevante sobre el ámbito de la responsabilidad civil, más allá de los necesarios retoques técnicos que debieron adoptarse en cada momento para dar cobijo —colateral, secundario y perfectamente encajable— a la exigencia de tasas en relación a los

procesos jurisdiccionales en materia de responsabilidad civil en lo que a la exigencia de tasas en los mismos se refiere. Como podrá verse a continuación, nada más lejos de la realidad de lo que cabe vaticinar como efectos negativos futuros que se describen a continuación.

3. DUDOSO FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL E INCIDENCIA INMEDIATA DE LA NUEVA LEY SOBRE LOS MECANISMOS DE RESPONSABILIDAD

La Exposición de Motivos de la Ley 10/2012 contiene una afirmación grave y bastante opinable. En términos lapidarios señala que “*el derecho a la tutela judicial efectiva no debe ser confundido con el derecho a la justicia gratuita*”. Puede entenderse el sentido de la afirmación (que contraría directamente la motivación de la Ley 25/1986), lo que no dejaba de resultar una obviedad a la luz de que las tasas ya existían —como se ha visto más arriba— con anterioridad de diez años a la presente innovación.

Pero se entiende mucho menos la fundamentación que se pretende hallar en el seno de una pretendida racionalización de la Administración de Justicia cuando el único asidero constitucional expreso que la norma legal invoca —la sentencia del Tribunal Constitucional 20/2012, de 16 de febrero de 2012— contiene un muy limitado y parcial punto de apoyo a favor de la nueva regulación (orfandad fundamentadora que subsiste tras el Real Decreto Ley 3/2013 el cual no se priva de afirmar en su Exposición de Motivos que “*las tasas, en abstracto y por sí mismas, no se consideran lesivas de derecho alguno*” viniendo solo a reducir algunas cuantías, llevando a cabo según ella misma “*modificaciones puntuales*”). Y así lo han señalado expresa y profusamente tanto el Consejo General del Poder Judicial como el Consejo de Estado, según veremos a continuación.

En efecto, dicha sentencia viene a pronunciarse sobre un solo precepto de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre a raíz de la cuestión de constitucionalidad remitida por un juzgado de A Coruña. Se trata del artículo 35.7.2, que dice así:

“El justificante del pago de la tasa con arreglo al modelo oficial, debidamente validado, acompañará a todo escrito procesal mediante el que se realice el hecho imponible de este tributo, sin el cual el secretario judicial no dará curso al mismo, salvo que la omisión fuere subsanada en un plazo de diez días”.

Y lo es precisamente en un típico supuesto de responsabilidad civil: un particular sufrió daños en su vivienda derivados de una filtración de agua

de un piso superior: reclamada sin éxito la cantidad del daño —342,57 euros— se dio lugar a un juicio verbal al que correspondían 91,71 euros de tasas. La aseguradora no acompañó a la demanda el modelo 696 justificante de pago de las tasas previstas en la citada Ley de 2002, planteándose si ello vedaba de por sí solo el acceso a la jurisdicción, garantizado por el artículo 24.1 de la Constitución.

Tratar de derivar de tan puntual y singular pronunciamiento —único que se invoca— una doctrina jurídica general extrapolable —además— a los ámbitos social y contencioso-administrativo ofreciendo un sustento legal a innovaciones tan polémicas no deja de ser un discutible ejercicio de analogía procesal, tributaria y —sobre todo— constitucional. Quizás porque la misma Sentencia 20/2012 del Tribunal Constitucional contiene una muy significativa frase que parece olvidada:

“Por consiguiente, sólo procede controlar la validez del párrafo segundo del art. 35.7 en relación con las tasas del orden jurisdiccional civil”.

Pero el párrafo que más nos llama la atención en el orden de examen de la responsabilidad civil —y la nueva ley de tasas, en general y para todos los órdenes jurisdiccionales— es el siguiente en la misma Sentencia (Fundamentos Jurídicos 9 y 10):

“En todo caso, desde nuestra perspectiva, debemos poner de manifiesto que en principio no vulnera la Constitución que una norma de rango legal someta a entidades mercantiles, con un elevado volumen de facturación, al pago de unas tasas que sirven para financiar los costes generados por la actividad jurisdiccional que conlleva juzgar las demandas que libremente deciden presentar ante los Tribunales del orden civil para defender sus derechos e intereses legítimos.

10. Esta conclusión general sólo podría verse modificada si se mostrase que la cuantía de las tasas establecidas por la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, son tan elevadas que impiden en la práctica el acceso a la jurisdicción o lo obstaculizan en un caso concreto en términos irrazonables, atendiendo a los criterios de la jurisprudencia expuestos en el fundamento jurídico 7. En esta misma línea se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, a partir de la Sentencia Kreuz contra Polonia, de 19 de junio de 2001 (asunto núm. 28249/95), mantiene que el requisito de abonar tasas judiciales en procesos civiles no infringe por sí solo el derecho de acceso a un tribunal protegido por el art. 6.1 del Convenio de Roma. Sin embargo, la cuantía de las tasas no debe ser excesiva, a la luz de las circunstancias propias de cada caso, de tal modo que impida satisfacer el contenido esencial del derecho de acceso efectivo a la justicia (§§ 60 y 66; en el mismo sentido, SSTEDH de 26 de julio de 2005, Kniat c. Polonia, as. 71731/01; 28 de noviembre de 2006, Apóstol c. Georgia, as. 40765/02; y 9 de diciembre de 2010, Urbanek c. Austria, as. 35123/05)”.

En definitiva y volviendo al supuesto de responsabilidad civil que nos contrae: el Tribunal Constitucional, en un más que razonable ejercicio de

ponderación, ha validado la posibilidad de que las grandes aseguradoras (este caso se refería a una de ellas) o las grandes compañías mercantiles puedan hacer frente a tasas (no se olvide que solo en el orden civil) debido a su potencia financiera, porque para el resto de los supuestos (y nunca para las personas físicas, a las que no se refiere la sentencia en ningún momento) habrá que exigir un juicio de proporcionalidad entre la tasa a exigir y el importe de la pretensión procesal que se plantea, puesto que si ésta queda desbordada por aquélla, la razonabilidad y el derecho derivado del Tribunal Europeo de Derechos Humanos obliga —a sensu contrario— a prohibir que las tasas graven a las personas físicas impidiendo su acceso a la Justicia por resultar desmedido su coste.

Dicha ponderación sube incluso un peldaño más si tenemos en cuenta, como recordó el informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el texto en fase de anteproyecto, que de conformidad con una reiterada doctrina, las cuestiones de constitucionalidad no pueden operar como un instrumento para la depuración abstracta del ordenamiento, sino como medio para dilucidar sobre la constitucionalidad de una norma aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo que el Juez o Tribunal haya de emitir. Esto comporta que, tanto el pronunciamiento como las diferentes consideraciones jurídicas que la sentencia contiene se deben proyectar sobre el caso concretamente analizado y la normativa de aplicación, sin que proceda realizar una absoluta extrapolación de la doctrina contenida en la sentencia a la proyectada reforma, la cual se extiende sustancialmente el ámbito de aplicación de las tasas judiciales, tanto objetiva como subjetivamente.

Y exactamente lo mismo viene a reiterar el Consejo de Estado en su dictamen 774/2012, de 19 de julio de 2012:

"En todo caso, como la propia Sentencia 20/2012 señala, el alcance de su pronunciamiento de fondo es limitado. Se circumscribe a las tasas del orden jurisdiccional civil que gravan la presentación de la demanda pero deja fuera cualquier duda que pudiera suscitarse acerca de las tasas que gravan el ejercicio de la jurisdicción civil con ocasión de la presentación de recursos [aunque luego la STC 79/2012, FJ 4, ha dicho que "con mayor razón debemos alcanzar la misma conclusión cuando lo que se subordina al abono de la tasa judicial no es la admisión de una demanda, protegida por el derecho de acceso a la justicia, sino la admisión de un recurso establecido por la ley, como es el recurso de apelación civil, pues el derecho de acceso a los recursos recibe un menor grado de protección desde el punto de vista del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE)"]. No se refiere a todo tipo de sujetos pasivos sino a aquellos que son personas jurídicas, en concreto a "entidades mercantiles con un elevado volumen de facturación". Tampoco se analizan las tasas que gravan el ejercicio de la jurisdicción contencioso-administrativa, cuyo acceso ofrece peculiaridades desde el punto de vista constitucional, consecuencia del mandato

contenido en el artículo 106.1 CE que ordena y garantiza el control jurisdiccional de la Administración por parte de los Tribunales (SSTC 294/1994, de 7 de noviembre, FJ 3, y 177/2011, de 8 de noviembre, FJ 3; en el mismo sentido, STEDH Gran Sala Perdigão c. Portugal, de 16 de noviembre de 2010, as. 24768/06, § 72). En definitiva, de acuerdo con la doctrina establecida desde la Sentencia 17/1981, de 1 de junio (FJ 1), se advierte que la cuestión de inconstitucionalidad no es un instrumento procesal que quiera utilizar para buscar a través de él una depuración abstracta del ordenamiento".

Pues bien, la posición se reitera por el Tribunal Constitucional en un nuevo Fundamento Jurídico 11:

"Lo que el legislador ha decidido, en términos que son constitucionalmente irreprochables, es que las sociedades de grandes dimensiones, según la legislación tributaria, sólo puedan obtener la prestación de la actividad jurisdiccional cuando presenten demandas civiles si liquidan y abonan una tasa que permite sufragar parcialmente el coste que implica para la justicia atender y resolver su demanda. La previsión legal de que, si la tasa judicial no es liquidada y abonada, la potestad jurisdiccional civil no debe ser ejercida en beneficio del sujeto pasivo, es una consecuencia ineludible de la regulación legal, que no suscita reparo de constitucionalidad".

Y creemos que el Constitucional ha querido que se le interprete muy bien porque, en el Fundamento Jurídico final (12) lo reafirma una vez más y por tercera ocasión en el último párrafo de la sentencia:

"Es evidente que las tasas judiciales establecidas por la Ley 53/2002 como condición para que los Tribunales del orden jurisdiccional civil den curso a las demandas presentadas por los justiciables, en los términos que han sido examinados por esta Sentencia, son tributos cuyo hecho imponible no es ajeno a la función jurisdiccional y que imponen una carga económica que persigue un fin vinculado al proceso mismo. Por consiguiente, la doctrina de la Sentencia 141/1988 nos lleva a concluir que es constitucionalmente válida la limitación impuesta por la norma legal enjuiciada, que consiste en condicionar la sustanciación del proceso instado en la demanda civil que presentan las personas jurídicas con ánimo de lucro, sujetas al impuesto de sociedades y con una facturación anual elevada, a que acrediten que han satisfecho el deber de contribuir al sostenimiento del gasto público que conlleva el ejercicio de la potestad jurisdiccional, que les beneficia de modo particular en la medida en que juzga las pretensiones deducidas en defensa de sus derechos e interés legítimos en el orden civil.".

Repasado —y no olvidado— lo anterior, resulta obligado examinar el modo en que en un concreto proceso de responsabilidad civil (general, de vehículos de tráfico, de daños personales, etc...) ha de afectar la nueva Ley, para colegir de ello las muy graves consecuencias que luego veremos.

En efecto. El hecho imponible de la nueva tasa lo constituye *"la interpretación de la demanda en toda clase de procesos declarativos y de ejecución de títulos ejecutivos extrajudiciales en el orden jurisdiccional civil, la formulación de recon-*

vención y la petición inicial del proceso monitorio y del proceso monitorio europeo” (artículo 2.a Ley 10/2012). Este apartado queda incólume incluso tras el Real Decreto Ley 3/2013.

Llevado a nuestro ámbito y tomando precisamente como referencia una reclamación de responsabilidad civil resulta que procederá el abono de la tasa (por un sujeto pasivo que supongamos persona física y no gran empresa) en una reclamación de responsabilidad civil en los siguientes momentos: al demandar el pago en primera instancia (primera tasa, mínimo 300 euros); al recurrir en apelación frente a la sentencia de primera instancia (segunda tasa, mínimo 800 euros); y al solicitar el concurso necesario del deudor insolvente (tercera tasa, mínimo 200 euros). Pueden resultar nuevas tasas vinculadas al mismo hecho por los incidentes concursales en el seno del concurso (cuarta tasa, mínimo 100 euros). Es decir, un mismo hecho lesivo puede ocasionar hasta 4 tasas sucesivas en el tiempo con un importe mínimo de 1.400 euros y un variable que, con un máximo de 10.000 euros por todos los conceptos, constaba inicialmente de un 0,5% fijo hasta un millón de euros y el resto al 0,25%. Este porcentaje ha sido objeto de reducción por el Real Decreto Ley 3/2013 en su cuantía variable para las personas físicas, sin que disminuya en improcedente su fundamentación.

Pero lo que en el ámbito civil resulta excepcionalmente opinable —por no decir abiertamente inconstitucional— alcanza caracteres de ilegalidad épica en el ámbito contencioso-administrativo cuando un recurso contencioso-administrativo interpuesto por un particular (persona física de a pie, no gran empresa) frente a una multa de tráfico de 90 euros impuesta por un Ayuntamiento (que no deja de ser una sanción derivada de un procedimiento administrativo sancionador) requería inicialmente, para acceder a la tutela judicial efectiva que brindan los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, del pago de una tasa de 200 euros por el empleo del procedimiento abreviado. Queda matizado ahora con la leve corrección del nuevo artículo 7.1: *Cuando el recurso contencioso-administrativo tenga por objeto la impugnación de resoluciones sancionadoras, la cuantía de la tasa, incluida la cantidad variable que prevé el apartado siguiente, no podrá exceder del 50% del importe de la sanción económica impuesta*. Pero ello no supone eliminar el problema.

Y no se olvide el magnífico regalo adicional del Real Decreto Ley en el nuevo artículo 4.4: en el orden contencioso-administrativo, los funcionarios públicos cuando actúen en defensa de sus derechos estatutarios tendrán una exención del 60% en la cuantía de la tasa que les corresponda por la interposición de los recursos de apelación y casación.

Literalmente le llama la atención —y mucho— al Consejo General del Poder Judicial en su reiterado informe (que también hace los números):

“Como es de ver, en algunos casos la elevación de la parte fija de la tasa judicial alcanza una magnitud exorbitante que conlleva un efecto disuasorio evidente, particularmente en asuntos de escasa cuantía. A título de ejemplo, la interposición de un recurso de apelación en un juicio verbal cuya cuantía sea de 3.001 euros generaría una tasa judicial por importe de 815 (800 euros de cuota fija y 15 euros de cuota variable), lo que representa aproximadamente el 27% de la cuantía de la pretensión, a la que habría que sumar los 165 euros devengados por la interposición de la demanda, lo que arroja un total de 980 euros, lo que aproximadamente supone un 36% del total de lo reclamado. Si a dicha cifra se adicionan los costes de postulación, el efecto disuasorio a que se ha hecho alusión es manifiesto y, por ello, sería conveniente reflexionar sobre este particular, cuanto menos para atemperar los excesivos incrementos que el Anteproyecto pretende introducir, y así prever una excesiva inhibición de los ciudadanos respecto de la tutela judicial de sus pretensiones”.

Ni aquí existen personas jurídicas, ni hay gran potencia financiera ni se aprecia por parte ninguna el juicio de proporcionalidad entre la cuantía de la reclamación y la capacidad económica del reclamante. Lo único que se atisba es una más que discutible actuación legal que muy difícilmente puede compaginarse con un entendimiento correcto de la tutela judicial efectiva del artículo 24 con la referencia del artículo 119 de la Constitución a la gratuitad de la Justicia cuando así lo disponga la ley.

Sorprende en gran medida que la nueva Ley pueda ampararse —repetimos, como único sustento apoyatorio explícito— en una única sentencia del Tribunal Constitucional que, rigurosa y exhaustivamente considerada, parece decir otra cosa diferente a aquélla que se quiere hacer ver que dice.

Especialmente cuando tampoco es que hayan sido oídos o tenidos en cuenta otros cualificados colaboradores de la Administración de Justicia como somos los abogados. Cumple invocar expresamente un párrafo del dictamen, del Consejo de Estado 774/2012 sobre este anteproyecto y respecto a este específico particular:

“En aras de obtener el parecer de la otra organización representativa de profesionales colaboradores con la Administración de Justicia involucrados en la aplicación de la iniciativa en anteproyecto, habría sido aconsejable —en términos de las SSTS de 8 de noviembre de 2004 y de 13 de octubre de 2010— que se hubiera contado por los Ministerios coproponentes con la opinión del Consejo General de la Abogacía Española en tanto que órgano representativo, coordinador y ejecutivo superior de los Colegios de Abogados de España”.

Sin necesidad de incidir más sobre lo anterior, lo que si se pueden seguir de una barrera en el acceso a la jurisdicción de este calibre son una serie de comportamientos y actitudes de los justiciables, que buscarán sos-

layar o aminorar los perniciosos efectos actuando en alguna de las formas que a continuación describiremos, siempre en el más común caso que nos ocupa, ligado a las reclamaciones en materia de responsabilidad civil.

Porque tampoco puede olvidarse (y tienen un fundamento constitucional muy claro, especialmente en el ámbito de los procesos de responsabilidad civil) que si se mostrase que la cuantía de la tasa resulta tan elevada que *“impide el ejercicio del derecho fundamental o lo obstaculiza en un caso concreto”* (STC 190/2012, de 29 de octubre), ello sería considerado incompatible con el artículo 24.1 de la Constitución. Sobre todo cuando el principio *“pro actione”* constituye una regla de interpretación del funcionamiento del proceso judicial, protegiendo el derecho de acceso a la Justicia, evitando todos los componentes del proceso que puedan dificultar la plena realización del mismo.

4. PREVISIBLE AUMENTO DE LA LITIGIOSIDAD PENAL FRENTE A LA CIVIL

No resulta difícil entender que el cierre, la dificultad o el encarecimiento en el acceso a la vía directa de la responsabilidad civil de la forma que más arriba hemos descrito, ha de dar pie al empleo de otros medios, más contundentes y en todo caso gratuitos o menos costosos, de obtención de una satisfacción procesal de las pretensiones. Sospechamos, en definitiva, que la vía penal —que sigue siendo gratuita, porque a tanto no se ha atrevido la Ley 10/2012— va a convertirse en un camino oblicuo para llegar al resultado indemnizatorio buscado.

En la forma indicada, no parece descabellado pensar que, habida cuenta de la mayor gravosidad para el sujeto pasivo de la acción jurisdiccional y teniendo presente su absoluta gratuitad, la responsabilidad civil subsidiaria del 116 del Código Penal vendrá a suplir en muchas ocasiones la responsabilidad civil de 1902 del Código Civil. Hará ello padecer, sin duda, el principio de intervención mínima que guía la actuación de los jueces y tribunales penales

Puede, de este modo, que la búsqueda de la consecuencia económica de la falta penal supla, relee o sustituya la costosa vía civil.

Sin embargo, más complejo será todo en un momento en que se plantea una reforma del Código Penal (Anteproyecto de Reforma del Código Penal aprobado por el Consejo de Ministros de 11 de octubre de 2012) precisamente para hacer desaparecer la infracción penal constitutiva de falta,

con la intención de reconducir las actuales faltas de lesiones por imprudencia leve hacia la vía jurisdiccional civil, de modo que solo serán constitutivos de delito el homicidio y las lesiones graves por imprudencia grave.

Ello conduciría al odioso efecto final de que se pretenderá buscar encaje penal —quizás muy forzadamente en múltiples ocasiones— dentro de tipos penales superiores o alejados del negocio jurídico concreto, pretextando siempre recorrer el imprevisible y duro camino penal antes de acometer el natural y obligado de la acción civil ordinaria, todo ello por culpa del establecimiento de un gravamen novedoso y distorsionador.

5. LA CARGA DE LA TASA AFECTA A LAS DOS PARTES

El artículo 3 de la Ley señala que “*Es sujeto pasivo de la tasa quien promueve el ejercicio de la potestad jurisdiccional y realice el hecho imponible de la misma*”. Parecería que de este modo será gravado el que ejercite la acción correspondiente a la materia de responsabilidad civil a que se contraiga el proceso jurisdiccional, sin afectar a aquél sobre el que recae la misma.

Sin embargo, un más detenido examen de la situación hace resultar una afección general de la carga a los dos litigantes por varias razones: por la reconvención y por la resolución final del pleito.

En efecto. De una parte la reconvención, que no es sino un legítimo derecho de aquélla parte que, sorprendida o no por la acción de la contraria, se sitúa realmente en una posición simultáneamente activa cuando pretende restablecer su derecho accionando las potencialidades del mismo en el seno de la relación jurídica procesal, conlleva la necesidad de liquidar a su vez la tasa por acceso a la Administración de Justicia.

De otro lado, la tasa se convierte finalmente en parte de las costas del proceso puesto que en último término el coste del acceso a la Justicia termina repercutido sobre aquél que resulte vencido objetivamente, en la medida en que quien pierde paga, incluyendo los costes del proceso en forma de tasa (además de los ya existentes). Aunque no hay una previsión o recordatorio legal expresa para ello en la Ley 10/2012 (lo que —con la excepción que luego se verá— no hubiera estado de más, habida cuenta de la repercusión económica que tiene todo ello), la solución de que las tasas constituyen costas ha sido avalada por el Tribunal Supremo en sentencia de 14 de enero de 2011 (entre otras anteriores), reconociendo abiertamente su consideración de “*gasto del proceso*” y fue recogida por el nuevo artículo 241.1 (párrafo 7º) de la Ley de Enjuiciamiento Civil, debida a la Ley de Medidas de Agilización

Procesal de 10 de octubre de 2011, considerando como tales “*gastos del proceso*” aquéllos desembolsos que tengan su origen directo e inmediato en la existencia del proceso, incluyendo entre ellos la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional, cuando esta sea preceptiva.

Como decíamos, la única mención de la nueva Ley se encuentra en su Exposición de Motivos —no en su texto articulado— al señalar sutilmente: “*Asimismo, se recuerda que la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de Medidas de Agilización Procesal, incorporó en el artículo 241 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, un nuevo número 7 que incluye dentro de las costas la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional. De esta forma, el vencimiento en un proceso y la condena en costas a la otra parte trasladarán el pago de la tasa a la parte demandada*”. No se prevé, en cambio, qué hacer en el caso de que la parte perdedora sea insolvente.

Quizás por ello, con buen criterio práctico, incluso se ha sugerido directamente por alguno que la tasa debería abonarla el demandado para oponerse, provocando así que el actor busque por todos los medios una solución a su conflicto en la vía de la mediación o la transacción. Puede que resulte de todo ello una perspectiva más práctica para la consideración de las relaciones jurídicas en liza; lo que no se nos negará es que la finalidad de los tributos (de las tasas) termina siendo completamente ajena a su pretensión natural (gravar los hechos imponibles), resultando que viene a suponer una intolerable inmisión procesal en las relaciones entre las partes en el proceso, lo que desborda en mucho su finalidad recaudatoria y disuasoria del acceso a la Justicia.

Sí ha sido mucho más práctico el legislador cuando ha venido a “*facilitar*” el cobro de la tasa a través de los profesionales del proceso (abogado y procurador) a quienes se les permite que sean ellos (sin responsabilidad tributaria alguna por expresa mención de la ley, claro está, para evitar terribles teorías doctrinales sobre el obligado al pago y el sujeto responsable ante la Administración Tributaria) los que la abonen por cuenta del sujeto pasivo “*en especial cuando éste no resida en España y sin que sea necesario que el mismo se provea de un número de identificación fiscal con carácter previo a la autoliquidación*”.

6. AUMENTO DE SOLUCIONES EXTRAJUDICIALES FORZADAS O DEL ABUSO DE LA JUSTICIA GRATUITA

Resultará también de esta ley una derivada nada difícil de comprender: la evitación del pleno acceso a la Justicia por el coste que ello comporta for-

zará al aumento de la obtención de situaciones de transacción motivadas no tanto por un buscado equilibrio entre posiciones procesales cuanto por la pura evitación o elusión del (cada vez más costosos) acceso a la Justicia. El conflicto en sede judicial supone siempre desde ahora una carga económica para las partes (la una porque lo inicia y lo paga, la otra porque puede derivarse de su fin el que termine siendo ella la obligada al pago).

