

مشروع الوصول إلى العدالة والتمكين القانوني في الأردن
Access to Justice and Legal Empowerment in Jordan



Acceso a la Justicia y garantías procesales

Ponencias de los Seminarios sobre
Asistencia Jurídica Gratuita
para Jueces y Fiscales.

Jordania 2022-2023

Acceso a la Justicia y garantías procesales

Ponencias de los Seminarios
sobre Asistencia Jurídica Gratuita
para Jueces y Fiscales

Jordania 2022-2023

José Antonio Morales Mateo
José María Asencio Gallego
María Herrero Pinilla
José Manuel Sánchez Siscart
M. Encarnación Orduna Pardo
Julián García Marcos
Domingo Sánchez Puerta
Lourdes Carballo Fidalgo
Fernando Candela Martínez
Antonio Morán Durán
Eva Ribó Fenollós
Blas Jesús Imbroda Ortiz
Luis F. Nieto Guzmán de Lázaro
María Sol Cuevas Gama

مشروع الوصول إلى العدالة والتمكين القانوني في الأردن
Access to Justice and Legal Empowerment in Jordan



Título: Título: Acceso a la Justicia y garantías procesales. Ponencias de los Seminarios sobre Asistencia Justicia Gratuita para jueces y fiscales. Jordania 2022-2023

Traducción (español / árabe): Agrupación de Intérpretes de Madrid S.L.
Traducción (español /inglés): Massieu Institut
Maquetación: DGP Arbyte S.L.

Publicación: Consejo General de la Abogacía Española, 2023

De esta edición: Consejo de la Abogacía Española, 2023
De contenidos, textos e ilustraciones: sus autores, 2023

Disponible en www.abogacia.es

Esta publicación ha sido elaborada por el Consejo General de la Abogacía Española en el marco del proyecto "Acceso a la Justicia y Empoderamiento Legal en Jordania: Hacia un Sistema de Asistencia Jurídica Eficaz y Sostenible" cofinanciado por la Unión Europea y la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo. El contenido de esta publicación no refleja necesariamente las opiniones de la Unión Europea o de la AECID.

Todos los derechos reservados. Queda prohibida la reproducción total o parcial de esta obra, su incorporación a un sistema informático, o su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio (electrónico, mecánico, fotocopia, grabación u otros) sin autorización previa y por escrito de los titulares de los derechos de autor. La infracción de tales derechos puede constituir un delito contra la propiedad intelectual.

Preámbulo

El Consejo de la Abogacía Española se ha comprometido a mejorar el sistema de asistencia jurídica en Jordania como socio del proyecto europeo “Acceso a la justicia y capacitación jurídica en Jordania: hacia un sistema de asistencia jurídica eficaz y sostenible”, cofinanciado por la Unión Europea y la AECID. Como parte de este esfuerzo, la Abogacía Española organizó, en cooperación con el Ministerio de Justicia y el Consejo Judicial de Jordania, una serie de cursos especializados sobre asistencia jurídica para jueces y fiscales jordanos.

Utilizando un enfoque entre iguales y tras un curso inicial de Formación de Formadores, se organizaron un total de catorce seminarios y se formó a 280 jueces y fiscales de toda Jordania. Los cursos fueron impartidos por jueces y fiscales jordanos en colaboración con expertos, abogados y jueces españoles que aportaron una perspectiva internacional sobre una amplia gama de temas relevantes para el acceso a la justicia y las garantías procesales.

Tras esta excelente experiencia, nos complace ofrecer ahora una recopilación de las contribuciones de los expertos españoles en árabe e inglés a las autoridades jordanas responsables del fortalecimiento del Estado de Derecho y la justicia en Jordania, así como a cualquier otra parte interesada en este tema.

Esperamos que esta colección de contribuciones sirva como un recurso útil para Jordania en su camino hacia un sistema de asistencia jurídica más eficaz y sostenible. Agradecemos la oportunidad de contribuir a este importante proyecto y esperamos seguir colaborando con nuestros socios jordanos.