Más aún ha de ocurrir esto cuando se prevé expresamente la devolución de la cuota de la tasa cuando se alcance una solución extrajudicial del litigio, devolviendo en tal supuesto el 60% del coste de la misma (lo que se efectuará después de que el Secretario certifique que se ha terminado el proceso por vía extrajudicial). Igual “ahorro” forzado se producirá por la vía de la acumulación de procesos, lo que dará lugar a un ahorro del 20% en el coste de la cuota de la tasa abonada por cada una de las demandas que originaron los procesos cuya tramitación unificada se acuerda (ello siempre que la últimamente natural tendencia a la desacumulación no se vea más fuertemente empujada por las reglas de la productividad judicial y el número de pleitos de cada órgano judicial en un año, extremo fáctico de la mayor consideración jurídica, por desgracia).

No sabemos hasta qué punto —bien en los procedimientos de responsabilidad civil o en todos en general— la apuesta forzada por la mediación y la transacción han de comportar una mejora en la realización de los derechos de los particulares. Sobre todo cuando se acceda a ellas no por sus méritos y valores —que los tienen en su proporción— sino exclusivamente para evitar el pago de un tributo. Y es que la pretensión del legislador de interconectar ámbitos tributarios y procesales no parece que sea una rigurosa aspiración de orden normativo.

De otro lado y en relación a la justicia gratuita y su potencial abuso (como fórmula de evitar la imposición de tasas), tampoco está tan claro que se pueda conseguir el efecto buscado sino uno muy contrario al deseado: véase lo que opinaron los Colegios de Procuradores en la tramitación (que recoge el Consejo de Estado en su dictamen 774/2012):

“El Consejo de Estado se hace eco de una reflexión apuntada por el Consejo General de Procuradores como posible efecto paradójico de la regulación proyectada. Este ha advertido que la generalización del pago de la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional para las personas físicas y la exención de quienes tengan reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita es susceptible de provocar un incremento de las solicitudes de reconocimiento de dicho beneficio, con el consiguiente aumento de trabajo y costes para las Comisiones de Asistencia Jurídica Gratuita y la Administración de Justicia. Así, podría darse el contrasentido de que la finalidad perseguida por la Ley de contribuir a financiar la asistencia jurídica gratuita fuera neutralizada por la mayor presión sobre este sistema. Además, dado el alto número de designaciones

provisionales de abogado y procurador que se hacen por falta de agilidad en el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita, se incurre en un gasto público que a posteriori no es objeto de un mecanismo de control efectivo con exigencia de reintegro del gasto público originado cuando no proceda la concesión del beneficio. Por tales razones, el Consejo General de Procuradores sugiere la conveniencia de articular alguna fórmula de control preliminar”.

7. AUMENTO DE LAS INDEMNIZACIONES Y LA COMPLEJIDAD DEL SINIESTRO AL INCLUIR LAS TASAS

Las indemnizaciones que hayan de ser abonadas por las aseguradoras han de comprender —como un nuevo componente técnico y económico— los importes que previsiblemente acompañarán a los pronunciamientos judiciales. Y lo serán desde este mismo momento porque no hay una disposición transitoria que haya exceptuado los litigios en curso, previendo su finalización e inicio de otros nuevos antes de aplicar el nuevo sistema. Y ello se hizo frente al criterio del Consejo de Estado, quien en su dictamen sobre el anteproyecto pidió expresamente que se actuara en tal sentido.

Por otra parte, la gestión y evaluación del siniestro debe contemplar obligadamente ahora la posibilidad de tener que acceder a la Justicia, lo que para los asegurados de cuantías inferiores puede terminar comportando un elemento excluyente. Y habrá que convenir en la mayor dificultad en la gestión del siniestro en la medida no solo de que haya que incluir las tasas sino en la posibilidad —ínsita en toda autoliquidación de un tributo realizada por los propios interesados— de que haya repercusiones fiscales posteriores que terminen gravando a los responsables de la tramitación. Así, habrá errores en el cálculo de la tasa, necesidad de retocar sus cuantías con posterioridad (por ejemplo por nueva determinación de la base imponible de la cuantía en una fase subsiguiente del proceso judicial, con la correspondiente repercusión sobre la cuota liquidada), reclamaciones a aseguradores obligados al abono de lo debido, etc...

Por otro lado, no parece que sea difícil vaticinar que las compañías de seguros tendrán en cuenta todos estos extremos, sabiendo que sus clientes se lo van a pensar dos veces antes de reclamar, lo que hará que se negocie a la baja con la amenaza de tener que ir a pleito y pagar las tasas.

En definitiva, las tasas no solo suponen una barrera de acceso a la Justicia (pudiendo vulnerar el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva) sino que representan un mayor coste del proceso y una mayor complejidad en su tramitación administrativa, muy singularmente desde la perspectiva de los aseguradores de riesgos de responsabilidad civil.

8. CONCLUSIONES

Las conclusiones de nuestro estudio anudadas a las reflexiones anteriores serían las siguientes:

1. *De fundamentación constitucional general:* la consideración específica de una muy relevante área de procesos jurisdiccionales —como son los relativos a la responsabilidad civil y su aseguramiento— confirma la sospecha previa de que resulta extremadamente dudoso el encaje constitucional de la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, especialmente por lo que comporta de dificultad en el acceso de los ciudadanos a la Justicia en uno de los ámbitos más comunes para ello, sin que el Real Decreto Ley 3/2013 haya eliminado este problema en modo alguno.
2. *Relativas a la elección del orden jurisdiccional competente:* el desenvolvimiento de la Ley 10/2012 puede dar lugar a un relevante trasvase de reclamaciones desde su natural ámbito civil a un muy forzado ámbito penal exento de tasas. Especial preocupación reviste lo anterior en un momento en que la reforma del Código Penal postula la despenalización de las faltas.
3. *Relativas a la carga de la tasa y su incidencia en el desenvolvimiento del proceso:* el abono de la tasas ha de terminar repercutiendo en ambas partes del proceso, conduciendo a una indebida y forzada tendencia a la transacción, previa o posterior al proceso ya surgido. Junto a ello es previsible un acceso forzado a la justicia gratuita para evitar la aplicación de las tasas.
4. *Relativas a la gestión de los mecanismos aseguradores:* las nuevas tasas no solo incrementarán las indemnizaciones a abonar a los perjudicados (sin suponer ninguna cobertura adicional de riesgos) sino que provocarán una mayor complejidad en la gestión procedural de los expedientes de siniestros.

La posible implantación del copago en la justicia

(Informe 6/2012)

1. OBJETO DEL INFORME

Desde diferentes posiciones jurídicas (los Decanos de los Jueces de toda España, algunas Comunidades Autónomas, diversos miembros de la comunidad jurídica nacional e incluso fuentes del propio Ministerio de Justicia) se está considerando la posibilidad de implantar el denominado “copago” en relación a ciertas actividades de la Administración de Justicia.

En un resbaladizo entorno de pura “lege ferenda” se pretenden perfilar mínimamente las cuestiones apuntadas, introduciendo algunas consideraciones de diferente procedencia que permitan situar el debate en su auténtico entorno jurídico, aclarando lo que resulta algo más que una pura cuestión económica sobre el sostenimiento de las actividades de la Administración de Justicia.

Dentro de un contexto generalizado de demanda de “copago” en diversos órdenes de la acción administrativa —más relacionado con necesidades de reajuste de los ingresos públicos que con una auténtica comprensión de la noción del gasto público en cuanto a los servicios esenciales a la comunidad— conviene detenerse mínimamente en los fundamentos de lo que supone el ámbito de la tutela judicial efectiva constitucionalmente garantizada, recordando a partir del mismo una serie de premisas de obligado cumplimiento si se pretende recorrer la compleja y equívoca senda de la coparticipación en el sostenimiento de las cargas públicas.

Especialmente, como se verá, cuando la noción del “copago” se halla muy cerca de la exacta comprensión del problema de la gratuidad en el acceso a la justicia, concorde aspiración histórica universal que ha venido a convertirse en un auténtico derecho subjetivo constitucional dotado de fuertes instrumentos de protección, bien que amenazado por elevado coste del mantenimiento de la acción pública en materia de justicia.

Lo que sigue es el resultado de nuestro trabajo.

2. ¿EN QUÉ CONSISTE COPAGAR?

2.1. *El término en abstracto*

Que un término como “copago” no se encuentre como tal en el Diccionario de la Real Academia constituye una de las curiosas trampas terminológicas en las que habitualmente nos vemos envueltos respecto a determinados conceptos que, suponiéndolos comúnmente aceptados por la ciudadanía, resulta que no tienen ni definición técnica reconocida. Especialmente cuando dicha palabra comienza a ser introducida de modo tan decidido como desconocido en diferentes ámbitos de nuestra cambiante realidad jurídica, siempre a remolque de nuestra poco afortunada realidad económica.

Resulta así que más que hablar de anfibología de la expresión (pues a más de un campo suele aplicarse su noción) habría que comenzar hablando por falta de expresión formalmente reconocida. No resulta difícil comprender que en dicha indefinición nuclear se encuentra mucho del cambiante significado que pueda dársele al resultado final en el ámbito jurídico.

Guiados porque la partícula “co” viene a significar en realidad “con” (y esto si está en el Diccionario), lo que supone un prefijo alusivo a “reunión”, “cooperación” o “agregación”, resulta que “copagar”, en definitiva y a los efectos que aquí nos ocupan, vendrá a suponer que alguien paga junto con otro, en reunión, cooperación o agregación a él.

Noción comúnmente importada del campo de la medicina (especialmente la privada), el “copago” (en relación de efecto derivado de la acción de “copagar”) supone el precio que ha de pagarse por un servicio en relación al valor del mismo que le asigna en un plan de salud. Que el usuario atienda a una parte del pago (comparta el pago: copague) supone una forma de financiación (ya nos vamos acercando a nuestro destino) del servicio, un pago adicional que el beneficiario debe hacer para acceder al servicio, más allá de los aportes que realiza como cuota ordinaria (mensual o anual).

Más difícil ubicación tiene tal término en el ámbito de la justicia en la medida en que la gratuidad es una aspiración ideológica. Incidiendo en tal comprensión histórica, BENTHAM señalaba de modo muy descriptivo que “la justicia es la salvaguardia que la ley nos promete para todo lo que tiene valor a nuestros ojos, como lo es nuestra libertad, nuestra propiedad, nuestra honra, nuestra vida; y hacer a los tribunales inaccesibles a los que

no pueden pagar el derecho de entrada a ellos equivale a privarles de todos esos preciosos bienes”.

2.2. *Origen del término en relación a la Administración de Justicia: de la Biblia a las tasas judiciales*

Copagar, pues, y vamos arribando a nuestro puerto jurídico, supone compartir el coste del servicio. Porque siempre se une y vincula la aportación conjunta a un servicio, que en nuestro caso no puede ser otro que el que presta la Administración de Justicia.

Examinar históricamente la facilitación del acceso jurisdiccional a los menos dotados económicamente constituye la aproximación de las ideas moralizadoras que impregnaban el ordenamiento en los tiempos más remotos hasta llegar a convertirse, de una expresión caritativa, en un estricto derecho subjetivo tendente a equilibrar la posición de las partes en el proceso.

La noción de la gratuitad en el acceso a la justicia —como destacara ALCALÁ ZAMORA para los tiempos más antiguos— sitúa la referencia al problema en la Biblia (Isaías I, 17 y 23; IX, 17 y X). En el derecho romano la Constitución de Constantino (Código III, 14) permitía a los pobres interponer su demanda ante el emperador, texto luego reproducido en las Partidas (Partida III, título III, ley 5^a). El Fuero Juzgo colocaba a los pobres que hubieren de litigar bajo la protección de los obispos (Libro II, Título I, ley 28).

En un entorno constitucional y más cercano —aún en regímenes políticos absolutamente divergentes— la litigación gratuita (y la consideración del servicio público de justicia como algo intrínsecamente gratuito) se contiene en el denominado “beneficio de pobreza” en el artículo 95 del anteproyecto de Constitución de la monarquía española de 1929, siendo luego reiterado por la Constitución de 1931 en su artículo 94. También la Ley de 11 de enero de 1967 en su artículo 30 dispuso la gratuitad en el acceso a la justicia para quienes carecieran de medios económicos.

No resultando, pues, una novedad en nuestro ordenamiento jurídico la atención al problema de que los particulares paguen por acceder a ciertos ámbitos de la Administración de Justicia, su origen y fundamento dan mucho que pensar sobre tal posibilidad. Sería el Real Decreto 1035/1959, de 18 de junio por el que se regula el que obligaba al pago de las tasas judiciales (noción mucho menos atractiva y grisácea que la nueva —aunque ya un

poco manida— de “copago”) a quienes promovieran “la actuación de los Tribunales y Juzgados o sean parte en el proceso”.

La recaudación de las tasas se realizaba mediante efectos timbrados (artículo 9) y en principio el producto de las mismas se aplicaba a la remuneración complementaria de los funcionarios de la Administración de Justicia, hasta que la Ley de 8 de julio de 1963 sobre percepción de tasas judiciales dispuso el ingreso de su producto en el Tesoro Público. Adicionalmente, toda parte personada venía obligada a emplear una póliza de la Asociación Mutuo Benéfica de Funcionarios de la Administración de Justicia.

Con posterioridad sería el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados de 30 de diciembre de 1980 el que sujetaba a la modalidad impositiva de “actos jurídicos documentados” las resoluciones jurisdiccionales, los laudos arbitrales, y los escritos de los interesados relacionados con aquéllas, debiendo las diligencias y actuaciones extenderse necesariamente en papel timbrado.

2.3. El impacto constitucional

Como tantos otros ámbitos jurídicos, la aparición del texto constitucional de 1978 no podía dejar al margen esta zona de acción administrativa tan vinculada a la Administración de Justicia.

La idea de la gratuidad de la justicia es el corolario de la existencia de un estado asistencial, convertido en la mejor forma de lograr la plena igualdad de los ciudadanos ante la ley, toda vez que el centro del problema se halla en el libre acceso a la jurisdicción de los justiciables, lo que se alcanza en su plenitud solo con la gratuidad en la justicia.

La combinación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24 con la impecable referencia del artículo 119 de la Constitución a la gratuidad de la Justicia “cuando así lo disponga la ley y, en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar” constituyen un fundamento de máximo nivel para derivar de él una singular alteración del régimen anterior de tasas.

Se materializaría la misma —no sin cierto retraso temporal— mediante la Ley 25/1986, de 24 de diciembre, de supresión de las tasas judiciales. No resulta ajena tal supresión —no se olvide, con vistas a lo que haya de venir definitivamente— que se constataban numerosas distorsiones en el funcionamiento de la Administración de Justicia. Así lo declaraba expresamente la Exposición de Motivos de la norma legal citada, señalando que “...la

gestión tributaria, encomendada al Secretario judicial, se ha demostrado poco eficiente en cuanto tal, al tiempo que ha apartado a ese funcionario de las importantes funciones procesales y de gestión de la oficina judicial que esta llamado a desempeñar”.

Reténgase la poca habilidad tributaria que cabe predicar de los responsables de la gestión de las tasas judiciales —que señala nada menos que la Ley de 1986 en su motivación— y póngase luego en relación con la vocación financiera que algunos pretenden ver hoy en la Administración de Justicia.

Pero no atropellemos nuestra ordenada marcha. O al menos no demos ese paso todavía.

2.4. Los primeros atisbos de la nueva época

Casi 20 años después de la norma legal anterior, y con una consolidación jurisprudencial más que sólida de la mano del Tribunal Constitucional (que veremos está llamado a relevantes funciones en esta zona de acción revisora) nos encontramos con lo que RODRÍGUEZ GARBAJO ha denominado “la resurrección parcial de las tasas judiciales” mediante la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

Su artículo 35 viene a introducir una “tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional en los órdenes civil y contencioso-administrativo” que, por más vocaciones eufemísticas y perífrasis verbales que la traten de envolver (al modo común en que a las cosas no se les quiere llamar por su nombre en los últimos desatinados tiempos de la vacuidad lingüística jurídica) viene a ofrecer un insopportable tufo a pura “tasa judicial” de las suprimidas por la Ley de 1986, luego los tiempos de vaivén regulatorio habían vuelto, motivados por la evolución del parnaso de la gratuidad total a los duros campos del equilibrio presupuestario en que nos encontramos labrando actualmente; y parece que durante bastantes cosechas futuras.

Y si en la oronda ecuación presupuestaria pública de 2002 no encajaba bien la gratuidad judicial, ni que decir tiene el deplorable rumbo posterior que habría de conducir a la absoluta sequía financiera actual, finalmente vaticinada por la —ya producto directo de la crisis económica— Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial (finalmente modificada por la Ley 4/2011, de 24 de marzo, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

El penúltimo hito de la evolución previa a la pura implantación del copago judicial ha de venir con la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de Medidas de Agilización Procesal, cuya disposición final segunda afecta a la Ley 53/2002, modificando sus cuantías y procedencias.

Quedan, pues, sentadas las bases jurídicas conceptuales de una progresiva ampliación en el cada vez más estrecho campo de la gratuidad jurisdiccional del servicio de la Justicia para los ciudadanos. Sin embargo, sobre los indicados fundamentos tradicionales aún sería necesario un decidido cambio de tercio para acometer una obra de ingeniería económico-financiera mucho más amplia.

Y un sentir político generalizado y creciente parece que puede demandar ir a ello de modo muy decidido. Especialmente —y es el último hito— tras conocerse el Anteproyecto de Ley aprobado por el Gobierno de la nación el 30 de marzo de 2012 que pretende revisar las tasas judiciales vigentes desde 2002.

3. ¿QUIENES DEMANDAN EL COPAGO?

Como hemos recordado en otro lugar fue la XXI Reunión Nacional de Jueces Decanos de España (celebrada en Vitoria los días 28 a 30 de noviembre del pasado año de 2011) la que calificó a nuestra Administración de Justicia —y cito literal y textualmente— de “obsoleta,añosa,desnortada y caótica, incomprensible en su funcionamiento e incapaz de generar confianza ni hacia dentro ni hacia fuera”. No es difícil comprender que tal declaración condiciona en mucho lo que se diga sobre la polémica del copago en la recepción del servicio de la Administración de Justicia, porque va a ser difícil venderles a los ciudadanos que contribuyan a pagar esa Justicia que así valoran algunos de sus cualificados artífices.

Tras reconocer los Jueces Decanos que hay miles de millones de euros inmovilizados en los órganos judiciales y fuera del circuito económico (lo que supone aceptar alguna de las críticas que se les ha dedicado desde varios sectores economicistas, que ven la Justicia como una parte del problema económica general), entre las 31 propuestas orientadas a identificar medidas urgentes para la reforma de la Justicia (alguna de las cuales ya ha sido incorporada por el nuevo Gobierno entre sus prioridades en materia judicial —como es el caso del nombramiento de los vocales judiciales del Consejo General del Poder Judicial por los propios jueces y no por los grupos políticos— y otras se encuentran en estudio avanzado) se precisa que el modelo a seguir es el que realizan exitosamente otras Administraciones

Públicas como la Agencia Tributaria (según mencionan expresamente tales decanos).

Puede que de esta fijación financiero-tributaria se deriven otras dos pretensiones de la misma reunión de jueces: la conveniencia de realizar un estudio sobre el coste económico de los procesos (para concienciar a los ciudadanos del enorme coste que supone tramitar asuntos de escasa entidad en los juzgados, resultando que estos costes medios de un procedimiento de escasa entidad son de unos 1300 euros) y —lo que motiva nuestro análisis actual— el “establecimiento de tasas pedagógicas o disuasorias”: y de aquí el copago.

No nos resulta difícil criticar la posición judicial: un pleito, por pequeño que sea, puede tener un efecto multiplicador brutal. Incluso económicamente brutal. Piénsese que se hubiera generalizado la actitud de un ciudadano que solicitó responsabilidad patrimonial por la demora (de más de una hora) en la cola de un servicio público. No es difícil suponer que lo importante no eran los 30 euros que pedía (por la pérdida de su tiempo, que cifraba en ese dinero) sino los cientos de miles de ciudadanos que podían haberse acogido a esa postura de haber prosperado la reclamación. La teoría de los estándares del servicio (“rebus sic stantibus” es habitual y común que la Administración demore un cierto tiempo atender al ciudadano, lo que no es ordinariamente atendible como una responsabilidad) podría atajar esa consideración indemnizable por un tiempo. Lo que no es tolerable es que, indefinidamente en el tiempo, los retrasos en la prestación de los servicios públicos puedan ser considerados un “estándar del servicio”, porque terminaremos conviniendo —no sin razón creciente— que el servicio que se presta bajo tales es estándares es malo, si no pésimo.

También es cierto que las nuevas técnicas del management han importado palabras otrora desconocidas, incorporadas al documento de referencia. Así se viene a decir “implementación” en lugar de puesta en marcha y ejecución o se habla de “hoja de ruta” cuando antes se marcaban objetivos. Los eufemismos, pues, son la tónica general. Puede que por eso se diga por los propios jueces —anticipando la crítica, lógica— que no se trata de establecer un sistema de copago sino simplemente “tasas pedagógicas o disuasorias”.

Pese a la manifiesta admiración que sienten los decanos por la Agencia Tributaria (lo cual no se sabe si es bueno o malo, pero es un hecho objetivo, que precisamente choca de frente con la escasa habilidad tributaria que la propia Ley 53/2002 reconoce en su Exposición de Motivos a los actores jurisdiccionales), no parece que se esté haciendo un correcto uso de la figura

de la tasa, toda vez que la contraprestación del servicio —aspiración vital del tributo conocido como tasa— no es el único coste que parece haya que satisfacer. No se olvide que precisamente el Tribunal Constitucional (STC 182/1997) tiene declarado que los tributos son prestaciones patrimoniales coactivas que se satisfacen, directa o indirectamente, a los entes públicos con la finalidad de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos.

De otro lado, no se comprende como lo “pedagógico” haya de ser “disuasorio”. Pero sobre todo no se comprende como haya que disuadir a los pobres ciudadanos de acercarse a la justicia (especialmente a los más necesitados y para los procesos más simples), puesto que la organización judicial está al servicio de los ciudadanos (que son los que pagan los sueldos de los jueces, a través de un mecanismo de redistribución que pasa en gran medida por la judicialmente admirada Agencia Tributaria).

Sin embargo, el resultado también se aprecia ya en los legisladores autonómicos: la Ley catalana 5/2012, de 20 de marzo, de medidas fiscales, financieras y administrativas y de creación del impuesto sobre las estancias en establecimientos turísticos recoge en su artículo 16 una tasa por la prestación de servicios personales y materiales en el ámbito de la Administración de Justicia y por la utilización o el aprovechamiento de los bienes y derechos afectos al servicio de la Administración de Justicia que marca un preocupante camino a recorrer.

4. ¿QUIEN PAGA LOS SERVICIOS PÚBLICOS ORDINARIAMENTE?

Frente a la opinión judicial expuesta, no parece difícil considerar que hay mucho más de constitucional y político de lo que parece en la pretensión del copago. Jueces y magistrados sirven al interés general y atienden uno de los servicios públicos básicos: el de la Justicia. Desde el momento en el que a un ciudadano le roban una cartera, le atropella un coche o le resuelven un contrato de arrendamiento de forma sorpresiva, nace una obligación pública de cuidar al desvalido, asistir al necesitado y, sobre todo, proveerle de un servicio público consistente en la atención, cuidado y solución de su problema. Pero además el ciudadano puede exigirlo porque paga sus impuestos y, con ellos, paga la Justicia (así como el alumbrado público, las autovías o la policía de barrio, que son otros tantos servicios públicos que es de esperar no lleguen a la conclusión de que deben ser copagados).

Que dejar fuera del sistema de atención judicial (repetimos —nuevamente— cubierto y pagado por todos los ciudadanos al igual que todos

los demás servicios públicos) los problemas de los más pequeños suponga una medida cosmética, disuasoria o pedagógica supone mucho suponer. Porque puede que los más pequeños sean los más necesitados de que se les imparta asistencia judicial gratuita.

Imponerles una gabela extraordinaria más que dudosa por la vía del copago no solo puede ser harto discutible desde una perspectiva constitucional (quiebran con ello las manifestaciones más actuales del contrato social de Rousseau) sino que tampoco parece que vaya a ser la panacea de la Administración de Justicia, vista su organización, sus nuevos criterios relevantes e incluso la propia opinión que pronuncian sus representantes.

El deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos y de colaborar con la Administración mediante el trabajo personal se encuentra en el artículo 31.1 de la Constitución y señala que todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio.

Dicho deber de contribuir constituye uno de los deberes constitucionales clásicos, de corte más patrimonial que personal. En el análisis del deber de sostenimiento del gasto público la Constitución asigna a este deber una finalidad específica, el sostenimiento de las actividades y políticas públicas, sujetando su puesta en práctica a una reserva de ley cualificada, en cuanto que el sistema tributario ha de estar inspirado en los principios de igualdad y progresividad y no ha de tener alcance confiscatorio. Bajo tal mecanismo redistributivo-sostenimiento de gastos públicos a través de recaudación general destinada al pago de las políticas públicas, se ha venido entendiendo hasta ahora la acción pública en la práctica totalidad de los campos. Incluido —veremos que cualificadamente— el sostenimiento de la Administración de Justicia.

Son, pues, los ciudadanos quienes atendiendo a sus obligaciones tributarias atienden al sostenimiento de las cargas públicas ordinariamente expresadas en los Presupuestos Generales del Estado. Y dentro de las partidas presupuestarias recogidas en ellos se contienen las destinadas a la atención y mantenimiento de los órganos judiciales encargados de la Administración de Justicia.

5. ¿POR QUÉ HAY QUE COPAGAR EXTRAORDINARIAMENTE?

Siguiendo el razonamiento de las voces que postulan la implantación del copago judicial —de modo creciente a tenor de su pujanza mediática—, los usuarios de ciertos ámbitos de la Administración de Justicia (otros estarán lógicamente exentos) deberán hacer frente a una parte del coste del funcionamiento de la maquinaria judicial, individualizada mediante una parte del citado coste (el famoso copago) que abonarán en la forma que se determine, al recibir la prestación.

En el párrafo anterior —si es así el enunciado del copago judicial en términos conceptuales— se contienen relevantes cuestiones que obligan a una disección jurídica separada, imprescindible para percibir el auténtico sentido último de la innovación que se busca.

5.1. Implantar el copago conlleva replantear el sistema de tasas judiciales y sus efectos procesales

Si se viene ahora a postular la ampliación de la compartición económica del coste de los servicios públicos judiciales, parece que se puede deber en parte al fracaso del mecanismo de las tasas judiciales, al menos en lo que a la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional en los órdenes civil y contencioso-administrativo del artículo 35 de la Ley 53/2002 se refiere. Porque solo si no ha funcionado el sistema actual se puede pensar en implantar uno nuevo.

Introducir nuevos mecanismos ampliadores del sistema conduce a reformular los postulados jurídicos bajo los que se ha construido el mecanismo de las tasas judiciales. Puede que estuvieran equivocados los anteriores. O puede que los incorrectos sean los que se quieren implantar ahora. Pero resulta muy difícil sostener ambos mecanismos de modo simultáneo puesto que los basamentos jurídicos de uno y otro se mueven en ámbitos muy cercanos e incluso total o parcialmente tangentes en términos de argumentación jurídica.

En la forma expuesta, también habrá que plantearse qué vigencia tiene el efecto procesal obstáutivo que encierra en ciertos ámbitos procesales el impago de la tasa en la forma prevista en el artículo 35.2 de la Ley 53/2002. Especialmente a la vista de la muy probable tacha de inconstitucionalidad que gravita sobre el mismo desde los Autos 196 y 197 de 2010, ambos de 21 de diciembre de dicho año, que acordaron elevar al Pleno del Tribunal Constitucional una cuestión interna de inconstitucionalidad

planteada en el seno de la institución al hilo de demandantes de amparo que vieron como sus recursos jurisdiccionales no fueron tramitados por impago de la tasa judicial.

Lo que se debate —a juicio del Tribunal Constitucional— es la procedencia de declararlo desierto, afectando al derecho a la tutela judicial efectiva, por no haber procedido al pago de la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional, lo que —entiende la Sala y muy probablemente, por su cualificado origen, pase a entenderlo el propio Tribunal— “limita y condiciona el derecho a la tutela judicial efectiva de manera inadmisible, lo que resulta desproporcionado con los fines recaudatorios a los que sirve el establecimiento del tributo”.

Y añade la Sala una interesante consideración, colateralmente relevante a los fines que aquí nos interesan, “la Sala estima que procedería la estimación de la demanda de amparo por colisión del art. 35, apartado 7.2, de la Ley 53/2002, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, con el art. 24.1 CE, en cuanto que el pago del tributo configurado en ella se torna en un obstáculo insalvable y desproporcionado para la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva”.

La última hora al respecto ha venido de la mano de la reciente STC 20/2012, de 26 de febrero, que resuelve una cuestión de inconstitucionalidad sobre ciertas tasas dentro de la jurisdicción civil exclusivamente, vinculándola a la restricción que supone para el derecho de acceso a tal jurisdicción la consecuencia prevista en el caso de no aportarse el justificante de pago (no dar curso a la demanda), dejando fuera de su examen “cualquier duda que pudiera suscitarse acerca de las tasas que gravan el ejercicio de la jurisdicción civil con ocasión de la presentación de recursos”.

Y la conclusión a la que llega es limitada a un ámbito —las grandes empresas— que no tiene mucha conexión con lo que aquí se dice: “Lo que el legislador ha decidido, en términos que son constitucionalmente irreprochables, es que las sociedades de grandes dimensiones, según la legislación tributaria, sólo puedan obtener la prestación de la actividad jurisdiccional cuando presenten demandas civiles si liquidan y abonan una tasa que permite sufragar parcialmente el coste que implica para la justicia atender y resolver su demanda. La previsión legal de que, si la tasa judicial no es liquidada y abonada, la potestad jurisdiccional civil no debe ser ejercida en beneficio del sujeto pasivo, es una consecuencia ineludible de la regulación legal, que no suscita reparo de constitucionalidad. Es lícito que el legislador adopte medidas para lograr un alto grado espontáneo de la obligación de pagar un tributo legítimo, aun cuando esas medidas incidan

en el ejercicio del derecho de acceso a la jurisdicción, como dijimos en la Sentencia 133/2004, de 22 de julio (FJ 4), al enjuiciar una previsión legal distinta a la cuestionada en este proceso, que disponía que el defecto de timbre de las letras de cambio les privaba de su fuerza ejecutiva”.

5.2. La Administración de Justicia constituye un servicio público directamente vinculado al Estado de Derecho muy difícilmente escindible en términos económicos

Si la Constitución reconoce el derecho de todas las personas a obtener la tutela efectiva de los Tribunales dentro de un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, la Justicia se contempla como poder y como servicio destinado a prestar tutela a los ciudadanos, mediante la realización de una prestación que debe ser efectiva.

Este mandato se sitúa dentro de los postulados del Estado Social, y en particular, del mandato del artículo 9.2 de la Constitución, que impone a los poderes públicos, y específicamente al Gobierno, la obligación de disponer los medios necesarios, tanto normativos como materiales y personales para que el derecho a la tutela judicial se garantice a todos los ciudadanos de manera tangible y cierta.

Formulado en tales términos el sentido de la Administración de Justicia, solo una muy fina y cuidada argumentación jurídica —que en modo alguno puede soslayar la doctrina del Tribunal Constitucional al respecto— permitiría cobijar una acción del género de la prevista.

En efecto los artículos 24.1 y 119 de la Constitución se hallan entrelazados por una ligazón puesta de manifiesto no solo por la jurisprudencia constitucional sino —expresamente— por la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial en su artículo 20:

- “1. La justicia será gratuita en los supuestos que establezca la Ley.
2. Se regulará por Ley un sistema de justicia gratuita que de efectividad al derecho declarado en los artículos 24 y 119 de la Constitución, en los casos de insuficiencia de recursos para litigar.
3. No podrán exigirse fianzas que por su inadecuación impidan el ejercicio de la acción popular, que será siempre gratuita”.

Es por ello que la introducción de mecanismos de “copago” en el acceso a la justicia, por muy fundados en razones presupuestarias que puedan estar (o precisamente por la simple debilidad constitucional de un argumento de tal clase), parece afectar (y puede que lo haga sin lugar a dudas)

a la nítida comprensión externa de la necesaria y obligada gratuitad en el acceso a la justicia como facilitación del derecho de acción, lo que lleva naturalmente a considerar la onerosidad excesiva como una negación práctica del mismo.

5.3. El derecho constitucional a la gratuitad de la justicia

Como señalara la STC 16/1994, de 20 de enero, la primera constatación que debe hacerse respecto del artículo 119 es la de que en él no se proclama exactamente la gratuitad de la Administración de Justicia. No obstante, tampoco se limita a habilitar al legislador para que libremente establezca los regímenes de gratuitad que estime oportunos o, si lo prefiere, para que no establezca ninguno. El art. 119 C.E. consagra un auténtico derecho a la gratuitad de la justicia.

Se trata de un derecho que posee en nuestro ordenamiento una larga tradición histórica, que ya fue elevado al rango constitucional en la Constitución de 1931 y que adquiere unas características específicas y un relieve especial en el Estado Social de Derecho proclamado en la Constitución de 1978. Al igual que los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva, a la igualdad de armas procesales y a la asistencia letrada, de los que la gratuitad es instrumento y concreción, este derecho es no sólo garantía de los intereses de los particulares, sino también de los intereses generales de la justicia en tanto que tiende a asegurar los principios de contradicción e igualdad procesal entre las partes y a facilitar así al órgano judicial la búsqueda de una sentencia justada a Derecho, aunque sin duda su finalidad inmediata radica en permitir el acceso a la justicia, para interponer pretensiones u oponerse a ellas, a quienes no tienen medios económicos suficientes para ello y, más ampliamente, trata de asegurar que ninguna “persona quede procesalmente indefensa por carecer de recursos para litigar” (STC 138/1988).

El art. 119 del Texto constitucional proclama, pues, un derecho a la gratuitad de la justicia. Pero en los casos y en la forma en los que el legislador determine. Es un derecho prestacional y de configuración legal cuyo contenido y concretas condiciones de ejercicio, como sucede con otros de esta naturaleza, corresponde delimitarlos al legislador atendiendo a los intereses públicos y privados implicados y a las concretas disponibilidades presupuestarias.

Sin embargo, como ha reiterado Tribunal Constitucional en múltiples ocasiones, al llevar a cabo la referida configuración legal el legislador no

goza de una libertad absoluta, sino que en todo caso debe respetar un contenido constitucional indisponible. A esta limitación no escapan los derechos como el que aquí nos ocupa en los que el contenido prestacional y, en consecuencia, su propia naturaleza, vienen matizados por el hecho de tratarse de derechos que, como hemos avanzado, son concreción y garantía de ejercicio de otros derechos fundamentales, algunos de contenido no prestacional.

El reconocimiento de esta amplia libertad de configuración legal resulta manifiesta en el primer inciso del art. 119 al afirmar que “la justicia será gratuita cuando así lo disponga la ley”. El legislador podrá atribuir el beneficio de justicia gratuita a quienes reúnan las características y requisitos que considere relevantes, podrá modular la gratuitad en función del orden jurisdiccional afectado —penal, laboral, civil, etc.— o incluso del tipo concreto de proceso y, por supuesto, en función de los recursos económicos de los que pueda disponer en cada momento. Sin embargo, este mismo precepto explica el contenido constitucional indisponible que acota la facultad de libre disposición del legislador. Lo hace en el segundo inciso al proclamar que “en todo caso” la gratuitad se reconocerá “a quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar”.

En esta delicada interpretación del precepto, no obstante, existe siempre una conexión vital con el derecho fundamental del artículo 24 de la Constitución. Porque en ningún caso podrá pretenderse una delimitación del derecho afectando, limitando o cercenando —siquiera mínima o tangencialmente— el derecho a la tutela judicial efectiva. Es en esta correlación ponderada donde la finura jurídica deja pocos márgenes a la determinación presupuestaria.

Los casos en que proceda el “copago” —si es que se adopta finalmente esta figura, harto discutible en cuanto a fundamento constitucional del que muy probablemente pudiera hallarse huérfana— no pueden deberse o fundamentarse ni en una superficial y poco fundada noción de “pedagogía” o en artificiales “finalidades disuasorias” que pueden hallarse solo en la mente de quienes las postulan. Solo con un completo encaje dentro de los nítidos y muy ceñidos pespunteos del articulado constitucional puede hablarse de que tendrá fundamento último una afectación a derechos cualificados no tanto por su vinculación legal ordinaria en la forma expuesta en el artículo 119 sino por la cualificada conexión con los superiores derechos fundamentales del artículo 24.

En definitiva, ni valen genéricas razones presupuestarias (que pueden ser fácilmente contrarrestadas con una reasignación de partidas proceden-

tes de otros capítulos de gastos menos cualificados por su finalidad), ni puede actuarse sobre cualquier extremo de la cadena de prestación de servicios jurisdiccionales (existiendo ciertos extremos del servicio de la Administración de Justicia constitucionalmente garantizados que no pueden ser susceptibles de afectación por el legislador ordinario sino para respetarlos) ni, en suma, espurias y no siempre claras razones pedagógicas o disuasorias podrían —en modo alguno— servir de fundamento para exigir a los ciudadanos que vuelvan a atender algo que tienen reconocido como derecho constitucional a la gratuitud de la justicia. La misma pretensión de disuadir a un ciudadano de que acuda a los Tribunales parece presentar un muy mal envoltorio jurídico como para hacer de tal finalidad un objetivo asumible en términos estrictamente políticos.

6. UNAS REFLEXIONES ADICIONALES

La íntima relación existente entre el derecho a la asistencia jurídica gratuita de quienes carecen de recursos económicos para litigar (art. 119 CE) y el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) ha sido puesta de manifiesto por Tribunal Constitucional en múltiples sentencias, pudiendo citarse en tal sentido STC 95/2003, de 10 de junio o 183/2001, de 17 de septiembre, recordando en esta última la doctrina sentada en la STC 117/1998, de 2 de junio: “*el art. 119 CE, al establecer que ‘la justicia será gratuita cuando así lo disponga la ley y, en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar’, consagra un derecho constitucional de carácter instrumental respecto del derecho de acceso a la jurisdicción reconocido en el art. 24.1 CE, pues ‘su finalidad inmediata radica en permitir el acceso a la justicia, para interponer pretensiones u oponerse a ellas, a quienes no tienen medios económicos suficientes para ello y, más ampliamente, trata de asegurar que ninguna ‘persona quede procesalmente indefensa por carecer de recursos para litigar’ (STC 138/1988)’*”

Las claves para resolver esta cuestión fueron ya apuntadas en la citada STC 16/1994, al resolver una cuestión de inconstitucionalidad en relación con los arts. 14 y 15 LEC, en la redacción dada por la Ley 34/1984 (preceptos que hoy se encuentran derogados). Los criterios en aquella ocasión apuntados determinaron después, ya de forma explícita en la STC 117/1998, de 2 de junio, un pronunciamiento del Tribunal Constitucional que circunscribe a las personas físicas el contenido indisponible del derecho a la asistencia jurídica gratuita, de suerte que resulta compatible con la tutela judicial efectiva la decisión del legislador de reconocer el indicado derecho tan sólo a ciertas personas jurídicas. En la primera de las resolu-

ciones aludidas el Pleno del Constitucional consideró que el contenido indisponible que encierra el art. 119 CE: “*sin necesidad de definirlo de forma exhaustiva, supone, sin duda, que la justicia gratuita debe reconocerse a quienes no puedan hacer frente a los gastos originados por el proceso (incluidos los honorarios de los Abogados y los derechos arancelarios de los Procuradores, cuando su intervención sea preceptiva o necesaria en atención a las características del caso) sin dejar de atender a sus necesidades vitales y a las de su familia, al objeto de que nadie quede privado del acceso a la justicia por falta de recursos económicos. Dicho en otras palabras, deben sufragarse los gastos procesales a quienes, de exigirse ese pago, se verían en la alternativa de dejar de litigar o poner en peligro el nivel mínimo de subsistencia personal o familiar*”.

De lo anteriormente expuesto se deduce que toda persona física que sea titular del derecho a la tutela judicial efectiva habrá de gozar del derecho a la gratuitud de la justicia si carece de los recursos suficientes para litigar en los términos en los que este concepto jurídico indeterminado sea configurado por el legislador ordinario. Como se ha dicho en otras ocasiones, corresponde al legislador, dentro del amplio margen de libertad de configuración que es propio de su potestad legislativa, la concreción de este concepto normativo. “*Puede, por ejemplo, fijarlo a partir de criterios objetivos, como el de una determinada cantidad de ingresos, u optar por un sistema de arbitrio judicial dejándolo a la decisión discrecional de los Jueces o de éstos y otras instancias, o puede utilizar fórmulas mixtas limitándose a establecer las pautas genéricas que debe ponderar el Juez al conceder o denegar las solicitudes de gratuitud (número de hijos o parientes a cargo del solicitante, gastos de vivienda, características del proceso principal, etc.)*” (STC 16/1994, de 20 de marzo).

Ahora bien, una vez que el concepto “*insuficiencia de recursos para litigar*” empleado por el art. 119 CE resulta concretado por el legislador, todas las personas físicas titulares del derecho a la tutela judicial efectiva habrán de poderse beneficiar del derecho prestacional a la gratuitud de la justicia (insistimos: del modo y manera en que lo configura el legislador) si en ellas concurre tal insuficiencia de recursos.

Dicho de otro modo, la privación por el legislador del derecho a la gratuitud de la justicia a un grupo de personas físicas que reúnan las condiciones económicas previstas con carácter de generalidad para acceder a tal derecho implica una lesión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva al que, de forma instrumental, ha de servir el desarrollo legislativo del art. 119 CE, pues si no se les reconociese el derecho a la gratuitud de la justicia su derecho a la tutela judicial efectiva resultaría meramente teórico y carecería de efectividad.

Como puede verse, existen una muy cualificada serie de precisiones de índole constitucional que encuentran cómodo cobijo en el derecho constitucional a la gratuidad como para pretender acoger en su seno superficiales cuestiones de pedagogía o disuasión que pueden tener que ver más con una deficiente técnica organizativa en el sistema judicial y en el reparto, evaluación y eventual reproche a sus cargas de trabajo (otra perspectiva quizás no suficientemente analizada que, eventualmente revisada, también podría alumbrar nuevas estadísticas jurisdiccionales) que en una real fundamentación constitucional en la afectación al derecho a la tutela judicial efectiva que subyace en último término bajo esta superflua capa de razones tan alejadas de un derecho fundamental.

Con base en todo lo expuesto a lo largo del presente informe, podemos ahora proponer las siguientes

7. CONCLUSIONES (NECESARIAMENTE PROVISIONALES)

No se puede concluir sobre lo que no está creado. Menos aún cuando, como se dijo al principio, nos movemos en una escenario de pura legislación que parece ha de venir de la mano del Anteproyecto de Ley aprobado por el Consejo de Ministros el pasado día 30 de marzo de 2012. O no (que todo puede ser en el campo de lo futurable).

Pero si cabe avanzar —a modo de prontuario o decálogo para lo que pudiera venir— que si se persevera en cualquier acción pública orientada a implantar lo que ha dado en llamarse “copago” habrán de respetarse inexorablemente una serie de límites y rigideces obligadas que muy seriamente han de constreñir la técnica normativa nada menos que bajo pena de nulidad absoluta en caso de desbordamiento, habida cuenta del más superior y completo de los rangos jerárquicos del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que subyace en último lugar.

Tales consideraciones/conclusiones son las siguientes:

Primera. Concebido el derecho constitucional a la gratuidad de la justicia como un mecanismo jurídico exigible derivado de la previsión del artículo 119 de la Constitución Española, será en todo caso de carácter absoluto para quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar, habiendo de ser legalmente configurado en el resto de los casos, siempre con respeto último al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva contenido en el artículo 24 de la misma norma constitucional.

Segunda. Muy difícilmente pueden hallarse fundamentos jurídicos suficientes —especialmente bajo la óptica constitucional— para fundar en derecho la imposición generalizada de una solución denominada de “co-pago”, entendida como fórmula de atención a los gastos mediante el pago de los ciudadanos al recibir prestaciones de la Administración de Justicia que constituyen un servicio público.

Tercera. No se alcanzan a ver tales fundamentos jurídicos suficientes cuando la imposición de tales exigencias de compartición en el gasto se deban prioritaria o exclusivamente a razones pedagógicas o disuasorias que sirvan para impedir o dificultar el acceso a la Administración de Justicia por los particulares.

Análisis de la modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil relativo

(Informe 1/2013)

1. OBJETO

El objeto de este Informe es el análisis de si la Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del Uso de las Tecnologías de la Información y la Comunicación en la Administración de Justicia (en adelante LTICAJ), modifica el art. 276 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, relativo al traslado de copias de escritos y documentos en el proceso civil cuando intervenga Procurador.

En particular se ha planteado consulta sobre la cuestión de si, contemplando el art. 276 de la Ley de Enjuiciamiento Civil la posibilidad de que se pueda realizar el traslado de copias tanto en papel como utilizando medios técnicos, la LTICAJ está o no modificando tal artículo y excluyendo la posibilidad de que el traslado de copias se realice mediante entrega en papel y, consecuentemente, imponiendo que el traslado de copias se realice siempre por los medios técnicos a los que se refiere la nueva Ley.

En su caso, constituye también objeto de este Informe el examen de las consecuencias que para el actuar del abogado, y para la limitación de los plazos procesales, tendría la circunstancia de que la LTICAJ exigiera siempre el traslado de copias y documentos por medios técnicos.

2. APROXIMACIÓN A LA CUESTIÓN

Para poder concluir sobre la medida en que la LTICAJ afecta al contenido del art. 276 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC), deben analizarse los antecedentes de la nueva regulación y el contenido del art. 276 de la LEC.

2.1. Antecedentes

El Preámbulo de la LTICAJ se refiere a los antecedentes de la implantación de medios técnicos, electrónicos e informáticos en el desarrollo de la

actividad judicial, refiriéndose tanto a los textos de carácter político y programático, como a diversas normas que contemplaban la futura implantación de las nuevas tecnologías en la Administración de Justicia.

Como texto programático debe, en primer lugar, citarse la Carta de Derechos de los Ciudadanos ante la Justicia (aprobada por unanimidad en el Pleno del Congreso de los Diputados de 16 de abril de 2002), que declara que los ciudadanos tienen derecho a comunicarse con la Administración de Justicia a través del correo electrónico, videoconferencia y otros medios telemáticos “con arreglo a lo dispuesto en las leyes procesales”; que los poderes públicos impulsarán el empleo de tales medios en la Administración de Justicia; y que los documentos emitidos por estos medios tendrán plena validez y eficacia *“siempre que quede acreditada su integridad y autenticidad de conformidad con los requisitos exigidos en las leyes”*.

Asimismo, la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo titulada *“Hacia una estrategia europea de e-justicia (Justicia en línea)”*, de 30 de mayo de 2008, propone una estrategia global en distintos ámbitos y destaca que la justicia en línea constituye el recurso a las tecnologías de la información con una doble finalidad: mejorar el acceso de los ciudadanos a la justicia y mejorar la eficacia de la acción judicial.