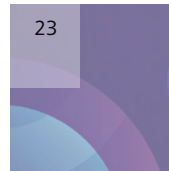
Victoria Ortega
Presidenta
Consejo General de la Abogacía Española

Índice



6

TEORIA DE LAS GARANTIAS
PROCESALES EN LAS
CONSTITUCIONES:
DERECHOS FUNDAMENTALES
PROCESALES



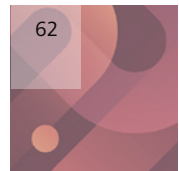
23

EL DEBIDO PROCESO.
PRINCIPIOS DEL
PROCESO PENAL



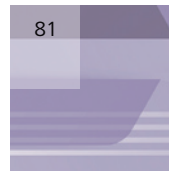
40

PRINCIPIO DE
LEGALIDAD Y
OPORTUNIDAD



62

LA PRESUNCION
DE INOCENCIA I



81

LA PRESUNCION
DE INOCENCIA II



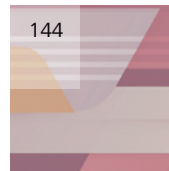
98

MEDIDAS DE
INVESTIGACION
RESTRICTIVAS
DE DERECHOS
FUNDAMENTALES



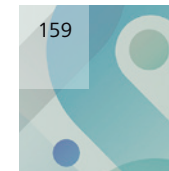
121

ACCESO A
LA JUSTICIA



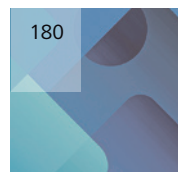
144

EL ABOGADO
COMO ELEMENTO
ESENCIAL DEL
PROCESO



159

EL PAPEL Y
LA ÉTICA DEL
ABOGADO



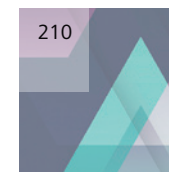
180

LA ASISTENCIA
JURÍDICA
GRATUITA COMO
ORGANIZACIÓN
EN ESPAÑA



194

ACCESO A LA
JUSTICIA DE
COLECTIVOS
VULNERABLES



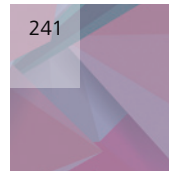
210

ACCESO A LA
JUSTICIA DE
MIGRANTES,
EXTRANJEROS Y
DESPLAZADOS



224

ACCESO A LA JUSTICIA
Y DERECHO DE DEFENSA.
MODELO DE JUSTICIA GRATUITA
EN ESPAÑA Y CONTROL DE LA
CALIDAD DEL SERVICIO



241

DERECHO DE DEFENSA
Y ASISTENCIA JURIDÍCA
GRATUITA EN ESPAÑA

TEORÍA DE LAS GARANTÍAS PROCESALES EN LAS CONSTITUCIONES:

DERECHOS FUNDAMENTALES PROCESALES

Jose Antonio Morales Mateo
Magistrado



Sumario

- I. GARANTÍAS PROCESALES
- II. CONSECUENCIAS QUE TIENE LA CONSAGRACIÓN EN UNA CONSTITUCIÓN DE LAS GARANTÍAS PROCESALES
- III. JUICIO JUSTO
- IV. DERECHO A UN JUEZ IMPARCIAL
- V. OTRAS GARANTÍAS PROCESALES
- VI. EL DERECHO DE DEFENSA Y LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA
- VII. EL DERECHO A LA ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA
- VIII. EL DERECHO A UN PROCESO PÚBLICO SIN DILACIONES INDEBIDAS Y CON TODAS LAS GARANTÍAS

I. GARANTÍAS PROCESALES

Podemos entender como tales la totalidad de dispositivo previstos en las leyes procesales cuya finalidad sería tutelar los derechos constitucionales de los ciudadanos y permitir su efectividad por los mismos. Estas garantías deben estar contenidas en las Constituciones de los diferentes países.