En el Derecho positivo español, la Ley Orgánica 16/1994, de 8 de noviembre, al dar nueva redacción al art. 230 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), contempla con carácter general el uso de medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos por los Juzgados y Tribunales. En esencia, prevé que los Juzgados y Tribunales puedan utilizar tales medios; establece que los documentos emitidos por tales medios puedan gozar de la validez y eficacia de un documento original siempre que quede garantizada su autenticidad, integridad y el cumplimiento de los requisitos exigidos por las leyes procesales; exige que quede garantizada la identificación del órgano jurisdiccional, la confidencialidad, privacidad y seguridad de los datos; prevé que mediante un reglamento del Consejo General del Poder Judicial se determinen los requisitos y condiciones que afecten al establecimiento y gestión de los ficheros automatizados de datos que se encuentren bajo la responsabilidad de los órganos jurisdiccionales; y dispone que los programas y aplicaciones informáticos que se utilicen en la Administración de Justicia deberán ser previamente aprobados por el Consejo General del Poder Judicial y que los sistemas informáticos que se utilicen en la Administración de Justicia deberán ser

compatibles entre sí en los términos que determine el Consejo General del Poder Judicial¹.

Asimismo, el art. 230 LOPJ establece la posibilidad de que las personas que demanden la tutela judicial de sus derechos e intereses puedan relacionarse con la Administración de Justicia a través de los medios técnicos señalados, cuando sean compatibles con los que dispongan los Juzgados y Tribunales y se respeten las garantías y requisitos previstos en el procedimiento de que se trate.

Después, la redacción del art. 229.3 LOPJ introducida en la Ley Orgánica del Poder Judicial mediante LO 13/2003, contempló la posibilidad de intervenir en vistas mediante videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación simultánea y bidireccional de la imagen y el sonido y la intervención visual, auditiva y verbal, cuando así lo acuerde el Juez o Tribunal.

La Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000 (LEC) se refiere a la utilización de tales medios en diversos artículos, que se han visto después afectados, en lo que ahora interesa, por las modificaciones operadas por la Ley 41/2007, y por la Ley 13/2009 sobre la nueva Oficina Judicial y regulación de las competencias del Secretario Judicial.

La regulación de la LEC se refiere siempre a la utilización de medios técnicos como mera posibilidad, pero no establece como obligatorio su uso, ni para las oficinas judiciales ni para los profesionales (Abogados y Procuradores, entre ellos).

En este sentido, puede destacarse:

- El art. 135 LEC establece la posibilidad de que puedan presentarse escritos ante Juzgados y Tribunales utilizando medios técnicos. Así, dispone que cuando las oficinas judiciales y los sujetos intervenientes en el proceso dispongan de medios técnicos que permitan el envío y la normal recepción de escritos iniciadores y demás escritos y documentos, de forma tal que esté garantizada la autenticidad de la comunicación y quede constancia fehaciente de la remisión y recepción íntegras y de la fecha en que se hicieren, los escritos y documentos **podrán enviarse** por aquellos medios, acusándose recibo del

¹ Al procedimiento de aprobación de programas, aplicaciones y sistemas informáticos de la Administración de Justicia se refería el Título VI del Reglamento 1/2005, sobre aspectos accesorios a las actuaciones judiciales, aprobado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial el 15 de septiembre de 2005.

mismo modo, y se tendrán por presentados, a efectos de ejercicio de los derechos y de cumplimiento de deberes, en la fecha y hora que conste en el resguardo acreditativo de su presentación. En caso de que la presentación tenga lugar en día y hora inhábil a efectos procesales conforme a la Ley, se entenderá efectuada la presentación el primer día y hora hábil siguiente.

Prevé igualmente que *“cuando la presentación de escritos perentorios dentro de plazo, por los medios técnicos a que se refiere este apartado, no sea posible por interrupción no planificada del servicio de comunicaciones telemáticas o electrónicas, el remitente podrá proceder a su presentación a la Oficina Judicial el primer día hábil siguiente acompañando el justificante de dicha interrupción”*.

También el art. 135, en su apartado 6, establece la **posibilidad de que el traslado** de escritos y documentos se haga por medios técnicos cuando se cumplan los requisitos señalados más arriba. Es decir, se remite al art. 276 de la LEC y contempla, sólo como posibilidad, que el traslado se haga por medios técnicos cuando las oficinas judiciales y sujetos intervenientes dispongan de medios con los requisitos y características señalados más arriba.

- El art. 162 LEC establece un régimen específico para los actos de comunicación que realicen las oficinas judiciales a las partes.

En este sentido, dispone que cuando las oficinas judiciales y las partes, o los destinatarios de los actos de comunicación, dispusieran de medios electrónicos, telemáticos, infotelecomunicaciones o de otra clase semejante, que permitan el envío y la recepción de escritos y documentos de forma tal que esté garantizada la autenticidad de la comunicación y de su contenido, y quede constancia fehaciente de la remisión y recepción íntegras y del momento en que se hicieron, los **actos de comunicación podrán efectuarse por aquellos medios**, con el resguardo acreditativo de su recepción que proceda.

Pero, además, se establece la **obligación de las partes y los profesionales** que intervengan en el proceso **de comunicar a las oficinas judiciales el hecho de disponer de los medios** antes indicados y su dirección. De este modo, la comunicación por vía telemática se establece como posibilidad para las oficinas judiciales (no depende de la voluntad del profesional interveniente), lo que, unido a la obligación del profesional de comunicar cuándo dispone de medios, determina la sujeción obligatoria del profesional a esta forma de comunicación (aunque siempre condicionada a que se disponga de los medios técnicos).

Se establece también la previsión de que el Ministerio de Justicia establezca un registro de los medios indicados y las direcciones correspondientes de los organismos públicos accesible electrónicamente. Asimismo, se dispone que cuando conste la correcta remisión del acto de comunicación por los medios técnicos, salvo los practicados a través de los servicios de notificaciones organizadas por los Colegios de Procuradores, transcurridos 3 días sin que el destinatario acceda a su contenido se entenderá que la comunicación ha sido efectuada legalmente, desplegando plenamente sus efectos (salvo que el destinatario justifique la falta de acceso al sistema de notificaciones durante ese periodo), la previsión de que si persiste la falta de acceso a los medios técnicos el acto de comunicación se practique mediante entrega de copias de la resolución, y, por último, se establece una norma relativa a la forma de presentación de las comunicaciones recibidas consistente en que *“cuando la autenticidad de resoluciones, documentos, dictámenes o informes presentados o transmitidos por los medios a que se refiere el apartado anterior solo pudiera ser reconocida o verificada mediante su examen directo o por otros procedimientos, podrán, no obstante, ser presentados en soporte electrónico mediante imágenes digitalizadas de los mismos, en la forma prevista en los arts. 267 y 268 de esta Ley, si bien, en caso de que alguna de las partes, el Tribunal en los procesos de familia, incapacidad o filiación, o el Ministerio Fiscal, así lo solicitasen, habrán de aportarse aquéllos en su soporte papel original, en el plazo y momento procesal que a tal efecto se señale”*.

- Los artículos 146 y 147 LEC se refieren a los medios técnicos en relación a la documentación de actuaciones (art. 146) y a la grabación y reproducción de actuaciones orales (art. 147).

Más tarde, el Real Decreto 84/2007, de 26 de enero, sobre implantación en la Administración de Justicia del Sistema Informático de Telecomunicaciones LEXNET para la presentación de escritos y documentos, el traslado de copias y la realización de actos de comunicación procesal por medios telemáticos, se dicta en uso de la habilitación contenida en la Disposición Adicional Primera, apartado 2, de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. El propio Real Decreto recuerda que el empleo del sistema de LEXNET por parte de los órganos judiciales fue aprobado por acuerdo de 28 de septiembre de 2005, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, supeditada su utilización a la disponibilidad por los interlocutores de los medios y de la forma-

ción adecuada, lo cual necesariamente exigirá un proceso progresivo de implantación².

El sistema LEXNET es un medio de transmisión que se realiza mediante el uso de firma electrónica reconocida, en los términos establecidos en la Ley 50/2003, de 19 de diciembre, que el Real Decreto impone como obligatorio para los Secretarios judiciales y para los funcionarios de los cuerpos al servicio de la Administración de Justicia, incluido la Abogacía del Estado y el Ministerio Fiscal, y para los Colegios de Procuradores, siempre que cuenten con el sistema y los medios técnicos necesarios.

Este Real Decreto no modifica las leyes procesales para exigir a las partes, o sus representantes, la utilización del sistema telemático para la presentación de escritos o traslado de copias, aunque sí lo impone para la recepción de notificaciones, una vez se haya implantado el sistema y medios técnicos necesarios. Así, el preámbulo del Real Decreto se refiere a la “incentivación” y a la “posibilidad” de utilizar estos medios y recuerda que el objeto de esta regulación es la determinación de las condiciones generales y requisitos de utilización del sistema LEXNET, para su funcionamiento en condiciones adecuadas, cumpliendo las garantías exigidas en las leyes, así como la determinación de las reglas y criterios que se han de observar en la presentación por medios telemáticos de escritos y documentos, el traslado de copias y la realización de actos de comunicación procesal a través del sistema LEXNET.

En similar sentido, recuerda el preámbulo del Real Decreto que “la regulación de los efectos jurídicos consecuencia del uso de medios electrónicos en la realización de los actos procesales incluidos en su ámbito material de aplicación es competencia del legislador, motivo que justifica su no inclusión en los contenidos normativos del presente Real Decreto”.

² El Real Decreto establece una normativa que será, en principio, solo de aplicación al ámbito de competencia del Ministerio de Justicia, aunque se prevé la extensión a los ámbitos de la competencia de las Comunidades Autónomas mediante los correspondientes convenios de cooperación (en este sentido, se ha suscrito convenio de cooperación con el Gobierno de Aragón, de 17 de noviembre de 2009, la Comunidad de Castilla y León, de 4 de marzo de 2010, el Principado de Asturias, de 14 de julio de 2010, la Junta de Extremadura, de 29 de marzo de 2010, la Junta de Andalucía, la Comunidad Valenciana, de 4 de octubre de 2005 o la Generalitat de Catalunya, de 5 de mayo de 2006, entre otros).

Resulta de especial importancia el art. 7 del Real Decreto por cuanto contempla la forma en que se hará, además de las comunicaciones judiciales, la presentación de escritos y documentos y el traslado de copias entre Procuradores cuando se utilicen medios telemáticos. En relación a ello, el art. 7 se remite al anexo VI del propio Real Decreto. Para acreditar la correcta transmisión o presentación, el art. 7 dispone:

“4. Cuando el destinatario accede al acto de comunicación y documentos anexos depositados en su buzón virtual, el sistema genera un resguardo electrónico dirigido al remitente, reflejando el hecho de la recepción y la fecha y hora en que ha tenido lugar, quien así tendrá constancia de la recepción.

En el caso de los procuradores, cuando se produzca el acceso al buzón virtual del Colegio de Procuradores se generará el correspondiente resguardo, que bastará para acreditar la recepción a los efectos previstos en la ley.

5. El sistema confirmará al usuario la recepción del mensaje por el destinatario. La falta de confirmación implicará que no se ha producido la recepción. En aquellos casos en que se detecten anomalías en la transmisión telemática, el propio sistema lo pondrá en conocimiento del usuario, mediante los correspondientes mensajes de error, para que proceda a la subsanación, o realice el envío en otro momento o utilizando otros medios.

El mensaje de indicación de error o deficiencia de la transmisión podrá ser imprimido en papel, archivado por el usuario, y en su caso, integrado en los sistemas de gestión procesal, a efectos de documentación del intento fallido”.

Del contenido del anexo VI del debe destacarse que dispone que “cuando por las singulares características de un documento, el sistema no permita su incorporación como anexo para su envío en forma telemática, el usuario hará llegar dicha documentación al destinatario por otros medios, en la forma que establezcan las normas procesales, y deberá hacer referencia a los datos identificativos del envío telemático al que no pudo ser adjuntada” previéndose expresamente que en el caso de presentación telemática de escritos y documentos por procurador, éste podrá realizar el traslado telemático de copias simultáneo, mediante la adecuada cumplimentación de los campos de datos necesarios.

Resulta importante destacar la disposición transitoria única del Real Decreto LEXNET, que, en cuanto a la entrada en vigor del sistema, bajo la rúbrica de “implantación gradual del sistema” establece que “la implantación del sistema se llevará a cabo de forma gradual en función de las posibilidades técnicas y presupuestarias del Ministerio de Justicia, respecto de aquellas oficinas judiciales y tipos de procedimientos incluidos en cada fase del proceso de despliegue. Del mismo modo será gradual la incorporación al sistema LEXNET del Ministerio Fiscal y de la Abogacía del Estado, así como la de otros potenciales usuarios en la medida en que se alcancen acuerdos con los Colegios profesionales y órganos de la Administración General del Estado y sus organi-

*mos públicos, así como otras Administraciones o Instituciones relacionadas con la Administración de Justicia*³.

En definitiva, en relación a la presentación de escritos o documentos, o el traslado de copias, el Real Decreto no exige, para su admisión en el proceso judicial, que se haga por medios telemáticos, aunque sí regula el procedimiento a seguir cuando así se haga. Sin embargo, en cuanto a los actos de comunicación impone la vinculación de las partes a las notificaciones que se hagan por vía telemática y regula el procedimiento de recepción de notificaciones.

2.2. Regulación del art. 276 LEC. Casos en los que procede el traslado de copias

El art. 276 de la LEC se refiere el traslado de copias de los escritos y documentos, estableciéndolo como obligación del Procurador en algunos casos y como obligación de la oficina judicial en otros.

Así, en primer lugar debe diferenciarse el supuesto de que en el proceso judicial las partes estén representadas por Procurador, en cuyo caso el traslado debe hacerlo el Procurador, del supuesto de que las partes no estén representadas por Procurador, en cuyo caso el traslado lo hará el Secretario Judicial.

Pero, aún en el caso de que las partes estén representadas por Procurador, no siempre será obligatorio que éste realice el traslado de copias.

En efecto, el art. 276 LEC contempla dos supuestos: el caso de que se trate de la demanda o de cualquier otro documento que pueda originar la primera comparecencia en juicio, y el caso de que se trate de escritos posteriores. Cuando se trate de la demanda o de cualquier otro escrito que pueda originar la primera comparecencia en juicio, el traslado a las demás partes se hace por el Secretario judicial. Sin embargo, en el caso de que se trate de escritos posteriores, el traslado debe hacerse por el Procurador, contemplándose además expresamente que “*si el Procurador omitiere la pre-*

³ Podrían, además, señalarse diversas actuaciones llevadas a cabo por los órganos competentes para el establecimiento de los medios necesarios para la tramitación electrónica de los procedimientos y la implantación de las nuevas tecnologías en la Administración de Justicia, tales como el Convenio de 30 de septiembre de 2009, suscrito entre el Consejo General del Poder Judicial, el Ministerio de Justicia y la Fiscalía General del Estado (al que se adhieran todas las Comunidades Autónomas), para establecer un marco de colaboración y coordinación, estable y vinculante, mediante la creación de un Esquema Judicial de Interoperabilidad y Seguridad.

sentación de estas copias, se tendrá a los escritos por no presentados o a los documentos por no aportados a todos los efectos”.

En definitiva, constituye un requisito esencial para la admisión de escritos y documentos presentados por un Procurador, cuando no sea su primera comparecencia en juicio, el traslado de las copias del escrito y de los documentos adjuntos a las demás partes personadas.

Pues bien, el art. 276.2 LEC prevé dos formas de hacer traslado, a saber: el traslado en papel o soporte físico y el traslado mediante medios telemáticos. El art. 276 LEC **no impone la utilización de una u otra forma sino que se limita a regular la actuación a seguir en cada caso.**

Así, el art. 276.2 LEC establece en su primer inciso que el Procurador efectuará el traslado entregando al servicio de recepción de las notificaciones la copia o copias de los escritos y documentos, que irán destinadas a los Procuradores de las restantes partes y litis consortes y que el encargado del servicio recibirá las copias presentadas, que fechará y sellará, debiendo además entregar al presentante una justificación de que se ha realizado el traslado. Dicho justificante deberá entregarse junto con los escritos y documentos que se presentan al Juzgado o Tribunal.

Por su parte, el segundo apartado del artículo 276.2 de la LEC (introducido mediante la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de Reforma de la Legislación Procesal para la Implantación de la Nueva Oficina Judicial) contempla el supuesto de que se utilicen medios técnicos y, en este sentido, establece que *“cuando se utilicen los medios técnicos a que se refieren los apartados 2 y 6 del artículo 135 de esta Ley, el traslado de copias se hará de forma simultánea a la presentación telemática del escrito y documentos de que se trate y se entenderá efectuado en la fecha y hora que conste en el resguardo acreditativo de su presentación. En caso de que el traslado tenga lugar en día y hora inhábil a efectos procesales conforme a la Ley se entenderá efectuado el primer día y hora hábil siguiente”*.

En definitiva, el art. 276 contempla **solo como posibilidad** que el Procurador realice el traslado de copias por medios técnicos.

3. LA LEY 18/2011, DE 5 DE JULIO, REGULADORA DEL USO DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LA COMUNICACIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Sobre el contenido de esta Ley debe de señalarse, en relación a las cuestiones a las que se refiere este Informe, lo siguiente:

- Finalidad. El objeto de la Ley, tal y como establece el apartado I de su Preámbulo, es:

“primero, actualizar el contenido del derecho fundamental a un proceso público sin dilaciones indebidas, gracias a la agilización que permite el uso de las tecnologías de las comunicaciones; segundo, generalizar el uso de las nuevas tecnologías para los profesionales de la justicia; tercero, definir en una norma con rango de ley el conjunto de requisitos mínimos de interconexión, interoperabilidad y seguridad necesarios para el desarrollo de los diferentes aplicativos utilizados por los actores del mundo judicial a fin de garantizar la seguridad en la transmisión de los datos y cuantas otras exigencias se contengan en las leyes procesales”.

En particular, como señala el apartado III del Preámbulo, en esta Ley, *“no se ha buscado establecer plazos o términos distintos de los señalados en las leyes de enjuiciamiento, sino que la norma se limita a establecer los criterios que deben ser considerados para efectuar el cómputo de los mismos si los actos procesales que determinan su comienzo o fin se efectúan a través de medios electrónicos”*.

- Obligación de utilizar los medios electrónicos de notificación o de presentación de escritos. En este punto, la Ley diferencia entre:
 - a) Los ciudadanos. Para ellos constituye un derecho la utilización de medios electrónicos pero no una obligación (art. 4 LTICAJ), de modo que pueden elegir la manera de comunicarse con la Administración de Justicia, sea o no por medios electrónicos, salvo que una norma con rango de Ley establezca la utilización de medios no electrónicos (art. 33.1 LTICAJ).

Pueden, así, realizar la presentación de escritos de iniciación del procedimiento (en que no sea precisa la asistencia letrada ni la representación de procurador) en formato papel, en cuyo caso, *“se procederá a su digitalización por la sección correspondiente del servicio común procesal que tenga atribuidas dichas funciones”* (art. 36.2).
 - b) Los profesionales de la justicia. Para ellos la utilización de los medios electrónicos constituye un derecho pero también una obligación. En este sentido, el art. 6.3 LTICAJ dispone que los profesionales de la justicia, en los términos previstos en la presente Ley, tienen el deber de utilizar los medios electrónicos, las aplicaciones o los sistemas establecidos. Y el art. 33.5 LTICAJ dispone que *“los profesionales de la justicia deberá realizar sus comunicaciones por medios electrónicos cuando técnicamente estén disponibles”*.

Asimismo el art. 36.3 LTICAJ dice que “*los profesionales de la justicia presentarán sus demandas y otros escritos por vía telemática a través de los sistemas previstos en esta Ley, empleando firma electrónica reconocida*”.

Esto es, como dice el Informe que en su día emitió el Consejo General del Poder Judicial, la nueva Ley establece obligatoriedad de que el procedimiento se inicie “*siempre por medios electrónicos, distinguiendo los casos en que los ciudadanos lo inicien personalmente sin intervención de profesionales, en cuyo caso tendrán a su disposición los medios necesarios para poder hacerlo en dicha forma, de los casos en que comparezcan asistidos por profesionales, en los que serán éstos los que tengan la obligación en todo caso de efectuar la presentación del escrito o demanda inicial del procedimiento en forma telemática*

⁴”.

- Subsanación de escritos presentados por otros medios. El art. 43 LTICAJ establece, para determinados casos, que podrá ser subsanado el incumplimiento del deber de uso de las tecnologías por un profesional de la justicia en su primera comunicación con un órgano judicial. A estos efectos, el órgano judicial concederá un plazo máximo de 3 días con apercibimiento de que todas sus actuaciones ante ese órgano, en ese o en cualquier otro proceso, así como ante cualquier otro órgano del mismo partido judicial, deberán realizarse empleando medios electrónicos y de conformidad con la Ley. Si la subsanación no se efectuase en el plazo señalado, no se admitirá la actuación que se trata de realizar.

No será preciso practicar el requerimiento de subsanación cuando el profesional hubiera sido requerido en tal sentido por cualquier otro órgano judicial del mismo partido judicial, **rechazándose de plano cualquier actuación que se tratara de efectuar por medios distintos a los previstos en la Ley**.

- Presentación de documentos. En relación a los documentos que se presenten junto con los escritos, el art. 38 LTICAJ establece que los documentos en papel que, conforme a lo dispuesto en las leyes procesales, puedan o deban ser aportados por las partes en cualquier momento del procedimiento, deberán ser incorporados como anexo al documento principal mediante **imagen digitalizada** de la copia, si

⁴ Página 7 del Informe de 27 de enero de 2011, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, relativo al Anteproyecto de Ley reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia.

fueran públicos, o del original del documento obrante en papel, si se tratara de documentos privados. Precisa este artículo que los documentos no se admitirán si se aportan en otra forma.

Ello salvo en el supuesto de que, por las singulares características del documento, el sistema no permita su incorporación como anexo para el envío por vía telemática. En estos casos, el usuario hará llegar dicha documentación al destinatario por otros medios en la forma que establezcan las normas procesales, y deberá hacer referencia a los datos identificativos del envío telemático al que no puede ser adjuntada, presentando el original ante el órgano judicial en el día siguiente hábil a aquel en que se hubiera efectuado el envío telemático.

En los casos en los que se deban aportar al procedimiento medios e instrumentos de prueba que por su propia naturaleza no sean susceptibles de digitalización, serán depositados y custodiados por quien corresponda en el archivo de gestión o definitivo de la Oficina Judicial, dejando constancia en el expediente judicial electrónico de su existencia.

- **Traslado de copias.** El art. 39 LTICAJ, precisamente bajo la rúbrica “*traslado de copias*”, establece que “*el traslado de copias por vía telemática se realizará de forma simultánea a la presentación telemática de escritos y documentos ante el órgano u oficina judicial correspondiente*”.
- **Fallos del sistema.** En relación con lo que ocurre cuando hay razones técnicas u operativas que impiden el funcionamiento del sistema, el art. 30 LTICAJ, siguiendo la propuesta contenida en el Informe del Consejo General del Poder Judicial⁵, contempla las consecuencias de que falle el sistema de recepción en la oficina judicial. En este sentido, el art. 30.4 dispone que

“la recepción de solicitudes, escritos y comunicaciones podrá interrumpirse por el tiempo imprescindible solo cuando concurren razones justificadas del mantenimiento técnico u operativo. La interrupción deberá anunciarse a los potenciales usuarios del registro electrónico con la antelación que, en cada caso, resulte posible.

En los supuestos de interrupción no planificada en el funcionamiento del registro electrónico, y siempre que sea posible, se dispondrán las medidas para que el usuario resulte informado de esta circunstancia, así como los efectos de la suspensión, con indicación expresa, en su caso, de la prórroga de los plazos de inminente vencimiento. Alternativamente, podrá establecerse un redireccionamiento que permita utilizar un registro electrónico en sustitución de aquél en el que se haya producido la interrupción”.

⁵ Página 48 del Informe de 27 de enero de 2011, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, relativo al Anteproyecto de Ley reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia.

A este respecto debe recordarse que ya el art. 135.4 LEC disponía, como se ha señalado más arriba, que *“Cuando la presentación de escritos perentorios dentro de plazo, por los medios técnicos a los que se refiere este apartado, no sea posible por interrupción no planificada del servicio de comunicaciones telemáticas o electrónicos, el remitente podrá proceder a su presentación en la oficina judicial el primer día hábil siguiente acompañando justificante de dicha interrupción”*.

- Cómputo de plazos. Conforme al art. 32 LTICAJ, los registros judiciales electrónicos permitirán la presentación de escritos, documentos y comunicaciones todos los días del año durante las 24 horas.

A los efectos del cómputo del plazo fijado en días hábiles o naturales, y en lo que se refiere al cumplimiento de plazos por los interesados, la presentación en un día inhábil a efectos procesales se entenderá realizada en la primera hora del primer día hábil siguiente, salvo que una norma permita expresamente la recepción en día inhábil (en este mismo sentido se pronunciaba ya el art. 135.4 LEC).

- Entrada en vigor. La Ley establece que entrará en vigor el día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

Sin embargo, en cuanto a la efectividad de la obligación de utilizar los medios telemáticos, ha de estarse a lo establecido en el art. 33.5 LTICAJ y en la Disposición Adicional Segunda.

En este sentido, debe de recordarse que la obligación de los profesionales de la justicia de realizar sus comunicaciones por medios electrónicos, que impone el art. 33.5 LTICAJ, sólo será así *“cuando técnicamente estén disponibles tales medios electrónicos”*.

Por su parte, la DA 2^a dispone que *“para garantizar la efectividad del derecho a la tutela judicial reconocida en el art. 24 de la Constitución, en el plazo de 5 años desde la entrada en vigor de esta Ley, las Administraciones con competencia en materia de Administración de Justicia dotarán a las oficinas judiciales y Fiscalías de sistemas de gestión procesal que permitan la tramitación electrónica de los procedimientos”*.

4. CUESTIONES PLANTEADAS

Expuesto todo lo anterior, puede ya hacerse específica referencia a las cuestiones que se plantean en este Informe.

4.1. Sobre la obligatoriedad del traslado de copias mediante medios telemáticos

Ciertamente, el tenor literal del artículo que se refiere al traslado de copias (el art. 39 LTICAJ), no dice que éste deba hacerse por vía telemática sino que se limita a establecer que el traslado de copias por vía telemática se realizará de forma simultánea a la presentación telemática de escritos y documentos ante el órgano u oficina judicial correspondiente.

Sin embargo, la obligación de que la presentación de escritos y documentos, y el traslado de copias, sean en todo caso por vía telemática se deriva de otras disposiciones de la Ley, y de su propia finalidad.

En efecto, el carácter obligatorio del uso de medios electrónicos para el traslado de copias y demás actuaciones que deban realizar los profesionales de la justicia, se deriva de la finalidad perseguida por la Ley, que no es otra que el objetivo de tramitación íntegramente electrónica de los procedimientos judiciales.

De este modo, tal y como se ha expuesto, y como señalaba el Informe del Consejo General de la Abogacía Española de 17 de febrero de 2011, relativo al Anteproyecto de la Ley, con la LTICAJ, la utilización de los medios electrónicos resulta un deber para los profesionales del ámbito de la justicia, a diferencia de los ciudadanos que podrán elegir si se acogen o no a este medio.

Pero es que, además, el carácter obligatorio del uso de las nuevas tecnologías para cualesquiera actuaciones que deban realizar los profesionales, sin excepción, se contempla expresamente en los artículos de la LTICAJ, más arriba expresados (artículos 33.5, 36.3, 40 y 43).

En este sentido, ha de concluirse que la LTICAJ sí modifica el art. 276 de la LEC, para imponer que el traslado de copias que realice el Procurador habrá de hacerse precisamente por medios telemáticos, y no podrá realizarse en soporte papel (salvo en relación a los documentos que, con carácter excepcional, pueden presentarse en soporte diferente debido a la propia naturaleza del mismo, en los términos previstos en el art. 38 LTICAJ).

4.2. Sobre las consecuencias de la modificación del art. 276 LEC operada a través de la nueva Ley

Ciertamente, la obligación de utilizar medios telemáticos para la presentación de escritos y documentos, y para el traslado de copias, supone

una modificación de la actual forma de actuar de los Abogados y de los Procuradores, que exige su adaptación al uso de las nuevas tecnologías. En este sentido, Abogado y Procurador, en la medida que les incumbe a cada caso, habrán de preparar la versión digital de escritos y documentos adjuntos para su presentación por vía telemática. El mayor esfuerzo en este sentido corresponderá a los Procuradores, que son los encargados y responsables de realizar el traslado de copias.

Ello puede parecer, en principio, una carga de adaptación, de preparación, o de limitación de tiempo para que los Abogados realicen sus funciones, en cuanto se exige la preparación, dentro del plazo procesal correspondiente, de la documentación en formato digital. Y puede parecer una carga importante para aquellos profesionales menos familiarizados con las nuevas tecnologías. Sin embargo, examinada la cuestión con más detenimiento, deben hacerse las siguientes precisiones:

- Los documentos aportados al proceso no serán normalmente objeto de traslado de copias por el Procurador, sino solo de presentación en la oficina judicial. Pues, en la mayoría de las ocasiones, los documentos se presentarán junto con escritos respecto de los que no es exigible el traslado de copias por el Procurador. En efecto, normalmente, los documentos han de presentarse con la demanda o la contestación a la demanda, momento en el que, constituyendo el primer acto procesal, no procede, conforme al art. 276 LEC, el traslado de copias. Solo se exigirá el traslado de los documentos a las demás partes personadas en el caso excepcional de presentación de los documentos después de la demanda o contestación (arts. 270 y 271 LEC) o en los casos, también excepcionales, en los cuales haya habido una actuación previa a la presentación de la demanda o contestación (por ejemplo comparecencia del demandado para plantear declinatoria, para examinar los autos antes de contestar etc.). En estos casos la demanda o la contestación (con los documentos adjuntos) no constituyen la primera comparecencia.
- La exigencia, cuando proceda, del traslado de copias por medios telemáticos y, así, la exigencia de que los documentos se presenten como anexo al escrito, no supone más que la obtención de imágenes digitales a través de dispositivos de conversión analógico-digital tan extendidos como los escáner. Escanear los documentos para su presentación no debería suponer un mayor empleo de tiempo que el transporte físico del documento a la sede o registro del Juzgado.

- Aunque es cierto que la utilización de los instrumentos telemáticos supone para el profesional la necesidad de prever un riesgo de fallo en el propio sistema, ese riesgo de declaración por fallo imprevisto de los medios a utilizar también existe con la mera realización de las copias, mediante fotocopia, o con la utilización de medios de transporte para la presentación física en la oficina judicial.
- En la práctica, hoy no es infrecuente que los Procuradores, que utilizan ya el sistema LEXNET, conserven escaneados sus archivos. Tampoco es infrecuente que los Abogados redacten sus escritos en archivos informáticos y manejen y conserven escaneados los documentos que pretendan aportar a juicio.
- Las notificaciones mediante sistemas informáticos, en particular LEXNET, suponen en la práctica un aumento de los plazos procesales.

En efecto, con los medios físicos tradicionales de notificación, los plazos se cuentan desde el día siguiente a la recepción de la notificación (art. 135.1 LEC *“Los plazos comenzarán a correr desde el día siguiente a aquél en que se hubiere efectuado el acto de comunicación del que la Ley haga depender el inicio del plazo ...”*). Sin embargo, con el sistema de notificación por medios electrónicos, además del tiempo que se establece para tener por realizada la notificación mediante el acceso a la misma por el destinatario, el plazo no se empieza a contar a partir del día siguiente a la recepción de la notificación, sino a partir de los dos días. En efecto, conforme el art. 151.2 LEC, cuando se utilicen medios telemáticos el acto de comunicación no se tiene por realizado el día de la recepción sino al día siguiente. De modo que el plazo no se empezará a contar a partir del día siguiente a la recepción sino a partir del día posterior⁶.

4.3. Otras cuestiones

Sentado lo anterior, que constituye la esencia de la consulta planteada, pueden hacerse algunas otras reflexiones sobre el efecto de la entrada en vigor de la nueva ley, en relación a la presentación de escritos y traslado de copias por los Procuradores mediante medios telemáticos:

⁶ En este sentido, Auto del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 2012, Recurso de Casación 440/2011 (RJ 2012/3784).

- La posibilidad de presentación de escritos por medios telemáticos afecta al motivo por el que la LEC establecía la posibilidad de presentar escritos hasta las 15 horas del día hábil siguiente al del vencimiento del plazo. En efecto, la ampliación de los plazos, para presentar escritos hasta las quince horas del día hábil siguiente al vencimiento, se estableció en la LEC como consecuencia de la supresión de la posibilidad de presentar escritos ante los Juzgados de guardia (lo que suponía privar a la parte en un proceso civil de la posibilidad de presentar el escrito hasta las 24 horas del día de vencimiento). De este modo, cuando la nueva Ley prevé la posibilidad de presentar escritos telemáticamente las 24 horas del día, no parece haber razón para mantener la posibilidad de presentar escritos (ahora por vía telemática) cuando ha finalizado el día de vencimiento del plazo y hasta las 15 horas del día hábil siguiente.

Sin embargo, ni la LEC al prever la posibilidad de presentar escritos por vía telemática, ni la LTICAJ al obligar a presentarlos así, han modificado la posibilidad de que la presentación se haga hasta las 15 horas del día siguiente al vencimiento.

En este sentido, el Informe del Consejo General del Poder Judicial relativo al Anteproyecto de la LTICAJ señala que tal Ley *“formula los criterios para el cómputo de plazos considerándose adecuada la regulación en tanto reproduce parte del contenido del art. 135 LEC, sin apreciarse incompatibilidad alguna con lo previsto en el apartado 1 del mismo artículo, esto es, la posibilidad de presentación de escritos hasta las 15 horas del día hábil siguiente al del vencimiento del plazo”*.

- Las disfunciones en la utilización de medios telemáticos en la Administración de Justicia se están produciendo en la práctica, precisamente, en el periodo transitorio en el que, entrando ya en vigor el sistema de notificaciones mediante LEXNET, sin embargo no resulta de aplicación la LTICAJ, por no haberse establecido los medios informáticos al efecto ni desarrollado sus previsiones.

Así, actualmente se producen circunstancias tales como que, en el ámbito contencioso administrativo, se remite el expediente administrativo en formato CD, que sin embargo no está foliado en la forma exigida por el art. 25.2 LTICAJ. Ello hace que resulte muy difícil el examen del expediente administrativo para el Abogado que ha de formular la demanda y que tiene que ir abriendo todos los archivos (en formato PDF) que haya realizado la Administración. Si los archivos son muy numerosos (cosa que no es infrecuente) la búsqueda

o identificación de un documento del expediente administrativo es una tarea muy difícil.

En el mismo sentido, la notificación por el sistema LEXNET, en el ámbito contencioso administrativo, de actos como la concesión de plazo para demanda resultan actuaciones inútiles, pues el plazo para demandar solo empezará a contar desde el momento en el que se pueda examinar el expediente administrativo, que todavía no se remite prácticamente nunca en formato digital (es decir, el traslado de la diligencia de ordenación concediendo plazo para formular la demanda no supone un ahorro sino un trámite innecesario, pues hasta el momento en el que no se entregue el expediente administrativo, en papel, no empieza el plazo para formular la demanda que se concedió días antes mediante notificación telemática).

- No hay norma que establezca cuáles serán las consecuencias de que, no produciéndose interrupción en el registro electrónico de la oficina judicial para presentación de escritos, sí que se produzca interrupción en los registros habilitados por los Colegios de Procuradores para el traslado de copias.

En efecto, la LTICAJ (y antes el art. 135 LEC) contempla las consecuencias de que se interrumpa el servicio en el registro electrónico de la oficina judicial, pero no establece qué ocurre si se interrumpe el servicio de los registros de los Procuradores, o Colegios de Procuradores, a los que va destinado el traslado de copias. Parece, sin embargo, que debe considerarse aplicable la misma regla que se establece para el caso de interrupción en el servicio de la oficina judicial: si no hay un redireccionamiento, se presenta el escrito en la oficina judicial acreditando la interrupción, y subsanando la realización del traslado de copias en el momento en que se rehabilite el servicio.

5. CONCLUSIONES

Conforme a todo lo expuesto hasta aquí, puede concluirse afirmando que:

1. La Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia, modifica el art. 276 LEC en cuanto impone que el traslado de copias entre Procuradores se haga por vía telemática, y no puede hacerse mediante entrega física de escritos y los documentos adjuntos.

2. Sin embargo, la obligación legal de realizar el traslado de copias por medios electrónicos solo será efectiva cuando técnicamente estén disponibles tales medios electrónicos. Para ello, establece la Ley un plazo de 5 años desde su entrada en vigor, que tuvo lugar el 26 de julio de 2011.
3. Tal modificación normativa no limita los plazos procesales.

El impacto de la Ley 20/2013 de Garantía de la Unidad de Mercado sobre el acceso a la profesión de abogado y su ejercicio

(Informe 6/2016)

1. INTRODUCCIÓN

En el presente informe se analiza el impacto que la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado¹ (en adelante, LGUM), puede tener sobre el acceso a la profesión de abogado y su ejercicio en nuestro país.

Es relevante realizar un análisis jurídico de ese posible impacto, habida cuenta de que la Ley tiene un ámbito de aplicación muy extenso que incluye cualquier actividad económica sin excepciones. Y no solo por la extensión del ámbito de aplicación de la Ley, sino también, y lo que quizás sea más importante, por el contenido de la misma, ya que lleva a cabo una auténtica liberalización de dichas actividades, reduciendo muy notablemente la intervención administrativa de control.

En cualquier caso, el presente Informe no pretende analizar la LGUM en todo su alcance ni las consecuencias que la misma ha traído consigo en relación con otras leyes². Se centrará fundamentalmente en el modo en que puede afectar a las leyes 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales y 34/2006, de 30 de octubre, sobre el acceso a la profesión de abogado y procurador de los tribunales, así como al ejercicio de la abogacía.

También se analizarán las consecuencias de considerar a los Colegios Profesionales y a los Consejos Generales y Autonómicos de Colegios como

¹ BOE del 10 de diciembre de 2013. Corrección de errores en BOE de 8 de abril de 2014.

² Por ejemplo es importante tener en cuenta el régimen de cooperación en la elaboración de proyectos normativos que puedan tener incidencia en la unidad de mercado (art. 14 de la LGUM) o los mecanismos adicionales de eliminación de obstáculos o barreras relacionados con la aplicación de la ley (art. 28). De gran importancia es asimismo la modificación de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, a cuyo Título V se añade un nuevo Capítulo IV (arts. 127 bis a 127 quater), que regula el procedimiento para la garantía de la unidad de mercado.

autoridades competentes a efectos de la LGUM y, en fin, los mecanismos adicionales de protección que dicha ley establece.

2. MARCO NORMATIVO APLICABLE

Las normas y preceptos que serán tenidos en cuenta en el presente Informe son los siguientes:

- Constitución Española (en adelante CE). Especialmente los artículos 24, 35, 36, 38, 119 y 139.
- Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado.
- 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.
- Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior
- Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales.
- Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita.
- Ley 34/2006, de 30 de octubre, sobre el acceso a las profesiones de Abogado y Procurador de los Tribunales.
- Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia.
- Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.
- 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, modificado por el Real Decreto 150/2014, de 7 de marzo.
- Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española.
- Proyecto de Estatuto General de la Abogacía Española, aprobado por el Pleno celebrado el 12 de junio de 2013
- Asimismo, se ha tenido en consideración el Dictamen del Consejo de Estado núm. 631/2013, sobre el anteproyecto de ley de garantía de la unidad de mercado.

3. CUESTIONES PREVIAS SOBRE LA LEY 20/2013, DE GARANTÍA DE LA UNIDAD DE MERCADO³

3.1. Objeto de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado

La Ley de Garantía de Unidad de Mercado debe enmarcarse, quizás como colofón, en el movimiento de liberalización de la economía emprendido en los últimos años. En gran parte esa liberalización viene impuesta por la UE a través de diferentes normas como la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (en adelante Directiva de Servicios)⁴. Pero no siempre, como es el caso de la Ley que ahora se anali-

³ Hay que decir que contra la Ley se han presentado los siguientes recursos de inconstitucionalidad, ninguno de los cuales ha sido resuelto en el momento de elaborar el presente Informe:

- Recurso de inconstitucionalidad número 1397-2014, promovido por el Parlamento de Cataluña, contra los artículos 14.2 y, por conexión, 23.2; 16; 17; 18 y, por conexión, 5 y disposición final segunda; 19; 20; 26.5; 27 en relación con la disposición final primera, apartado tres; apartado uno y, por conexión, dos de la disposición final tercera y disposición final cuarta (admitido a trámite por Providencia del Pleno del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 2014, *BOE* de 15 de abril de 2014).
- Recurso de inconstitucionalidad número 1411-2014, promovido por el Gobierno de Cataluña, contra los artículos 5, 6, 14.2, 16 a 20, 23, 26.5, 27, disposición adicional décima y disposiciones finales primera, segunda, tercera y cuarta (admitido a trámite por providencia del Pleno del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 2014, *BOE* de 15 de abril de 2014).
- Recurso de inconstitucionalidad número 1454-2014, promovido por el Consejo de Gobierno de Andalucía, contra los artículos 6; 14.2; 17, último inciso del párrafo primero y letras a) a d); 18.2, letras b) a f); 19; 20; 21.2 y 3; 23.2; 26; 27; disposición adicional décima y disposiciones finales primera, segunda y cuarta (admitido a trámite por providencia del Pleno del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 2014, *BOE* de 15 de abril de 2014)
- Recurso de inconstitucionalidad número 5437-2014, promovido por el Gobierno de Canarias, contra los artículos 6, 19 y 20 (admitido a trámite por Providencia del Pleno del Tribunal Constitucional de 29 de septiembre de 2014, *BOE* de 4 de octubre de 2014).

⁴ Durante el Consejo Europeo de Lisboa celebrado en marzo del año 2000, la Unión se marcó como objetivo fundamental convertirse en la economía del conocimiento más competitiva y dinámica del mundo, antes de 2010, capaz de un crecimiento económico duradero acompañado por una mejora cuantitativa y cualitativa del empleo y una mayor cohesión social. Uno de los puntos esencia-

za, que se refiere en exclusiva al mercado nacional. De hecho, cabe señalar que la postura adoptada por el Estado ante las normas comunitarias que exigen una mayor liberalización de la economía ha sido avanzar en la liberalización más de lo que la propia Unión Europea exigía⁵.

La LGUM parte de la idea de que “la unidad de mercado constituye un principio económico esencial para el funcionamiento competitivo de la economía española”⁶. En esta línea, debe destacarse, como acaba de ser apuntado, que estamos ante una norma que se dirige exclusivamente al mercado nacional⁷, es decir, que no trata de eliminar barreras que impidan o dificulten el acceso al mercado interior comunitario en aplicación de los artículos 49 y 56 (libertad de establecimiento y libre prestación de servicios, respectivamente) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea⁸. En este sentido, no se trata de una Ley que desarrolle norma comunitaria alguna⁹, sino que su anclaje se encuentra directamente en la Constitución (CE). En concreto, en su artículo 139, precepto que se cita tanto en el Preámbulo como en el artículo 1º de la LGUM, y cuyo texto merece la pena recordar:

les para alcanzar ese objetivo consistía en realizar reformas económicas para el logro de un mercado interior acabado y plenamente operativo, de tal forma que se eliminasesen obstáculos innecesarios que impidiesen la plena realización de las libertades esenciales de prestación de servicios y establecimiento en todo el territorio de la Unión. Fruto de esta estrategia es la Directiva de Servicios que viene a revolucionar los sistemas de intervención administrativa en todos los estados de la Unión.

⁵ En el Dictamen del Consejo de Estado 631/2013 se emite un voto particular en el que se dice que la LGUM crea un mercado interior español diferente al mercado interior europeo, con los riesgos que ello supone.

⁶ Primeras palabras de su Preámbulo.

⁷ El Preámbulo de la norma es muy claro en este sentido al indicar que “A diferencia del proceso de construcción del Mercado Interior de la Unión Europea que se ha desarrollado a lo largo de los últimos veinte años, esta norma pretende garantizar la unidad de mercado nacional español”. Sin embargo, en el Dictamen que el Consejo de Estado emitió sobre el anteproyecto de lo que luego fue la Ley (Dictamen 631/2013), se establece que el anclaje de esta norma se encuentra en la famosa Directiva de Servicios. El legislador español tuvo en cuenta dicha Directiva a la hora de elaborar la LGUM, pero desde luego, a la vista de lo que establece su Preámbulo, no estamos ante una norma de transposición o desarrollo de aquella.

⁸ Versión consolidada publicada en el *DOUE* de 30 de marzo de 2010, C 83/47

⁹ A ello se ha referido ya la Audiencia Nacional en sus Sentencias 1147 y 1148 de 2016, ambas de 31 de marzo de 2016 (Recursos 50/2015 y 396/2015, respectivamente).

Todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado.

Ninguna autoridad podrá adoptar medidas que directa o indirectamente obstaculicen la libertad de circulación y establecimiento de personas y la libre circulación de bienes en todo el territorio español.

Pero la Ley va más allá. Pues supone una liberalización del acceso a todas las actividades económicas, proscribiendo la intervención administrativa salvo que venga justificada en una norma con rango de Ley, por una razón imperiosa de interés general y sea, además, proporcionada a los fines que se pretenden alcanzar. En definitiva, la regla general es que el acceso a cualquier actividad económica o profesión es libre, salvo que exista algún tipo de restricción o limitación proporcionada y justificada en una razón imperiosa de interés general.

No estamos, por consiguiente, ante una nueva transposición de la Directiva de Servicios, ni de un nuevo avance de las correspondientes normas internas de desarrollo, entre las que destacan la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio y la 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. El objetivo de la LGUM es diferente, y mucho más ambicioso tal como se desprende de su artículo 1º:

Artículo 1. Objeto.

1. Esta Ley tiene por objeto establecer las disposiciones necesarias para hacer efectivo el principio de unidad de mercado en el territorio nacional. En particular, tiene por objeto garantizar la integridad del orden económico y facilitar el aprovechamiento de economías de escala y alcance del mercado mediante el libre acceso, ejercicio y la expansión de las actividades económicas en todo el territorio nacional garantizando su adecuada supervisión, de conformidad con los principios contenidos en el artículo 139 de la Constitución.

2. La unidad de mercado se fundamenta en la libre circulación y establecimiento de los operadores económicos, en la libre circulación de bienes y servicios por todo el territorio español, sin que ninguna autoridad pueda obstaculizarla directa o indirectamente, y en la igualdad de las condiciones básicas de ejercicio de la actividad económica.

3.2. Ámbito de aplicación de la LGUM

Una de las características más relevantes de la LGUM ha sido, precisamente, su amplio ámbito de aplicación.

Según lo dispuesto en su artículo 2, la Ley “será de aplicación al acceso a actividades económicas en condiciones de mercado y su ejercicio por parte de operadores legalmente establecidos en cualquier lugar del territorio nacional”.

No se prevé restricción o exclusión alguna a las actividades y operadores a los que se aplica. Debe decirse que la Ley define “actividad económica” como “cualquier actividad de carácter empresarial o profesional que suponga la ordenación por cuenta propia de los medios de producción, de los recursos humanos, o ambos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o en la prestación de servicios”. Por su parte considera “operador económico” “cualquier persona física o jurídica o entidad que realice una actividad económica en España”¹⁰

Esta pretensión de la Ley de abarcar a todas las actividades económicas puede resultar excesiva si se tiene en cuenta que no todos los sectores económicos tienen las mismas características ni requieren la misma regulación. Incluso dentro de los mismos sectores hay actividades económicas muy diferentes que exigen regulaciones específicas y diferenciadas. Esta afirmación resulta especialmente importante habida cuenta de que la LGUM se dirige, fundamentalmente, a eliminar las barreras y obstáculos¹¹ administrativos que se presentan en el acceso y ejercicio a las actividades económicas. Sin embargo, la norma no toma en consideración aquellas actividades donde la intervención administrativa resulta no solo necesaria, sino imprescindible para garantizar la defensa de otros bienes jurídicos igualmente relevantes y susceptibles de protección.