El artículo 6 del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 4 de mayo de 1950 distingue unas garantías procesales comunes a todo proceso las siguientes:

1. Derecho al juez ordinario predeterminado por la ley que, en consecuencia, la norma jurídica de atribución para que un juez conozca de un caso concreto deberá ser creada previamente y cuya composición se regirá por la imparcialidad e independencia judicial. Es decir, se prohíben los tribunales "ad hoc" es decir creados expresamente para juzgar un determinado hecho.
2. Derecho a la defensa y asistencia letrada.
3. Derecho a un proceso público en su doble vertiente de derecho subjetivo para el ciudadano y de deber para los órganos judiciales, con las excepciones que veremos.
4. Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas de manera que se tramite en un tiempo razonable y con las garantías necesarias para la defensa de las partes, atendiendo a la naturaleza y circunstancias del litigio, márgenes ordinarios de duración de los litigios del mismo tipo, conducta procesal de los litigantes, interés del demandante en juego, conducta de los órganos judiciales, consecuencias de la demora para los litigantes y la consideración de los medios disponibles.
5. Derecho a un proceso con todas las garantías y
6. Derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes, es decir, a proponer la práctica de la prueba y a la práctica de la pertinente.

Podemos citar otras garantías genéricas: el derecho a la tutela jurisdiccional (véase tutela judicial efectiva), la presunción de inocencia, el derecho de defensa y al debido proceso. Y a su vez se desarrollan otras garantías específicas a saber: el juez natural, la publicidad, o la cosa juzgada.

1. **Presunción de inocencia:** como suprema garantía del acusado y uno de los pilares del proceso penal acusatorio. Significa que toda persona mantiene la presunción de inocente mientras no se declare su culpabilidad en juicio, sin que tenga que probar su inocencia. Es al acusador, público o privado al que corresponde dicha obligación.
2. **Derecho de defensa:** derecho del ciudadano tiene para tener el tiempo y medios necesarios para ejercer su defensa en todo proceso en que se vea incurso, es decir, la posibilidad de afirmar sus posiciones y de oponerse los fundamentos del contrario. Relacionados con el derecho de defensa se puede incluir la asistencia de un traductor o intérprete; la información del hecho que se le imputa, la comunicación entre imputado y abogado; preparación de la defensa; presentación de pruebas y la utilización de los recursos. Muchos de ellos los veremos a continuación.
3. **Derecho al debido proceso:** se configura por los principios y presupuestos procesales mínimos que debe reunir todo proceso jurisdiccional para asegurar al justiciable la certeza, y legitimidad de su resultado. Incluiría derechos tales como: al Juez natural predeterminado por la ley que mencione anteriormente; derecho a ser oído; a una duración razonable del proceso; a la publicidad del mismo; la prohibición de ser juzgado dos veces por los mismos hechos.

No obstante, no son derechos absolutos. El derecho a proponer prueba, por ejemplo, ha dicho el TC e a propósito de la prueba establece la STC de 11 de septiembre de 1995 EDJ 1995/4413 y que se reitera por la de 21 de julio de 1998 EDJ 1998/10003. La primera de las sentencias mencionadas, declara en su fundamento de derecho segundo que “ El derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa garantiza a quien está inmerso en un conflicto que se dilucida jurisdiccionalmente la posibilidad de impulsar una actividad probatoria acorde con sus intereses, siempre que la misma esté autorizada por el ordenamiento (SSTC 101/1989 EDJ 1989/5708, 233/1992 EDJ 1992/12342, 89/1995 EDJ 1995/2462, por todas). Esta facultad no implica un desapoderamiento de las facultades que, sobre el examen de la legalidad y pertinencia de la prueba propuesta, corresponde a los Jueces y Tribunales ordinarios.

4. **Derecho a la tutela jurisdiccional efectiva:** es el derecho de toda persona a acceder al sistema judicial y a obtener del mismo una resolución fundada en derecho —y por tanto, motivada—. Se incluiría el derecho a no sufrir indefensión, es decir, poder ejercer en el proceso, todas las facultades legalmente reconocidas, así como otros derechos como: el acceso a los tribunales; a obtener una sentencia fundada en derecho; la efectividad de las resoluciones judiciales y por último acceso al sistema de recursos.