En lo que ahora interesa, la LGUM no excluye expresamente de su ámbito de aplicación el acceso a la profesión de abogado y su ejercicio. La duda que cabe plantear en este momento es si la Ley se aplica a esos ámbitos o, por el contrario, tal y como ocurre con la Directiva de Servicios y sus normas de desarrollo, quedan excluidos¹². La pregunta tiene pleno sentido ya que la LGUM tiene un carácter mucho más amplio y ambicioso tal y como ya se ha dejado apuntado. Y es que, como su propio nombre indica, mientras que la Directiva de Servicios se aplica en exclusiva al sector terciario, exceptuando no obstante muchas actividades económicas que podrían

¹⁰ Ambas definiciones se encuentran recogidas en el Anexo de la Ley.

¹¹ Con estos términos se refiere el Preámbulo de la Ley a los instrumentos de intervención administrativa. Véase el punto I del citado Preámbulo, párrafo 12º.

¹² La Directiva de Servicios excluye las actividades de abogacía del ámbito de aplicación de la libre prestación de servicios. El artículo 17.4 establece que no se aplicará a las materias a las que se refiere 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, cuyo artículo 1.1 dispone que “La presente Directiva se aplicará, dentro de los límites y condiciones por ella previstos, a las actividades de abogacía ejercidas en concepto de prestación de servicios”.

encuadrarse dentro de este sector de la economía¹³, la LGUM extiende su aplicación a todas las actividades económicas, sin diferenciar el sector de que se traten y sin realizar excepción alguna¹⁴, y a todos los operadores legalmente establecidos.

La respuesta no es fácil y no puede ser simplificada. En este sentido es importante diferenciar claramente entre el ejercicio de la abogacía en cuanto actividad económica ejercida por profesionales que velan por la defensa de los derechos e intereses de sus respectivos clientes en régimen de competencia, y la prestación de servicios tales como el de asistencia jurídica gratuita.

En el primer caso, ya el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su conocida Sentencia de 19 de febrero de 2002, *Wouters y otros*, asunto C-309/99, afirmó:

47. ... es reiterada jurisprudencia que constituye una actividad económica cualquier actividad consistente en ofrecer bienes o servicios en un determinado mercado (véanse, en particular, las sentencias de 16 de junio de 1987, Comisión/Italia, 118/85, Rec. p. 2599, apartado 7, y de 18 de junio de 1998, Comisión/Italia, C-35/96, Rec. p. I-3851, apartado 36).

48. Los abogados ofrecen, a cambio de una retribución, servicios de asistencia jurídica consistentes en la elaboración de informes, redacción de contratos o de otros actos así como la representación y la defensa ante los órganos jurisdiccionales. Además, asumen los riesgos económicos derivados del ejercicio de dichas actividades, ya que, en caso de desequilibrio entre gastos e ingresos, son los propios abogados quienes han de soportar las pérdidas.

49. Por consiguiente, los abogados colegiados ... ejercen una actividad económica y constituyen por tanto empresas ..., sin que esta conclusión quede desvirtuada por la complejidad y el carácter técnico de los servicios que prestan ni por el hecho de que el ejercicio de su profesión esté regulado...

Sin embargo, en el segundo caso, en el del servicio de asistencia jurídica gratuita, es más que cuestionable que podamos hablar de “actividad económica” sin más y que podamos considerar que los abogados actúan en cuanto “operadores económicos”. Sobre ello se volverá más adelante en el presente Informe.

¹³ Así, los artículos 1, 2 y 16 excluyen, entre otros: servicios económicos de interés general, servicios financieros, servicios de empresas de trabajo temporal, transporte, servicios sanitarios, seguridad privada.

¹⁴ El Dictamen 631/2013 del Consejo de Estado también se refiere a esta circunstancia al señalar que “esta Ley pretende hacer extensivo un determinado modelo de regulación a todas las actividades económicas (es decir también a actividades fuera del ámbito de las Directivas europeas, en concreto fuera de la Directiva de servicios)”.

3.3. Principios de la garantía de la libertad de establecimiento y la libertad de circulación. Remisión

Para conseguir sus objetivos la ley fija los principios de la garantía de la libertad de establecimiento y la libertad de circulación en los artículos 3 a 9:

- Principio de no discriminación.
- Principio de cooperación y confianza mutua
- Principio de necesidad y proporcionalidad de las actuaciones de las autoridades competentes.
- Principio de eficacia de las actuaciones de las autoridades competentes en todo el territorio nacional.
- Principio de simplificación de cargas.
- Principio de transparencia.
- Garantía de las libertades de los operadores económicos.

A algunos de ellos se hace referencia en el presente Informe. Nos remitimos ahora a lo que más adelante se indica.

3.4. Garantías al libre establecimiento y circulación. Posibles limitaciones

La LGUM implica una verdadera liberalización de las actividades económicas, cuyo acceso y ejercicio será libre en todo el territorio nacional sin más limitaciones que las establecidas en la propia Ley, tal y como establece el artículo 16:

“El acceso a las actividades económicas y su ejercicio será libre en todo el territorio nacional y sólo podrá limitarse conforme a lo establecido en esta Ley y a lo dispuesto en la normativa de la Unión Europea o en tratados y convenios internacionales”.

La regla general, pues, admite limitaciones, que han de someterse a rigurosas condiciones tal como prevé el artículo 17, según el cual cabe establecer la exigencia de la obtención de una autorización o de la presentación de una declaración responsable o comunicación. En lo que ahora interesa nos referimos al primer supuesto: exigencia de autorización previa. Según el artículo 17.1:

1. Se podrá establecer la exigencia de una autorización siempre que concurran los principios de necesidad y proporcionalidad, que habrán de motivarse suficientemente en la Ley que establezca dicho régimen. Cuando el régimen de autorización se

exija por norma comunitaria o tratado internacional las autorizaciones podrán estar previstas en una norma de rango inferior a la Ley. Se considerará que concurren los principios de necesidad y proporcionalidad para la exigencia de una autorización:

a) Respecto a los operadores económicos, cuando esté justificado por razones de orden público, seguridad pública, salud pública o protección del medio ambiente en el lugar concreto donde se realiza la actividad, y estas razones no puedan salvaguardarse mediante la presentación de una declaración responsable o de una comunicación¹⁵.

El artículo 17 de la LGUM admite, pues, que por ley, y siempre que concurren los principios de necesidad y proporcionalidad podrá establecerse la exigencia de autorización para el acceso a las actividades económicas y/o su ejercicio. Según el artículo 5 de la Ley, tales principios se reconducen a la “salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general de entre las comprendidas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio”. Luego nos referiremos a ello.

Por otro lado, y según el mismo artículo 5, las autoridades competentes, entre las que se encuentran los Colegios de abogados, así como el Consejo General de la Abogacía y los Consejos Autonómicos¹⁶, podrán establecer, en el ejercicio de sus respectivas competencias, límites al acceso a una actividad económica o su ejercicio, o exigir el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad. En este caso, por un lado, deberán motivar su necesidad en la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general; por otro, “cualquier límite o requisito establecido..., deberá ser proporcionado a la razón imperiosa de interés general invocada, y habrá de ser tal que no exista otro medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad económica” (art. 5.2 de la LGUM). Es decir, el uso de autorizaciones (así como de declaraciones responsables y comunicaciones) como

¹⁵ Los supuestos previstos en los apartados *b), c) y d)* no son de interés a efectos de este Informe, pues se refieren a los supuestos de instalaciones o infraestructuras críticas, escasez de recursos naturales, o disposición de normativa europea o tratados internacionales con especial referencia al principio de precaución.

¹⁶ Se debe tener en cuenta que la LGUM va dirigida fundamentalmente a todas las administraciones públicas con competencia para el control de acceso a las actividades económicas. El Anexo de la LGUM incluye la siguiente definición de “autoridad competente”: “cualquier organismo o entidad que lleve a cabo la regulación, ordenación o control de las actividades económicas, o cuya actuación afecte al acceso a una actividad económica o a su ejercicio y, en particular, las autoridades administrativas estatales, autonómicas o locales y los colegios profesionales y, en su caso, consejos generales y autonómicos de colegios profesionales”.

medios de control administrativo queda limitado a aquellos supuestos en los que esté justificado por una razón imperiosa de interés general¹⁷, y se cumplan los demás requisitos previstos en el artículo 17¹⁸. Por “autorización, licencia o habilitación” se entiende “cualquier acto expreso o tácito de la autoridad competente que se exija a un operador económico con carácter previo para el acceso a una actividad económico su ejercicio”, tal como se recoge en el Anexo de definiciones de la Ley.

La utilización de medios de control administrativo como los anteriormente citados habilitará para ejercer la actividad económica de que se trate en todo el territorio nacional, sin que las autoridades autonómicas o locales puedan establecer otras autorizaciones, comunicaciones o declaraciones responsables. Así se desprende del artículo 6 de la Ley:

Principio de eficacia de las actuaciones de las autoridades competentes en todo el territorio nacional. Los actos, disposiciones y medios de intervención de las autoridades competentes relacionados con el libre acceso y ejercicio de la actividad económica tendrán eficacia en todo el territorio nacional, de acuerdo con lo establecido en el Capítulo V de esta Ley.

Y así se desarrolla con detalle, en efecto, en el Capítulo V (arts. 19 y 20¹⁹), al que luego se hará referencia.

Se trata, en definitiva, de una manifestación del principio de “lugar de origen” que permite a los operadores económicos ejercer en cualquier parte del territorio nacional sin necesidad de realizar ningún trámite adicional o el cumplimiento de nuevos requisitos

Teniendo en cuenta lo anterior, y como ya se ha indicado, se analiza en primer lugar cómo afecta la LGUM a la regulación del acceso a la profe-

¹⁷ En relación al concepto de razón imperiosa de interés general, se debe señalar que ha sufrido una progresiva limitación desde su mención en la Directiva de Servicios hasta su utilización en la Ley ahora analizada. Más adelante nos referiremos a ello. Ahora cabe señalar que mientras que en la norma comunitaria se trata como concepto abierto, es decir, susceptible de ser interpretado en función de las diferentes circunstancias (véase, en este sentido, el artículo 4.8), en las leyes de transposición de la mencionada Directiva, así como en la LGUM, se considera como un concepto cerrado.

¹⁸ Dicho precepto, que regula la instrumentación del principio de necesidad y proporcionalidad, fija los requisitos que son necesarios para, según los casos, establecer la exigencia de una autorización, exigir la presentación de una declaración responsable o de una comunicación.

¹⁹ El artículo 19 se refiere a la libre iniciativa económica en todo el territorio nacional y el artículo 20 a la eficacia en todo el territorio nacional de las actuaciones administrativas.

sión de abogado que realiza la Ley 34/2006, de 30 de octubre, que como es sabido exige la realización de unos cursos de formación, unas prácticas externas y la correspondiente evaluación para el acceso al correspondiente Colegio Profesional, y al ejercicio de la abogacía. Posteriormente se analiza el impacto de la Ley en el ejercicio de la abogacía y, por último, las consecuencias derivadas de la consideración que tienen los Colegios y Consejos como autoridades competentes a efectos de la Ley y los mecanismos alternativos de protección que la misma regula.

4. EL IMPACTO DE LA LGUM SOBRE EL ACCESO A LA PROFESIÓN DE ABOGADO

4.1. *Reconocimiento de la libre iniciativa económica*

Como se ha señalado más atrás, el artículo 16 de la LGUM dispone que el acceso a las actividades económicas y su ejercicio será libre en todo el territorio nacional y solo podrá limitarse conforme a lo establecido en dicha Ley, las normas comunitarias o los tratados internacionales.

Es decir, la regla general es que no podrá haber intervención administrativa alguna que limite el acceso a las actividades económicas y su ejercicio. Si acaso, como excepciones a esa regla general, los mecanismos de intervención administrativa que se prevén en la propia Ley, en su artículo 17, al que ya nos hemos referido más atrás, y siempre que se cumplan los principios de necesidad y proporcionalidad.

En este sentido, cabe señalar que estamos ante uno de los reconocimientos más extensos de la libertad de empresa (artículo 38 de la CE) desde que se aprobó la vigente Norma Fundamental. No se trata ya de que los límites a esta libertad tengan que venir recogidos en una norma con rango de ley que respete su contenido esencial, algo que deriva del propio artículo 53.1 de la Constitución y que lógicamente hay que respetar. Sino que es un mandato al propio legislador indicándole en qué casos tasados, y en qué condiciones, puede limitar esa libertad. Fuera de esos supuestos señalados en la propia LGUM estaremos ante restricciones indebidas de la libertad de empresa no amparadas, por consiguiente, por el ordenamiento jurídico²⁰.

²⁰ Sin perjuicio de lo que en su caso pueda establecer otra ley del Estado. Las Comunidades Autónomas están vinculadas por lo que dispone la LGUM dado su carácter

4.2. *El concepto de razón imperiosa de interés general y el principio de necesidad*

En relación a este concepto, el de razón imperiosa de interés general, gira gran parte del entramado de intervención administrativa establecido en la LGUM.

Ha de decirse que este concepto ha sufrido una evolución importante (o quizás sea más pertinente hablar de involución), desde que aparece en la Directiva de Servicios en el año 2006. Y es que son muchas las diferencias que existen entre el concepto tal y como se entiende desde la UE, a como lo ha venido entendiendo el legislador español.

En primer lugar, la existencia de una razón imperiosa de interés general justifica, en cumplimiento del principio de necesidad, que la administración pública competente pueda imponer la autorización como instrumento de control previo para el acceso a una de las actividades económicas de servicios establecidas en la propia Directiva (es decir, no se aplica, como es lógico, a los servicios excluidos por la propia norma). En otras palabras, las autoridades competentes solo podrán utilizar las autorizaciones (como controles previos), cuando haya una razón imperiosa de interés general que lo justifique y lo haga, por consiguiente, necesario. Sin la existencia de una razón imperiosa de interés general, las autoridades deberán utilizar los denominados controles posteriores (declaraciones responsables y comunicaciones previas). Así se establece también en la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, que, como es sabido, se trata de la norma de transposición en nuestro país de la citada Directiva²¹.

ter básico (vid. la disposición final cuarta de la propia Ley 20/2013), y a la espera de lo que pueda disponer el Tribunal Constitucional en el marco de los recursos a que se refiere la nota 3 del presente Informe.

²¹ Se desprende del Capítulo II de la Ley. Como se indica en su Exposición de Motivos: “Los regímenes de autorización son uno de los trámites más comúnmente aplicados a los prestadores de servicios, constituyendo una restricción a la libertad de establecimiento. La Ley establece un principio general según el cual el acceso a una actividad de servicios y su ejercicio no estarán sujetos a un régimen de autorización. Únicamente podrán mantenerse regímenes de autorización previa cuando no sean discriminatorios, estén justificados por una razón imperiosa de interés general y sean proporcionados. En particular, se considerará que no está justificada una autorización cuando sea suficiente una comunicación o una declaración responsable del prestador, para facilitar, si es necesario, el control de la actividad”.

Sin embargo, la LGUM establece una configuración distinta del alcance de la concurrencia de una razón imperiosa de interés general. Ya no estamos ante una circunstancia que justifica la intervención administrativa previa en detrimento de los controles posteriores, sino que viene a permitir, directamente, el control administrativo. Sin la concurrencia de una razón imperiosa de interés general, las administraciones públicas no pueden intervenir limitando el acceso a las actividades económicas, ni con autorizaciones previas, ni con la exigencia de presentación de declaraciones responsables o comunicaciones previas. La razón imperiosa de interés general se convierte así en presupuesto previo de la intervención administrativa, del tipo que sea, previa o posterior. Así se establece en el artículo 5 de la LGUM²², en relación con el artículo 17 de la misma, que ya conocemos.

Dicho lo anterior, resulta como es obvio relevante determinar qué se entiende por razón imperiosa de interés general. Y aquí encontramos otra de las diferencias esenciales entre el concepto según viene definido por el Derecho de la UE, y según lo ha entendido el legislador español.

Según el Derecho comunitario (artículo 4.8 de la Directiva de Servicios), la razón imperiosa de interés general es: “razón reconocida como tal en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, *incluidas las siguientes* (el resaltado es nuestro): el orden público, la seguridad pública, la protección civil, la salud pública, la preservación del equilibrio financiero del régimen de seguridad social, la protección de los consumidores, de los destinatarios de servicios y de los trabajadores, las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales, la lucha contra el fraude, la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la sanidad animal, la propiedad intelectual e industrial, la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional y los objetivos de la política social y cultural”. Es decir, estamos ante un con-

²² El artículo 5º dispone:

Principio de necesidad y proporcionalidad de las actuaciones de las autoridades competentes.

1. *Las autoridades competentes que en el ejercicio de sus respectivas competencias establezcan límites al acceso a una actividad económica o su ejercicio de conformidad con lo previsto en el artículo 17 de esta Ley o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, motivarán su necesidad en la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general de entre las comprendidas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.*
2. *Cualquier límite o requisito establecido conforme al apartado anterior, deberá ser proporcionado a la razón imperiosa de interés general invocada, y habrá de ser tal que no exista otro medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad económica.*

cepto abierto, susceptible de evolución en función de la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo.

Sin embargo, el legislador nacional asume un concepto de razón imperiosa de interés general más restrictivo. En efecto el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre (al que se remite, como sabemos, el art. 5.1 de la LGUM) la define como: “razón definida e interpretada (*sic*) la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, *limitadas las siguientes* (*sic*. El subrayado también es nuestro): el orden público, la seguridad pública, la protección civil, la salud pública, la preservación del equilibrio financiero del régimen de seguridad social, la protección de los derechos, la seguridad y la salud de los consumidores, de los destinatarios de servicios y de los trabajadores, las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales, la lucha contra el fraude, la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la sanidad animal, la propiedad intelectual e industrial, la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional y los objetivos de la política social y cultural”. Se puede observar claramente cómo el legislador español, al llevar a cabo la transposición de la norma comunitaria, convierte en cerrado un concepto que, en principio, era abierto.

Sea como fuere, lo que ahora nos interesa resaltar es que tanto en la Directiva de Servicios como en la Ley 17/2009 (y en consecuencia en la LGUM) el orden público y la protección de los derechos²³ son circunstancia que permiten la adopción de limitaciones (en particular en forma de autorización) al libre acceso a las actividades económicas y a su ejercicio.

4.3. Sobre el principio de proporcionalidad

Pero la LGUM no solo exige la existencia de una razón imperiosa de interés general que justifique la intervención o limitación administrativa correspondiente, sino que además obliga a que ésta sea proporcionada con los fines que se persiguen. En estos términos se pronuncia el artículo 5.2 de la Ley que, como también ha quedado ya apuntado, exige que cualquier límite o requisito debe ser proporcionado a la razón imperiosa de interés general invocada, de manera que no exista otro medio menos restrictivo o distorsionador de la actividad económica, en cuyo caso habrá de utilizarse.

²³ Con carácter general en la Ley 17/2009 y en la LGUM. Más limitado a los derechos de los consumidores, de los destinatarios de los servicios y de los trabajadores en la Directiva (cuya cláusula, no lo olvidemos, es abierta).

Es decir, solo podrán utilizarse autorizaciones previas cuando los medios de control posterior, esto es, los basados en declaraciones responsables o comunicaciones previas, no sean suficientes para la salvaguarda de la correspondiente razón imperiosa de interés general. De modo y manera que la autorización previa se convierte en un medio de intervención administrativa excepcional, ya que solo podrá utilizarse en los supuestos del artículo 17.1 de la LGUM.

Y si es legítimo exigir una autorización previa, habrán de evitarse duplicidades. En otras palabras, si ha de utilizarse una autorización previa porque existe una razón imperiosa de interés general que lo justifica, y no existen medios menos restrictivos que cumplan la misma función, esa autorización debería ser única, de manera que no existan varias autorizaciones o controles previos sucesivos para la misma actividad económica.

4.4. Relación entre la LGUM, la Ley 34/2006, de 30 de octubre, de acceso a la profesión de abogado y procurador de los tribunales y la Ley 2/1974, de Colegios Profesionales. Cumplimiento de los principios de necesidad y proporcionalidad del artículo 17 de la LGUM

Tal y como se ha señalado más arriba, mientras que la Directiva de Servicios y sus normas de transposición en nuestro país excluyen expresamente su aplicación al acceso y ejercicio de la profesión de abogado (y, por tanto, todo el régimen de intervención administrativa), la LGUM no hace lo mismo por lo que, en principio, se debe analizar si esta puede afectar al acceso a la abogacía.

En este sentido, cabe recordar que la LGUM es una Ley general referida a cualquier actividad económica sin distinción. Sin embargo la actividad de abogado, siendo una actividad económica es, además, una profesión titulada²⁴ que exige previa colegiación, por lo que existen otras normas especiales que también se aplican. Así, la Ley 34/2006, de 30 de octubre, sobre el acceso a las profesiones de Abogado y Procurador de los Tribunales y la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales.

²⁴ Profesión titulada implica, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional que para su ejercicio se exige estar en posesión del correspondiente título académico de estudios superiores que habilita para el ejercicio de la profesión y, además, la ratificación de dichos estudios mediante la consecución del oportuno certificado o licencia. En este sentido, véanse entre otras las sentencias 83/1984, 122,1989, 111/1993 o 330/1994.

No obstante lo anterior, resulta oportuno analizar en qué medida la LGUM puede afectar a los controles previos establecidos para garantizar un adecuado acceso a la actividad de abogado. Para ello habrá que comprobar si dichos controles previos vienen justificados por una razón imperiosa de interés general y, por consiguiente, se ajustan al principio de necesidad.

Por otro lado, también es conveniente comprobar si los mencionados controles administrativos cumplen el principio de proporcionalidad, es decir, si son adecuados a los fines que se pretenden alcanzar y no existen otros medios menos restrictivos o intervencionistas.

No se debe olvidar, en esta línea, que la LGUM se aplica a todas las actividades económicas y sus mandatos se dirigen a todas las Administraciones públicas y autoridades que lleven a cabo algún tipo de intervención en aquellas.

Es más, el artículo 15 de la LGUM establece la obligación de llevar a cabo evaluaciones normativas periódicas para analizar los posibles obstáculos a la unidad de mercado que puedan producirse en sectores económicos determinados²⁵. La idea, por consiguiente, es ir eliminando los controles administrativos, previos o posteriores, que no cumplan los principios establecidos en la LGUM. Toda la Ley gira en torno a esta idea y se establecen diferentes procedimientos tendentes a la consecución de este objetivo.

Dicho lo anterior, si procedemos al análisis de la Ley 34/2006, de 30 de octubre, encontramos que los controles previos de acceso a la profesión de abogado vienen justificados por una razón imperiosa de interés general de las mencionadas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, al que se remite el 5.1 de la LGUM: la protección de los derechos: “La regulación del régimen de acceso a la profesión de abogado en España es una exigencia derivada

²⁵ El texto del artículo 15 es el siguiente:

“1. Todas las autoridades competentes evaluarán periódicamente su normativa al objeto de valorar el impacto de la misma en la unidad de mercado.

2. Sin perjuicio de la evaluación establecida en el apartado anterior, las conferencias sectoriales impulsarán la evaluación periódica en las materias de su competencia, así como los cambios normativos que puedan proceder, en el marco de lo establecido en el artículo 12 de esta Ley.

A tal efecto, las conferencias sectoriales concretarán, con periodicidad anual, el programa de evaluación que se considera prioritario para el período.