II. CONSECUENCIAS QUE TIENE LA CONSAGRACIÓN EN UNA CONSTITUCIÓN DE LAS GARANTÍAS PROCESALES

- La aplicación directa e inmediata de tales garantías. Esto es, su alcance jurídico-positivo.
- Su interpretación de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el país en cuestión.
- Su regulación por Ley Orgánica, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, es decir reserva de ley
- La posibilidad de pedir la tutela de los tribunales ordinarios mediante un procedimiento preferente y sumario.
- La posibilidad, igualmente, de pedir la tutela del TC mediante el recurso de amparo.
- Y, por último, la especial protección ante el TC por la vía del recurso de inconstitucionalidad.

En España, la Constitución española las recoge en forma de principio, concretamente el de debido proceso, que se encuentra en el artículo 24.2: *“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”*.

El Tribunal Constitucional es el intérprete de la Constitución y máximo órgano en la defensa de los derechos que la norma fundamental del Estado reconoce a los participantes en un proceso judicial. El Tribunal Supremo no se encuentra en un nivel superior de jerarquía frente a aquel, sino que la relación entre ambos es de competencia, no de subordinación.

A nivel internacional, los derechos del sistema judicial español están sujetos a los tratados y organizaciones de los que nuestro país forma parte. En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) puede aceptar recursos elevados desde un proceso nacional y, posteriormente, juzgarlos con total independencia de nuestro sistema.

Por último, conviene mencionar otros Tratados que contienen estos derechos como la Convención Europea de Derechos Humanos y la Declaración Universal de Derechos Humanos de Naciones Unidas. La primera institución dispone de un rango de acción europeo (no solo comunitario) y la segunda, global. Asimismo, reconocen los mismos derechos en el contenido, pero no en la forma.

III. JUICIO JUSTO

Contenido en el artículo 10 de la Declaración Universal Derechos Humanos, Asamblea General de la ONU Nueva York 1948: *“Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”.*

Conforme a dicho precepto, el juicio justo debe estar caracterizado por el derecho a estar presente ante el tribunal; a tener un juicio público sin demoras ante un tribunal independiente e imparcial; y a tener un abogado de elección propia o uno sin coste alguno. También es fundamental el derecho a ser considerado inocente hasta que se demuestre lo contrario y el derecho a no ser obligado a testificar contra uno mismo. Estos derechos se describen con mayor detalle en el Pacto Internacional de Derechos

Civiles y Políticos, un compendio legalmente vinculante que contiene algunos de los principios fundamentales establecidos en la DUDH. El derecho a un juicio justo también está consagrado en algunos textos regionales de derechos humanos, como:

- la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos,
- el Convenio Europeo de Derechos Humanos y
- la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Debe incluirse en las características para ser considerado un juicio justo el acceso a las transcripciones y traducción en los procedimientos judiciales. Igualdad de las partes o necesidad de intérprete, prohibición de indefensión y derecho de defensa expresamente mencionado en el artículo 6.3, implícitamente recogido en el artículo 6.1 del CEDH, el derecho a la asistencia gratuita de intérprete —referido al acusado si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia— y a la igualdad de trato han venido confluyendo indistintamente en los derechos a no padecer indefensión y de defensa, por un lado, y en el derecho a un proceso con todas las garantías, por otro.

IV. DERECHO A UN JUEZ IMPARCIAL

La imparcialidad de un juez puede analizarse desde una doble vertiente.

- Una **imparcialidad subjetiva**, que garantiza que el Juez no ha mantenido relaciones indebidas con las partes, en la que se integran todas las dudas que deriven de las relaciones del Juez con aquéllas, y
- una **imparcialidad objetiva**, es decir, referida al objeto del proceso, por la que se asegura que el Juez se acerca al *thema decidendi* sin haber tomado postura en relación con él.

La garantía de la imparcialidad objetiva según nuestro TC pretende evitar que influya en el juicio o en la resolución del recurso la convicción previa que un Juez se haya formado sobre el fondo del asunto al decidir en anterior instancia o, incluso, al realizar actos de investigación como instructor.

Tales convicciones previas no merecen, en sí mismas, tacha alguna, pero “la sola posibilidad de que se proyecten en el ulterior enjuiciamiento, o en el recurso que proceda, pone en riesgo el derecho del justiciable a obtener en uno u otro —en el juicio o en el recurso— una justicia imparcial. La Ley, ante tal riesgo, no impone al Juez abandonar o superar las convicciones a las que así legítimamente llegó, ni exige tampoco a los justiciables confiar en que esa superación se alcance. Más bien permite, mediante la abstención de aquél o la recusación por éstos, que quede apartado del juicio del recurso el Juez que ya se ha formado una convicción sobre la culpabilidad del acusado o que puede haberla adquirido en el curso de instrucción.”

Es preciso determinar caso a caso si las mismas alcanzan una consistencia tal que permitan afirmar que se hallan objetiva y legítimamente justificadas. Se hace necesario examinar las circunstancias del caso, en tanto que “la imparcialidad del Juez no puede examinarse in abstracto, sino que hay que determinar, caso por caso, si la asunción simultánea de determinadas funciones instructoras y juzgadoras puede llegar a comprometer la imparcialidad objetiva del juzgador.” (STC 60/1995, de 16 de marzo, FJ 4, que acomoda la interpretación del mencionado derecho a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos). Tales dudas resultan de “la incompatibilidad entre las funciones de resolver, o dictar el fallo, con las previas de acusación o de auxilio a la acusación” (STC 11/2000, FJ 4, y las que en ella se citan), o del presupuesto por el que son “constitucionalmente incompatibles las facultades de instrucción y las de enjuiciamiento”.

V. OTRAS GARANTÍAS PROCESALES

Derecho al recurso y tutela judicial efectiva

Desde luego, el derecho al recurso constituye una garantía básica del proceso. Su no previsión legal o su infracción judicial iría en contra del artículo 24.2 de la CE en este concreto aspecto como consecuencia de su reconocimiento —limitado, en realidad, a la parte condenada— en textos internacionales.

En efecto, las referencias constitucionales, implícitas en todo caso respecto a la existencia de un sistema de impugnación como criterio configurador del proceso se encuentran dispersas en la Constitución española. Y si bien parecen indicar que nuestro constituyente ha asumido tal configuración no permiten, sin embargo, concluir que el recurso forme parte del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24.1, ni tampoco que pueda ser considerado como una de las garantías esenciales del proceso protegidas por el 24.2, sino que será un derecho de configuración legal, es decir, sometido a lo que la ley establezca respecto al sistema de recurso.

Prueba ilícita y presunción de inocencia

Nadie duda de la imposibilidad de acceso a juicio de una prueba ilícitamente obtenida, adquirida vulnerando derechos fundamentales, y, más aún, de su imposibilidad de formar parte del acervo probatorio a valorar por el juzgador. Se estaría vulnerando un presupuesto básico de la actividad probatoria y con él una garantía del propio proceso. Sin embargo, está ausente de mención expresa en la Constitución y en las normas internacionales. En todo caso su mayor, y casi única en la práctica, es incidencia en el ámbito del proceso penal.

La presunción de inocencia, en su vertiente de regla de juicio —que sería la relevante en este caso— opera, en el ámbito de la jurisdicción ordinaria, como el derecho del acusado a no sufrir una condena a menos que la culpabilidad haya quedado establecida más allá de toda duda razonable, en virtud de pruebas que puedan considerarse de cargo y obtenidas con todas las garantías.

VI. EL DERECHO DE DEFENSA Y LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

La garantía de la defensa era un concepto más reducido, pero que se incardinaba en el de la tutela judicial efectiva, ya que en éste también se comprenden aspectos de la actividad del juez, del proceso, e incluso, otros aspectos anteriores al proceso; para su mejor comprensión haré una breve referencia al contenido y estructura de este derecho.