3. Asimismo, el Consejo para la Unidad de Mercado podrá impulsar la evaluación del marco jurídico vigente en un sector económico determinado, cuando se hayan detectado obstáculos a la unidad de mercado, conforme a lo establecido en el artículo 10 de esta Ley”.

de los artículos 17.3 y 24 de la Constitución: estos profesionales son colaboradores fundamentales en la impartición de justicia, y la calidad del servicio que prestan redonda directamente en la tutela judicial efectiva que nuestra Constitución garantiza a la ciudadanía” (Exposición de Motivos, punto I párrafo primero de la Ley 34/2006). Por consiguiente el objetivo de la Ley —que se dicta por el Estado utilizando los títulos competenciales del artículo 149.1. 1º, 6º y 30º, según se establece en su Disposición Final Primera²⁶—, es garantizar “el acceso de los ciudadanos a un asesoramiento, defensa jurídica y representación técnica de calidad” (artículo 1.1 de la Ley). Es decir, se ven implicados tanto el derecho a la tutela judicial efectiva como el derecho de defensa, ambos reconocidos en el artículo 24 de la Constitución como derechos fundamentales de los de más alto rango. Asimismo, podemos interpretar, sin demasiado esfuerzo, que existe una razón de orden público que justifica la necesidad de establecer una intervención administrativa previa para el acceso y ejercicio de estas profesiones, tal como se desprende del artículo 17.1.a) de la LGUM. De modo que razones de interés general y orden público justifican el establecimiento de requisitos previos al acceso a la abogacía.

Pero, una vez dilucidada esta cuestión, cabe plantearse otra diferente: ¿Son adecuados al principio de proporcionalidad los controles previos establecidos para obtener el título profesional de abogado?

Con carácter previo no parece inoportuno recordar que la STC 170/2014, de 23 de octubre de 2014 advierte que debe distinguirse entre los títulos académicos y los títulos profesionales y que nada impide exigir una “formación complementaria que acredite la capacitación para ejercer la profesión para cuyo ejercicio habilita el título”, en nuestro caso la profesión de abogado.

Para obtener dicho título se requiere, en primer lugar, y de acuerdo con lo previsto en los artículos 3 y siguientes de la Ley 34/2006 y su Reglamento

²⁶ Cataluña planteó un conflicto de competencias contra varios artículos de la Ley 34/2006, de 30 de octubre, por considerar que se vulneraban algunas de sus competencias estatutarias. El Tribunal Constitucional, en su sentencia 170/2014, de 23 de octubre, estimó sus pretensiones solo en lo que se refiere a la expedición de los títulos por el Ministerio de Justicia, declarando la inconstitucionalidad del artículo 2.3 de la Ley con el alcance previsto en su Fundamento Jurídico 10. Sin embargo mantiene la constitucionalidad del resto de preceptos de la Ley y, por consiguiente, ratifica la competencia del Estado para la regulación de esta materia. No obstante lo anterior, hubo votos particulares de tres Magistrados.

de desarrollo aprobado por Real Decreto 775/2011, de 3 de junio²⁷, la obtención de la capacitación profesional a través de los correspondientes cursos (Máster de acceso a la abogacía), la realización de las correspondientes prácticas externas (artículo 6 de la Ley) y, por último, la correspondiente evaluación de la aptitud profesional que consiste en una prueba escrita. Todo ello constituye un límite previo de acceso al ejercicio de la profesión de abogado que está justificado en una razón imperiosa de interés general y de orden público, como ya se ha indicado más arriba, por lo que, en principio, cumpliría con los requisitos previstos en el artículo 17.1 de la LGUM.

Pero una vez superado todo el proceso, el futuro abogado debe todavía someterse a otro requisito previo como es el de la colegiación obligatoria en el correspondiente colegio profesional en los términos previstos en el artículo 3 de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios profesionales²⁸:

1. *Quien ostente la titulación requerida y reúna las condiciones señaladas estatutariamente tendrá derecho a ser admitido en el Colegio Profesional que corresponda.*
 2. *Será requisito indispensable para el ejercicio de las profesiones hallarse incorporado al Colegio Profesional correspondiente cuando así lo establezca una ley estatal. La cuota de inscripción o colegiación no podrá superar en ningún caso los costes asociados a la tramitación de la inscripción. Los Colegios dispondrán los medios necesarios para que los solicitantes puedan tramitar su colegiación por vía telemática, de acuerdo con lo previsto en el artículo 10 de esta Ley.*
 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*

²⁷ También se cuestionó que este Reglamento fuese conforme a la distribución de competencias establecido en la Constitución. No obstante, el Tribunal Constitucional desestimó todas las pretensiones de la Generalitat de Cataluña mediante la sentencia 193/2014, de 20 de noviembre.

²⁸ El citado artículo ha sido modificado en varias ocasiones. En particular, por la 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.

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.

4. En el caso de desplazamiento temporal de un profesional de otro Estado miembro de la Unión Europea, se estará a lo dispuesto en la normativa vigente en aplicación del Derecho comunitario relativa al reconocimiento de cualificaciones.

Respecto a la necesaria colegiación para el acceso a la profesión de abogado y como límite previo para su ejercicio, cabe indicar que es un requisito que deriva de la propia Constitución (artículo 36), y que ha sido avalado, en reiteradas ocasiones, por el propio Tribunal Constitucional. En este sentido, se puede citar como ejemplo la Sentencia 89/1989, de 11 de mayo, en cuyo Fundamento Jurídico 8 establece:

“La colegiación obligatoria, como requisito exigido por la Ley para el ejercicio de la profesión, no constituye una vulneración del principio y derecho de libertad asociativa, activa o pasiva, ni tampoco un obstáculo para la elección profesional (art. 35 C.E.), dada la habilitación concedida al legislador por el art. 36. Pudo, por tanto, dicho legislador establecerla lícitamente, en razón a los intereses públicos vinculados al ejercicio de determinadas profesiones, como pudo no hacerlo si la configuración, esencia y fines de los Colegios fueran otros, acomodando requisitos y fines, estructura y exigencia garantizadoras, de acuerdo con el art. 36, y, por lo demás, con la naturaleza de los Colegios”.

Se parte de la base, por tanto, de que la exigencia de colegiación obligatoria, como requisito para el acceso a la profesión de abogado, es una limitación acorde a nuestra Norma Fundamental.

En este sentido, es el propio Tribunal Constitucional quien se encarga de configurar a los Colegios profesionales de adscripción obligatoria como elementos esenciales dentro de nuestro Estado social y democrático al señalar, en el Fundamento Jurídico 9 de la ya mencionada Sentencia 89/1989, que:

“Justamente lo que hace la C.E. es no sólo constitucionalizar los Colegios, sino atemperarlos a los principios del Estado social y democrático, integrándolos en él, y permitiendo —con la mediación del legislador— esa otra forma de actuación social y colectiva compatible con la estatal y sus diversos poderes y funciones.

Si se parte, pues, como ha de partirse según los anteriores fundamentos, de la específica naturaleza y plurales fines de los Colegios, es evidente que la colegiación obligatoria es perfectamente compatible con la exigencia democrática que la C.E. impone como requisito expreso, ya que esta exigencia constituye en sí misma un contrapeso, una compensación del deber del titulado de inscribirse y a la vez una garantía de que esa obligatoriedad estará sujeta al control democrático de los mismos colegiados”.

En definitiva, antes de poder desempeñar la actividad profesional de abogado el interesado debe superar dos controles previos (o autorizaciones), que le permitan, posteriormente, ejercer esta actividad económica. Es importante resaltar que no estamos ante un solo requisito, como acabamos de indicar, sino que son dos requisitos previos al acceso y sucesivos: el exigido por la Ley 34/2006, de 30 de octubre y, posteriormente, la necesaria colegiación en el correspondiente colegio de abogados, en los términos de la Ley 2/1974, de 13 de febrero.

Si seguimos estrictamente el criterio establecido en la LGUM, podría plantearse, por vía de hipótesis, la duda de si estamos ante un exceso de cargas administrativas para quienes pretenden acceder a esta actividad. El apartado 4 del artículo 17 de la Ley es meridiano en este sentido: *“Las autoridades competentes velarán por minimizar las cargas administrativas soportadas por los operadores económicos, de manera que una vez aplicado el principio de necesidad y proporcionalidad de acuerdo con los apartados anteriores, elegirán un único medio de intervención, bien sea la presentación de una comunicación, de una declaración responsable o la solicitud de una autorización”*.

Como ya hemos señalado en varias ocasiones, existe una razón de orden público y una razón imperiosa de interés general que justifican la utilización de la autorización previa como límite de acceso a la actividad económica de abogado, en los términos previstos en el artículo 17.1 de la LGUM. Ya nos hemos referido a ella más arriba: garantía de una tutela judicial efectiva de calidad a todos los ciudadanos y el imprescindible derecho de defensa. En este sentido, no cabe duda de que los medios de control posterior (en base a declaraciones responsables y comunicaciones previas), no serían suficientes para garantizar la defensa de esa razón imperiosa de interés general.

Sin embargo, desde la perspectiva del principio de proporcionalidad, podrían plantearse algunas dudas sobre si el sistema de acceso a la profesión de abogado planteado en la Ley 34/2006, de 30 de octubre, más la necesaria colegiación posterior, es acorde al espíritu de la LGUM. Dudas que, ya lo adelantamos, no tienen justificación alguna.

En efecto, a la vista de las peculiaridades de la profesión de abogado —las razones imperiosas de interés general que justifican la intervención administrativa en esta actividad (garantía de la tutela judicial efectiva y del derecho de defensa) a través del límite previsto en la Ley 34/2006, y la naturaleza jurídica de la colegiación obligatoria a la que más arriba nos hemos referido—, es perfectamente lógico considerar justificada la exis-

tencia de estos dos requisitos previos y sucesivos como límites de acceso a esta concreta actividad económica.

Se trata, por consiguiente, de considerar a la profesión de abogado no como una actividad económica más (no estamos ante una actividad industrial o comercial cualquiera), sino como una profesión titulada específica, con características propias que exigen un tratamiento legislativo específico. Ello sin perjuicio de que ambas medidas no son simplemente acordadas por “las autoridades competentes” sino que vienen establecidas expresamente por sendas leyes y tienen incluso un enganche constitucional derivado de los artículos 17.3, 24 y 36 de la Constitución.

Las anteriores consideraciones llevan necesariamente a la conclusión de que el actual modelo de acceso a la abogacía, basado en los controles previos regulados en la Ley 34/2006 y en la colegiación obligatoria exigida por la Ley 2/1974, es acorde a la LGUM.

5. EL IMPACTO DE LA LGUM SOBRE EL EJERCICIO DE LA PROFESIÓN DE ABOGADO. EFICACIA NACIONAL DE LOS CONTROLES ADMINISTRATIVOS

Otra de las cuestiones a las que se refiere la LGUM es la relativa a la eficacia de las autorizaciones administrativas y controles previos en todo el territorio nacional. El artículo 6 de la LGUM establece en efecto el “Principio de eficacia de las actuaciones de las autoridades competentes en todo el territorio nacional”. Principio que desarrolla el Capítulo V de la Ley, artículos 19 y 20. Esto implica que en principio, si a un operador económico se le permite el acceso a una actividad en una comunidad autónoma o entidad local determinada (en la que está establecido), podrá ejercer dicha actividad económica en todo el territorio nacional sin restricciones de ningún tipo. Incluso si en el lugar de origen no se establece limitación administrativa alguna y la regulación de la Comunidad Autónoma o entidad local donde pretende ejercer su actividad sí que prevé limitaciones y controles administrativos.

Pues bien, el legislador español ha incluido esta previsión en la LGUM, no para los operadores económicos de los diferentes Estados miembros de la Unión Europea, pues como se dijo al inicio de este Informe, esta es una regulación exclusivamente nacional; pero sí para los diferentes territorios que componen el Estado español. A nivel nacional dicha previsión parece tener más sentido, sobre todo a la luz de lo previsto en el artículo 139.2

de la CE, que impide a cualquier autoridad adoptar medidas que directa o indirectamente obstaculicen la libertad de circulación y establecimiento de las personas y la libre circulación de bienes en todo el territorio español.

5.1. Sobre la habilitación nacional para el ejercicio de la profesión de abogado

Es el Estado quien regula el requisito previo de acceso a la profesión de abogado (mediante la Ley 34/2006) y la necesaria colegiación en los correspondientes colegios (art. 3 de la Ley 2/1974). Como ya se ha advertido en este Informe, una vez superado el requisito previsto en la Ley 34/2006 y verificada la colegiación en alguno de los colegios de abogados existentes, se permitirá ejercer la profesión en cualquier parte del territorio nacional sin limitación adicional alguna.

En estos mismos términos se pronuncia el artículo 11 del Estatuto General de la Abogacía Española, aprobado por Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, al manifestar que:

“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 (el resaltado es nuestro)”.

Por consiguiente, una vez obtenido el correspondiente título profesional de abogado, y realizada la colegiación en el correspondiente colegio de abogados, se permitirá el ejercicio como tal en cualquier parte del territorio español, sin que se puedan exigir requisitos adicionales. En este sentido la regulación actual establecida en la Ley 34/2006, de 30 de octubre, así como en su reglamento de desarrollo (aprobado por Real Decreto 775/2011), y en el Estatuto General de la Abogacía, es plenamente acorde a las previsiones establecidas en la LGUM. Del mismo modo, la regulación del artículo 3 de la Ley de Colegios Profesionales no resulta afectada por la LGUM, pues si bien la colegiación es territorial, tiene eficacia en todo el territorio nacional, por lo que el modelo es acorde al artículo 6 y al Capítulo V de la Ley 20/2013. En efecto, el artículo 3.3 de la Ley de Colegios Profesionales dispone, como ya se ha señalado, que *“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”*. Lo que está en línea con lo que impone el artículo 19.1 de la LGUM según el cual *“Desde el momento en que un operador económico esté legalmente establecido en un lugar del territorio español podrá ejercer su actividad económica en todo el*

territorio, mediante establecimiento físico o sin él, siempre que cumpla los requisitos de acceso a la actividad del lugar de origen, incluso cuando la actividad económica no esté sometida a requisitos en dicho lugar". Por su parte el artículo 20.1.a) de la Ley 20/2013 dispone que tendrán plena eficacia en todo el territorio nacional, sin que pueda exigirse al operador económico el cumplimiento de nuevos requisitos u otros trámites adicionales, las autorizaciones, licencias, habilitaciones y cualificaciones profesionales obtenidas de una autoridad competente para el acceso o el ejercicio de una actividad.

La compatibilidad entre el artículo 3.3 de la Ley de Colegios Profesionales y la LGUM parece evidente. No obstante debe señalarse que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, al menos en su Informe IPN/CNMC/005/16 sobre el Proyecto de Real Decreto por el que se aprueban los Estatutos Generales del Consejo General de Economistas de España, de 5 de mayo de 2016²⁹, ha señalado que tal compatibilidad no es tan clara. En su opinión la exigencia de colegiación en el Colegio donde radique el domicilio único o principal del profesional es una restricción:

- a) para el acceso a una actividad económica o su ejercicio basada directa o indirectamente en el lugar de residencia o establecimiento del operador, sancionado expresamente por la Ley de Garantía de Unidad de Mercado.
- b) a la libertad de elección del profesional de su inscripción en el Colegio profesional de su propia voluntad. Esta libre elección resultaría positiva al fomentar una competencia en precios de inscripción y/o servicios prestados entre los Colegios profesionales.

Sin perjuicio de que no es posible valorar del mismo modo la actividad de los economistas con la de los abogados en cuanto profesiones reguladas, el razonamiento de la CNMC no es en absoluto trasladable a la abogacía. Por un lado por la naturaleza de la actividad en que consiste la abogacía, que si bien en su acepción más amplia puede ser considerada como una actividad económica, lo cierto es que tiene una directa vinculación con la defensa de los derechos y en particular con el derecho a la defensa, lo que justifica la previsión del art. 3.3 de la Ley de Colegios Profesionales, que sin duda admite una interpretación de la LGUM acorde a lo que en el mismo se establece. Por otro por la posición de los Colegios de Abogados en rela-

²⁹ <https://www.cnmc.es/es-es/promoci%C3%B3n/informesobrenORMATIVA.aspx?num=IPN%2fCNMC%2f005%2f16&ambito=Informes+de+Propuestas+Normativas&band=2&ambitos=Informes+de+Propuestas+Normativas&estado=0§or=0&cav=0>

ción con la actividad de la abogacía. En este sentido debe traerse a colación el Estatuto General de la Abogacía Española, aprobado por Real Decreto 658/2001, de 22 de junio. En su artículo 1.2 establece que “En el ejercicio profesional, el abogado queda sometido a la normativa legal y estatutaria, al fiel cumplimiento de las normas y usos de la deontología profesional de la abogacía y al consiguiente régimen disciplinario colegial”. Por otra parte, el artículo 3.1, en lo que ahora interesa, dispone que son fines esenciales de los Colegios de Abogados, en sus respectivos ámbitos, la ordenación del ejercicio de la profesión; la defensa de los derechos e intereses profesionales de los colegiados; la formación profesional permanente de los abogados o el control deontológico y la aplicación del régimen disciplinario en garantía de la sociedad. Y el artículo 4.1.h) dispone que son funciones de los Colegios de Abogados, en su ámbito territorial, “ordenar la actividad profesional de los colegiados, velando por la formación, la ética y la dignidad profesionales y por el respeto debido a los derechos de los particulares; ejercer la facultad disciplinaria en el orden profesional y colegial; elaborar sus Estatutos particulares y las modificaciones de los mismos, sometiéndolos a la aprobación del Consejo General de la Abogacía Española; redactar y aprobar su propio Reglamento de régimen interior, sin perjuicio de su visado por el Consejo General, y demás acuerdos para el desarrollo de sus competencias”. Es decir, los Colegios de Abogados no son meras entidades corporativas de sólo prestación de servicios y defensa de los intereses de los colegiados, sino de ordenación de la actividad profesional. No cabe pues articular las relaciones entre Colegios y colegiados en términos de simple elección de los primeros por parte de los segundos en clave meramente económica y de mercado. Por ello la elección de Colegio de adscripción no puede entenderse en términos de competencia en precios de inscripción y/o servicios prestados entre los Colegios profesionales. Y por ello, aceptando como es obvio la suficiencia de incorporación a un solo Colegio para ejercer en todo el territorio nacional, no es contradictorio con la LGUM el que la colegiación deba serlo en el Colegio en que se fije domicilio profesional, único o principal. Luego veremos cómo esta conclusión es también acorde con la interpretación que debe darse a la disposición adicional décima de la LGUM.

La conclusión a la que aquí se llega coincide por lo demás con lo que el Conejo de Estado tuvo ocasión de advertir en su Dictamen 1404/2013, de 27 de febrero de 2014, sobre el entones anteproyecto de Ley de Servicios y Colegios Profesionales³⁰. En relación con la incorporación a un solo

³⁰ <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2013-1434>

Colegio, y que éste sea el del domicilio profesional único o principal del prestador de servicios, afirma lo siguiente:

En fin, se ha debatido largamente durante el expediente acerca de la regla del artículo 5 (“cuando una profesión de colegiación obligatoria se organice por Colegios territoriales, bastará la incorporación a uno solo de ellos para ejercer en todo el territorio español”), la cual prescinde del inciso que contiene el artículo tercero, apartado 3, de la vigente LCP (“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”), al tiempo que limita la operatividad de esta regla a los Colegios Profesionales de adscripción obligatoria, para los que en realidad estaba prevista la norma del mencionado artículo tercero de la LCP.

Al suprimirse la exigencia de que la incorporación se produzca en el territorio del domicilio principal del prestador de servicios, se ha dicho en el expediente que pueden producirse efectos perversos como la falta de un adecuado ejercicio de las potestades de control por parte de los Colegios. Comparte el Consejo de Estado esta observación y, en línea con la concepción que antes se vio de aquellos como corporaciones de Derecho público que cumplen una función de garantía social del adecuado ejercicio de las profesiones (la que justifica, a su vez, que se les concedan competencias de control típicamente públicas), entiende que queda mejor respetada tal función si se mantiene la exigencia de ciertas condiciones de arraigo territorial que garanticen el sometimiento a la disciplina colegial. Para ello no es obstáculo el principio de eficacia en todo el territorio nacional que prevé el artículo 6 del anteproyecto (el cual establece que “[...] el acceso a una actividad profesional o una profesión habilitará, en igualdad de condiciones, para su ejercicio en todo el territorio español, sin que pueda exigirse el cumplimiento de requisitos de cualificación adicionales a los del territorio donde se hubiera accedido a la actividad profesional o profesión”), pues la exigencia stricto sensu, tal y como figura en la vigente regulación, se reduce a afirmar que “bastará la incorporación a uno solo de ellos, que será el del domicilio profesional único o principal, para ejercer en todo el territorio español...”: es decir, obliga a incorporarse al Colegio de más intenso arraigo territorial, pero deja incólume la libertad de ejercicio ulterior en todo el territorio. Por lo demás, parece a este Consejo que el mantenimiento de tal requisito se compagina mejor con los principios de subsidiariedad, participación y eficiencia que deben regir también en materia de Colegios Profesionales.

Se debe, por todo ello, modificar la regla del artículo 27.5 del anteproyecto para que recoja el inciso mencionado, en estos o similares términos: “Cuando una profesión de colegiación obligatoria 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”.

5.2. En particular, el servicio de asistencia jurídica gratuita

Pero puede darse el caso de que se obligue a estar colegiado en un Colegio específico (e incluso tener despacho abierto en el partido judicial donde se haya de prestar el servicio) para prestar ciertos servicios, como el de asistencia jurídica gratuita, en un determinado territorio. La cuestión que entonces debe plantearse es si es acorde con la LGUM esa exigencia

de colegiación en un Colegio específico sin que, a estos efectos, tenga validez en todo el territorio nacional y sin que tenga validez el hecho de estar colegiado en un Colegio diferente.

Para dar respuesta a tal cuestión se ha de partir del artículo 119 de la Constitución, según el cual “La justicia será gratuita cuando así lo disponga la Ley, y, en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar”. En desarrollo de tal precepto constitucional, se aprobó la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, que ha sido modificada en diversas ocasiones³¹. De la Constitución y de la Ley se desprende claramente que cuando nos referimos a la asistencia jurídica gratuita no podemos hablar sin más de una simple “actividad económica” ni es posible considerar en este caso al abogado que presta el servicio como un “operador económico”. Estamos ante un servicio público directamente vinculado a un derecho fundamental (el derecho a la defensa) que no sólo queda al margen de las reglas de la libre competencia sino también del ámbito de aplicación de la LGUM. Ya la citada STJUE *Wouters*, de 19 de febrero de 2002, admitió la compatibilidad con el mercado interior de aquellas medidas restrictivas de la competencia que obedecieran a fines de interés general, siempre que tales medidas se mostraran indispensables para tal fin. En efecto, no es contraria al Derecho Comunitario una normativa, que “a pesar de los efectos restrictivos de la competencia que le son inherentes, [es] necesaria para el buen ejercicio de la abogacía tal y como está organizada en el Estado miembro de que se trata”³². Así lo ha recordado con acierto la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Málaga en su Sentencia nº 646/2016, de 28 de marzo de 2016, dictada en el Recurso nº 615/14³³. Si bien esta sentencia se centra en el análisis de una cuestión que tiene que ver con el derecho de defensa de la competencia³⁴, permite concluir sin dificultad que el servicio de asis-

³¹ Señaladamente por la disposición final tercera de la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Téngase en cuenta asimismo la STC 95/2003, de 22 de mayo, que sin embargo no afecta al contenido del presente Informe.

³² Parágrafo 110.

³³ Vid. GARVI CARVAJAL, Andrés, “Victoria de la abogacía frente a la competencia: el TSJ de Andalucía respalda la territorialidad de la justicia gratuita”, en *Abogados. Revista del Consejo General de la Abogacía Española*, nº 97, abril 2016, págs. 26-28.

³⁴ Admite la validez de los acuerdos de 7 de julio de 2009 del Colegio de Abogados de Málaga por los que la posibilidad de acceder al turno de asistencia jurídica gratuita se condiciona a un doble requisito: por una parte el abogado debe estar

tencia jurídica gratuita debe quedar al margen del ámbito de aplicación de la LGUM. Y ello por la naturaleza jurídica de dicho servicio. Como señala el Tribunal³⁵:

Cuando el art. 22 de la Ley 1/1996, de 10 de enero de Asistencia Jurídica Gratuita y el art. 26 del RD 996/2003, asignan a los colegios profesionales la potestad normativa y de organización del servicio de asistencia jurídica gratuita, parece natural entender que lo hacen en su consideración de administración pública de corte corporativa, puesto que en esta faceta de intervención en la regulación de la profesión, su papel trasciende al de mero ente asociativo destinado a tutelar los intereses profesionales de sus asociados, y se extiende sin ambages a la participación trascendente en la configuración de un servicio público, vinculado de manera inmediata por su relación de instrumentalidad con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que de acuerdo con el mandato del art. 119 de CE, debe tener un alcance universal, que no excluya a quienes no dispongan de los medios económicos necesarios para litigar, asumiendo el Estado la financiación de tal servicio con carácter gratuito para el justiciable depauperado.