La tutela judicial efectiva protege a las personas físicas, nacionales o extranjeras, titulares de derechos o intereses legítimos y frente a los poderes públicos. Asimismo, nuestro Tribunal Constitucional ha reconocido esta titularidad a las personas jurídicas.

En dicho artículo se reconoce además del derecho a la tutela judicial efectiva, la prohibición de la indefensión, las garantías constitucionales del proceso penal, la presunción de inocencia y la exclusión del deber de testificar. El derecho a la tutela judicial efectiva es un derecho fundamental de carácter autónomo y con contenido propio.

No se trata sin embargo de un derecho ejercitable sin más directamente a partir de la Constitución, sino la de un derecho de prestación que sólo puede ejercerse por los cauces que el legislador establece, o, dicho de otro modo, es un derecho de configuración legal”

Dicho derecho debe proteger tanto a las personas físicas como a las jurídicas frente a los poderes públicos, Sobre este derecho a la tutela judicial efectiva podemos señalar, que tiene la siguiente estructura:

1. Debe garantizar el libre acceso de los ciudadanos a los Tribunales para ejercitar sus reclamaciones y que denominamos derecho de acceso a la jurisdicción a través del órgano judicial competente, para dilucidar cualquier tipo de pretensión independientemente de que prospere o no, y el costo del proceso no puede ser un obstáculo para dicho acceso. (Así se expone en el art. 119 CE que consagra la Justicia Gratuita, en relación con la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita).
2. En segundo lugar, está el derecho a obtener una sentencia que ponga fin al litigio suscitado en la instancia adecuada.
3. En tercer término, comprende el derecho al cumplimiento de la sentencia.
4. En último lugar, señalar que también abarca el derecho a entablar los recursos legales.

Cuando se viola la garantía de la defensa se produce la indefensión y ella conduce como sanción a la ineficacia del proceso o de la resolución afectada, nulidad que debe ser entendida como un medio para obtener el respeto de la garantía de la defensa. Constitucionalmente se prohíbe la indefensión. Según el Tribunal Constitucional “la idea de indefensión engloba, entendida en sentido amplio todas las demás violaciones de derechos constitucionales que puedan colocarse en el marco del art. 24 de la CE”.

Así se puede concluir que se origina la indefensión, siguiendo una abundante jurisprudencia constitucional, cuando de forma ilegítima se priva o limitan los medios de defensa en el seno de un proceso, produciendo en una de las partes, sin que le sea imputable, un perjuicio definitivo en sus derechos e intereses sustantivos.

VII. EL DERECHO A LA ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA

Se puede considerar al derecho a la Asistencia Jurídica Gratuita como un derecho instrumental de otros derechos, lo que llevaría a calificarle como derecho fundamental en esa relación con otros derechos de tal calibre.

Persigue el acceso a la justicia sin que este acceso pueda quedar limitado por su capacidad económica, si se cumplen una serie de presupuestos.

La Ley de Asistencia Jurídica Gratuita regula el procedimiento para tramitar su solicitud, así como los beneficios que redundarán en sus adjudicatarios. Se trata de garantizar el principio de igualdad de partes, así como posibilitar el acceso a la tutela judicial efectiva.

En nuestra constitución se establece que la justicia será gratuita cuando así lo disponga la ley, en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar, aunque está incluido en un título que no le da categoría de Derecho Fundamental. Aunque si tiene esa categoría el art. 24 CE que recoge el derecho la tutela judicial efectiva y a un proceso sin dilaciones indebidas.

El derecho a la Justicia Gratuita y el derecho a la tutela judicial efectiva, si tenemos en cuenta el principio de igualdad que debe contener la constitución, son términos indudablemente unidos, complementarios, hasta el punto de que podríamos decir que no es posible la plena efectividad del uno sin el otro.

Es decir, no puede existir un derecho a la tutela efectiva si ciudadanos por sus circunstancias les resulta económicamente imposible pagar los gastos que conlleva interponer una demanda judicial.