Dos son por tanto las premisas exactas que enuncia la recurrente al comienzo de su demanda. El servicio de asistencia jurídica gratuita es un servicio público y la función atribuida por Ley a los colegios profesionales para la regulación de la organización del servicio implica la realización de funciones netamente administrativas sujetas por tanto a derecho administrativo.

Tan acertadas consideraciones del TSJ de Andalucía nos llevan por tanto a la conclusión de que el servicio de asistencia jurídica gratuita no es en absoluto una mera actividad económica sino un servicio público directamente anclado en el artículo 119 de la Constitución, lo que a su vez trae como consecuencia, por un lado, que no es de aplicación la regla de eficacia en todo el territorio nacional de la colegiación en un Colegio³⁶, y por otro que no es tampoco de aplicación el principio de no limitación del acceso a dicha actividad. Por ello es perfectamente válida la exigencia de colegiación en el Colegio donde vaya a prestarse el servicio, y la previsión del artículo 25 de la Ley 1/1996, que establece requisitos adicionales para poder prestar el servicio de asistencia jurídica gratuita³⁷

colegiado en el Colegio de Abogados de Málaga; por otra, debe estar domiciliado en Málaga y debe tener despacho profesional abierto en el partido judicial donde haya de prestar el servicio.

³⁵ Fundamento jurídico tercero.

³⁶ Por lo mismo tampoco es de aplicación a estos efectos el artículo 3.3 de la Ley de Colegios Profesionales.

³⁷ Dicho artículo (modificado por la disposición final 3.17 de la Ley 42/2015, de 5 de octubre) dispone:

“El Ministerio de Justicia, de manera coordinada con las Comunidades Autónomas competentes, previo informe de los Consejos Generales de la Abogacía y de los Procuradores de los

6. LOS COLEGIOS PROFESIONALES, EL CONSEJO GENERAL Y LOS CONSEJOS AUTONÓMICOS COMO AUTORIDADES COMPETENTES A EFECTOS DE LA LGUM

Procede hacer ahora una referencia a las consecuencias derivadas de la consideración de los Colegios, del Consejo General y de los Consejos Autonómicos como autoridades competentes a efectos de la LGUM.

Como ya sabemos, el Anexo de la LGUM define “autoridad competente” como “cualquier organismo o entidad que lleve a cabo la regulación, ordenación o control de las actividades económicas, o cuya actuación afecte al acceso a una actividad económica o a su ejercicio y, en particular, las autoridades administrativas estatales, autonómicas o locales y los colegios profesionales y, en su caso, consejos generales y autonómicos de colegios profesionales”.

En primer lugar hay que señalar que, en relación con el servicio de asistencia jurídica gratuita, debe distinguirse entre las funciones y competencias que los Colegios y Consejos tienen en relación con su regulación y organización de acuerdo a lo previsto en la Ley 1/1996 y el hecho de que, al no ser de aplicación en este caso la LGUM, aquéllos no pueden tener la consideración de autoridad competente a efectos de lo que esta ley establece. Es decir, la LGUM tampoco afecta para nada, y por tanto no altera, el régimen de la asistencia jurídica gratuita en lo que se refiere a las entidades (Colegios y Consejos) que regulan y organizan el servicio (arts. 22 y siguientes de la Ley 1/1996).

Distinto es el tema de la consideración que los Consejos y Colegios tienen en relación con la “actividad económica” que desempeñan los abogados en cuanto “operadores económicos”. En este caso debe tenerse en cuenta la distinción que la LGUM hace entre autoridad de origen y autoridad de destino.

La primera, la de origen, es la “autoridad competente del lugar del territorio nacional donde el operador esté establecido legalmente para llevar a cabo una determinada actividad económica. Se entenderá que un ope-

Tribunales de España, establecerá los requisitos generales mínimos de formación y especialización necesarios para prestar los servicios de asistencia jurídica gratuita, con objeto de asegurar un nivel de calidad y de competencia profesional que garantice el derecho constitucional a la defensa. Dichos requisitos serán de obligado cumplimiento para todos los Colegios profesionales”.

rador está establecido legalmente en un territorio cuando en ese lugar se acceda a una actividad económica y a su ejercicio”.

La Autoridad de destino es la “competente del lugar del territorio nacional donde un operador legalmente establecido en otro lugar del territorio nacional lleva a cabo una actividad económica, mediante establecimiento o sin él”.

Hay que decir que ante las diferentes situaciones que pueden darse en relación con la determinación de la autoridad de origen, la disposición adicional décima de la Ley 20/2013 dispone:

Cuando en aplicación de la definición prevista en la letra d) del anexo de esta Ley haya conflicto para determinar cuál es la autoridad de origen o el operador se haya establecido en más de un lugar, elegirá como autoridad de origen la de cualquiera de los lugares en los que se haya establecido y comunicará su elección a las autoridades afectadas. La comunicación producirá efectos a partir de su presentación, no afectando a los procedimientos administrativos iniciados con anterioridad.

Mientras los operadores económicos no hayan efectuado la comunicación de su elección conforme a lo previsto en el primer párrafo de esta Disposición, desde la entrada en vigor de los artículos 20 y 21.2 de esta Ley se considerará que es autoridad de origen la del lugar donde el operador económico ejerce la dirección efectiva de su actividad económica, centraliza la gestión administrativa y la dirección de sus negocios. Cuando el operador económico no hubiera accedido a esa actividad económica en el lugar donde ejerce la dirección efectiva de su actividad económica, centraliza la gestión administrativa y la dirección de sus negocios, se considerará que es autoridad de origen la del lugar en el que se estableció en primer lugar para llevar a cabo esa actividad económica.

A la entrada en vigor de esta Ley quedan derogadas cuantas normas de igual o inferior rango se opongan a lo dispuesto en ella.

Lo previsto en la disposición que se acaba de transcribir puede plantear problemas de aplicación en relación con la abogacía. En efecto parece obvio que en lo que se refiere al acceso a la abogacía, y de acuerdo al régimen de acceso que conocemos y que se ha analizado en el presente Informe, debe considerarse como autoridad de origen aquella en la que el abogado esté colegiado. Teniendo en cuenta que los abogados deben colegiarse en el Colegio donde tengan su *domicilio profesional único o principal*, como establece el artículo 3.3 de la Ley de Colegios Profesionales. Sólo cabría la posibilidad de elegir al que estime como autoridad de origen en caso de que estuviese incorporado a más de un Colegio. Pero en este caso debe concluirse que, de acuerdo con el artículo 3.3 de la Ley de Colegios Profesionales, la elección deberá hacerse en favor del colegio de adscripción, que a su vez deberá determinarse en base a aquél en el que se fije el domicilio profesional, único o principal.

En consecuencia, pues, la disposición adicional décima de la LGUM no puede en ningún caso interpretarse en el sentido de que los abogados podrán elegir como autoridad competente al Colegio que estimen conveniente en caso de que se hayan establecido en más de un lugar (de entre aquéllos con jurisdicción en los lugares en que se hayan establecido), aunque ese Colegio no sea aquél en el que están colegiados. En definitiva, debe entenderse que la autoridad de origen para los abogados es el Colegio al que estén incorporados y que sólo en caso de que estén colegiados en más de una corporación podrán elegir el que consideren oportuno, en los términos señalados en el párrafo anterior, lo que deberán comunicar a los Colegios afectados.

Dicho esto, resulta de especial relevancia el artículo 21 de la LGUM, cuyo texto es el siguiente (en lo que ahora nos interesa):

Artículo 21. Autoridad competente en la supervisión de los operadores.

1. Las autoridades competentes supervisarán el ejercicio de las actividades económicas garantizando la libertad de establecimiento y la libre circulación y el cumplimiento de los principios recogidos en esta Ley.

2. Cuando la competencia de supervisión y control no sea estatal:

a) Las autoridades de origen serán las competentes para la supervisión y control de los operadores respecto al cumplimiento de los requisitos de acceso a la actividad económica.

b) Las autoridades de destino serán las competentes para la supervisión y control del ejercicio de la actividad económica.

c)

3. En caso de que, como consecuencia del control realizado por la autoridad de destino, se detectara el incumplimiento de requisitos de acceso a la actividad de operadores o de normas de producción o requisitos del producto, se comunicará a la autoridad de origen para que ésta adopte las medidas oportunas, incluidas las sancionadoras que correspondan.

Es decir, de acuerdo a la LGUM, y teniendo en cuenta lo que se ha expuesto en el presente Informe, los Colegios en los que los abogados estén colegiados tendrán la consideración de autoridad de origen³⁸ y supervisarán los requisitos de acceso, mientras que aquéllos en los que lleven a cabo su actividad serán las autoridades de destino y supervisarán y controlarán su ejercicio.

Para ello tiene especial trascendencia el intercambio de información entre los Colegios. Los artículos 22 a 25 de la LGUM se refieren a ello.

³⁸ Sin perjuicio de lo que se señala en el texto en caso de colegiación en más de un Colegio.

No procede analizar en este Informe el entero régimen de intercambio de información que la Ley diseña³⁹. Pero sí han de resaltarse cuando menos dos cuestiones:

Primera, al objeto de facilitar el ejercicio de las funciones de supervisión que la Ley establece, las autoridades de origen y de destino pueden e incluso deben intercambiarse la información que para ello sea necesaria. En este sentido (derivado del art. 24 de la LGUM):

- La autoridad de origen, en el ejercicio de sus funciones de supervisión respecto del cumplimiento de los requisitos de acceso a la abogacía, podrá solicitar de la autoridad de destino la realización de comprobaciones, inspecciones e investigaciones respecto de los operadores o bienes que se encuentren o se hayan encontrado en su territorio.
- La autoridad de destino, en el ejercicio de sus funciones de supervisión respecto del cumplimiento de los requisitos de ejercicio de la abogacía, podrá:
 - a) Requerir a la autoridad de origen toda la información que sea necesaria para confirmar que el abogado se encuentra legalmente establecido.
 - b) Solicitar a la autoridad de origen la realización de comprobaciones, inspecciones e investigaciones respecto de los abogados que operen o hayan operado en su territorio.

³⁹ Es de enorme importancia el artículos 22, sobre integración de la información obrante en los registros sectoriales. Entre otras cosas dispone que “*La ventanilla única a que se refiere el artículo 18 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, integrará en una base de datos común la información que obre en los distintos registros referente a los operadores económicos, establecimientos e instalaciones, que sea necesaria para el ejercicio de las competencias atribuidas en materia de supervisión y control a las autoridades competentes, en particular sobre aquellas actividades sometidas a un régimen de autorización, declaración responsable o comunicación, todo ello sin perjuicio de lo establecido en las normas de protección de datos de carácter personal*”, lo que supone un intercambio de información enormemente relevante. Por su parte el artículo 23 regula el sistema de intercambio electrónico de información, que incluso puede llegar a ser impuesto por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas. En relación con el art. 22 han de tenerse en cuenta el Censo General de Letrados y el Registro de Sociedades Profesionales del Consejo General de la Abogacía Española.

Segunda (artículo 25.2 de la Ley), las autoridades competentes, incluyendo a los colegios profesionales, comunicarán a la autoridad competente que así lo haya solicitado motivadamente y en el marco de la legislación vigente, las medidas disciplinarias y sanciones administrativas firmes que hayan adoptado respecto a los abogados y que guarden relación con los servicios prestados. La autoridad competente comunicará al abogado que tal información ha sido suministrada a otra autoridad competente.

7. MECANISMOS ADICIONALES DE PROTECCIÓN DE LOS ABOGADOS EN EL ÁMBITO DE LA LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO Y DE LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN

Para concluir el presente Informe se hará referencia a los mecanismos de protección de los operadores económicos en el ámbito de la libertad de establecimiento y de la libertad de circulación que vienen regulados en el extenso artículo 26 de la LGUM.

El Preámbulo de la Ley señala que lo que se pretende al establecer tales mecanismos es “proporcionar una solución ágil de obstáculos y barreras a la unidad de mercado detectadas por los operadores económicos”. Para ello establece un procedimiento alternativo a las vías ordinarias de recurso hoy reguladas en la Ley 39/2015 de Procedimiento Administrativo Común⁴⁰.

Ante todo debe señalarse una vez más que tal procedimiento no es aplicable al servicio de asistencia jurídica gratuita, como ya nos consta. Por otra parte, el procedimiento se aplica sólo en caso de vulneración de la libertad de establecimiento o de circulación, de modo que si existen otros motivos “los operadores [abogados] que hayan presentado la reclamación regulada en este artículo deberán hacerlos valer, de forma separada, a través de los recursos administrativos o jurisdiccionales que procedan frente a la disposición o actuación de que se trate. No obstante, el plazo para su interposición se iniciará cuando se produzca la inadmisión o eventual desestimación de la reclamación por la autoridad competente” (art. 26.9).

Dicho lo anterior, procede señalar que la LGUM establece, como medio alternativo a los procedimientos de impugnación que procedan en cada caso, la posibilidad de presentar reclamación a la Secretaría del Consejo

⁴⁰ Ley plenamente aplicable desde el día 2 de octubre de 2016.

para la Unidad de Mercado⁴¹ (que, si bien es quien recibe la reclamación, no es quien la resuelve) frente a toda actuación que, agotando o no la vía administrativa, sea susceptible de recurso administrativo ordinario. También podrá dirigirse frente a las disposiciones de carácter general y demás actuaciones que, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 25 a 30 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, puede ser objeto de recurso contencioso-administrativo (actos expresos o presuntos, inactividad de la administración, vía de hecho).

Están legitimados para presentar la reclamación:

- El operador económico (es decir, también los abogados) que entienda que se han vulnerado sus derechos o intereses legítimos por alguna disposición de carácter general, acto, actuación, inactividad o vía de hecho que pueda ser incompatible con la libertad de establecimiento o de circulación, en los términos previstos en la Ley.
- Las organizaciones representativas de los operadores económicos, incluidas las Cámaras Oficiales de Comercio y las asociaciones profesionales, en defensa de los intereses colectivos que representan. Debe entenderse que entre tales organizaciones se encuentran sin duda los Colegios profesionales y los Consejos, tanto General como Autonómicos.

El procedimiento de reclamación es realmente complejo. La reclamación ha de presentarse ante la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado⁴² que la revisará “para comprobar que se trata de una actuación que pueda ser incompatible con la libertad de establecimiento o circulación, pudiendo inadmitirla cuando no concurriesen tales requisitos” (art. 26.5). Esta previsión legal plantea no pocos problemas pues no se especifica el alcance de la resolución (o informe) que debe emitir la Secretaría del Consejo⁴³, que puede tener un contenido de fondo que va más allá de la simple comprobación a que se refiere la Ley. En cualquier caso una vez

⁴¹ Regulada en el artículo 11 de la LGUM.

⁴² Con carácter general, “en el plazo de un mes”, si bien, en el caso de actuaciones constitutivas de vía de hecho, el plazo será de veinte días contados desde aquel en que se iniciaron. No se señala en relación con el plazo general, el *dies a quo*, lo cual puede ser especialmente problemático en relación con la inactividad de la Administración.

⁴³ Basta con consultar las decisiones que hasta el momento (en torno a 150) ha adoptado la Secretaría: vid. <http://www.mineco.gob.es/portal/site/mineco/gum>

admitida, la remitirá al punto de contacto correspondiente a la autoridad competente afectada (art. 26.5), entre las que se encuentran en su caso los Colegios de Abogados y los Consejos.

Es la autoridad competente la que resuelve la reclamación, para lo que tiene un plazo de quince días, cuyo transcurso sin haber dictado resolución permite entenderla desestimada⁴⁴.

Si el operador económico (abogado) o las organizaciones representativas de los operadores económicos (incluidos los Colegios y Consejos), a la vista de la decisión de la autoridad competente, no considerasen satisfechos sus derechos o intereses legítimos, podrán dirigir su solicitud a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en un plazo de cinco días⁴⁵.

Sin entrar ahora en otras consideraciones acerca de la regulación de la LGUM que se acaba de exponer, lo que debe ponerse de manifiesto es lo siguiente:

- La posibilidad que cualquier abogado tiene de utilizar esta vía alternativa de impugnación a través de la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado.
- El alcance de la intervención previa de dicha Secretaría, en cuyas manos está admitir o no la reclamación y que en su informe entra a analizar el fondo del asunto⁴⁶

⁴⁴ Los complejos apartados 6 y 7 del artículo 26 de la LGUM disponen:

6. Transcurridos quince días desde la presentación de la reclamación, el punto de contacto correspondiente a la autoridad competente afectada informará de la resolución adoptada por ésta a la Secretaría del Consejo y a la red de puntos de contacto, indicando las medidas que se hayan adoptado para dar solución a la reclamación.
De no adoptarse resolución en el citado plazo, se entenderá desestimada por silencio administrativo negativo y que, por tanto, la autoridad competente mantiene su criterio respecto a la actuación objeto de la reclamación.

7. La Secretaría del Consejo notificará al operador la resolución adoptada, así como los demás informes emitidos, dentro del día hábil siguiente a la recepción de la resolución. Cuando se trate de actuaciones administrativas que no agoten la vía administrativa, la resolución de la autoridad competente debidamente notificada pondrá fin a dicha vía.

⁴⁵ Artículo 26.8. El procedimiento se regula en el artículo 27 de la LGUM.

⁴⁶ Los casos resueltos hasta el momento (octubre 2016) pueden consultarse en la dirección http://www.mineco.gob.es/portal/site/mineco/menuitem.8df0e230a9226c66094afe10223041a0/?vgnextoid=68723d564d1ff410VgnVCM1000002006140aRCRD&id1=&id5=dd%2Fmm%2Faaaa&id6=dd%2Fmm%2Faaaa&id2=&id3=&id4=&btn_modulo_casos=Buscar

- La legitimación que se reconoce a los abogados para reclamar contra disposiciones de carácter general que puedan ser incompatibles con la libertad de establecimiento o circulación⁴⁷.

Por último es preciso mencionar, sin que sea menester analizarlo ahora en detalle, el procedimiento para la garantía de la unidad de mercado que la LGUM ha añadido en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (artículos 127 bis a 127 *quater* de la LJ).

8. CONCLUSIONES

A la vista de lo expuesto hasta ahora, se pueden señalar como conclusiones del presente Informe las siguientes:

Primera. La Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado (LGUM), tiene carácter general, pues se refiere al acceso a cualquier actividad económica y a su ejercicio, sin hacer excepción alguna en función de las peculiaridades de cada sector.

Segunda. La LGUM, como Ley de carácter general, resulta de aplicación, también, al acceso a la actividad de abogado y su ejercicio. No obstante, existen normas específicas, la Ley 34/2006, de 30 de octubre, sobre el acceso a las actividades de abogado y procurador de los tribunales, y la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de colegios profesionales, que contienen la regulación especial para este tipo de actividades.

Tercera. La LGUM establece, como regla general, la libre iniciativa económica sin ningún tipo de control o intervención administrativa. Solo en aquellos supuestos en los que venga justificado por una razón imperiosa de interés general u orden público, a través de una norma con rango de Ley, y cumpliendo los principios de proporcionalidad y no discriminación, se pueden establecer autorizaciones previas, declaraciones responsables o comunicaciones previas que limiten el acceso a las actividades económicas y su ejercicio.

Cuarta. La Ley 34/2006, de 30 de octubre, sobre el acceso a las profesiones de abogado y procurador de los tribunales y la Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre colegios profesionales limitan el acceso a esta actividad económica. El requisito previo de acceso establecido en la primera y la ne-

⁴⁷ Téngase en cuenta que en definitiva la LGUM ha diseñado una suerte de reclamación administrativa contra reglamentos.

cesaria colegiación obligatoria prevista en la segunda, están justificadas por una razón imperiosa de interés general y no son discriminatorios.

Quinta. Teniendo en cuenta que la de abogado es una actividad profesional que presenta peculiaridades respecto a otras actividades económicas, se debe concluir que ambos requisitos previos, es decir, el límite previsto en la Ley 34/2006, de 30 de octubre, y la colegiación obligatoria de la ley 2/1974, de 13 de febrero, son necesarios y proporcionales, dado que están en juego la garantía de derechos fundamentales como la tutela judicial efectiva y el derecho de defensa. Por tanto, el actual modelo de acceso a la abogacía, basado en los controles previos regulados en la Ley 34/2006 y en la colegiación obligatoria exigida por la Ley 2/1974, es acorde a la LGUM.

Sexta. Respecto a la eficacia territorial de los controles administrativos previos, tanto la Ley 34/2006, de 30 de octubre, como su reglamento de desarrollo, así como el Estatuto General de la Abogacía Española aprobado por Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, prevén que el título profesional de abogado y la colegiación en el correspondiente Colegio tengan eficacia en todo el territorio del Estado y permitan, por tanto, ejercer como tal en toda España. Estas previsiones son plenamente conformes a lo establecido en la LGUM.

Séptima. La LGUM no se aplica al Servicio de Asistencia Jurídica Gratuita. En este caso, ni los abogados tienen la consideración de operadores económicos ni el citado Servicio puede ser considerado como una actividad económica.

Octava. En consecuencia, la obligación de estar colegiado en el Colegio que regula y organiza el Servicio de Asistencia Jurídica Gratuita y mantener despacho abierto en el partido judicial donde se haya de prestar el servicio no es contraria a la LGUM por cuanto ésta no es de aplicación a dicho Servicio (tampoco es contraria a la legislación de defensa de la competencia). Del mismo modo, tampoco es de aplicación el régimen de las autoridades competentes de supervisión y control que diseña la LGUM.

Novena. Los Colegios de Abogados, el Consejo General de la Abogacía y los Consejo Autonómicos tienen la consideración de Autoridades Competentes a efectos de la LGUM.

Décima. La supervisión y control del acceso a la abogacía serán ejercidos por la Autoridad de Origen, que es el Colegio en que se encuentre colegiado el abogado (salvo que esté colegiado en varios colegios, en cuyo caso podrá elegir. En este caso, de acuerdo con el artículo 3.3 de la Ley de Colegios Profesionales, la elección deberá hacerse en favor del colegio de

adscripción, que a su vez deberá determinarse en base a aquél en el que se fije el domicilio profesional, único o principal).

Décimoprimera: La supervisión y control del ejercicio de la abogacía serán ejercidos por el Colegio en el que el colegiado ejerza su actividad.

Décimosegunda: Los abogados pueden valerse de la reclamación que regula la LGUM como mecanismo alternativo de protección de los operadores económicos en el ámbito de la libertad de establecimiento o de circulación. Este mecanismo incluye la posibilidad de presentar reclamación contra disposiciones de carácter general.

Desde la aprobación de la Constitución Española en 1978, la jurisprudencia y la práctica judicial han ido consolidando los estándares de protección del Derecho de Defensa en los diversos órdenes jurisdiccionales. Ha llegado el momento de recoger este derecho fundamental en una ley orgánica que –sin agotar sus diversas facetas– desarrolle algunos de los aspectos esenciales de este principio básico del Estado de Derecho, refleje el consenso social y político, sirva de guía a todos los actores de la Justicia y refuerce el mandato de asegurar en todo momento la efectividad del Derecho a la Defensa con el máximo reconocimiento y garantías. Desde la Abogacía Española se ha propuesto un texto regulador del Derecho de Defensa que pretende ser el marco en el que estas realidades queden plasmadas.

La Comisión Jurídica del Consejo General de la Abogacía Española responde a las cuestiones legales que la sociedad española plantea y ofrece en estos informes respuestas a los retos que deben afrontar los abogados y sus Colegios en sus actividades diarias y en defensa del ejercicio del Derecho de Defensa.



**Abogacía
Española**
CONSEJO GENERAL



**tirant
lo blanch**