La relación que existe entre el derecho a la Asistencia Jurídica Gratuita de quienes carecen de recursos económicos para litigar (art. 119 CE EDL 1978/3879) y el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE EDL 1978/3879), ha sido resaltada por nuestra jurisprudencia. En las recientes SSTC 183/2001, de 17 de septiembre EDJ 2001/29659 , y 95/2003, de 22 de mayo EDJ 2003/10439 (recordando doctrina anterior), hemos ratificado que el art. 119 CE 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”. De modo que, como hemos recordado en la reciente STC 180/2003, de 13 de octubre (FJ 2) EDJ 2003/136112 , aunque hayamos calificado este derecho como “derecho prestacional y de configuración legal”, cuyo contenido y concretas condiciones de ejercicio, como sucede con otros de esa naturaleza, corresponde delimitar al legislador atendiendo a los intereses públicos y privados implicados y a las concretas disponibilidades presupuestarias, hemos sido rotundos al afirmar que la amplia libertad de configuración legal que resulta del primer inciso del art. 119 CE no es, sin embargo, absoluta, pues el inciso segundo de dicho precepto explícitamente declara que la gratuidad de la justicia se reconocerá “en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar”. Existe, por consiguiente, un “contenido constitucional indisponible” para el legislador que obliga a reconocer el derecho a la Justicia Gratuita necesariamente a quienes acrediten insuficiencia de recursos económicos para litigar (SSTC 16/1994, de 20 de enero, FJ 3 EDJ 1994/264, y 117/1998, de 2 de junio, FJ 3, entre otras EDJ 1998/14951).

VIII. EL DERECHO A UN PROCESO PÚBLICO SIN DILACIONES INDEBIDAS Y CON TODAS LAS GARANTÍAS. PUBLICIDAD. ORALIDAD. MOTIVACIÓN

La publicidad del proceso protege a los justiciables de una posible justicia secreta, con el fin de preservar la confianza de los ciudadanos en la misma y en los tribunales. De esta forma, al dotar de transparencia a la Administración de Justicia, se contribuye a la realización de los fines propios de un proceso justo.

En el artículo 6.1 del Convenio de Roma, como dijimos se hace referencia al derecho de toda persona a que su causa sea oída dentro de un plazo razonable, de forma que sus pretensiones no pierdan sentido y se puedan hacer cumplir por el paso del tiempo. El término dilaciones indebidas es un concepto jurídico indeterminado, que requiere una valoración específica para comprobar si ha existido un retraso atribuible al órgano judicial.

El Tribunal Constitucional español tiene declarado que las infracciones de las normas o reglas procesales solo constituyen una lesión del derecho a un proceso con todas las garantías si con ellas se ocasiona una merma relevante de las posibilidades de defensa, pues lo que prohíbe la Constitución es que el inculpado no haya podido participar en la tramitación de las diligencias de investigación judiciales o que la acusación se haya fraguado a sus espaldas.

La publicidad de las actuaciones judiciales es en definitiva un principio constitucional, que aparece recogido con un claro reconocimiento de la posibilidad de que la legislación procesal establezca excepciones.

Así ocurre en el proceso penal español, donde rige el secreto o la reserva relativa –las diligencias sumariales no están al alcance del público—, pues solo las partes personadas “podrán tomar conocimiento de las actuaciones e intervenir en todas las diligencias del procedimiento” pudiendo el Juez de instrucción declarar secreto el sumario también para las partes, a propuesta del Ministerio Fiscal, de las partes o de oficio, mediante auto, “por tiempo no superior a un mes y debiendo alzarse necesariamente el secreto con diez días de antelación a la conclusión del sumario”.

Cuando el Juez de instrucción declara el secreto del sumario, no está acordando una medida en sí misma limitativa de un derecho fundamental, del derecho al proceso público, al que no afecta, sino que tan solo está adoptando una decisión con base en la cual se pospone el momento en el que las partes pueden tomar conocimiento de las actuaciones y se impide que puedan intervenir en las diligencias sumariales que se lleven a cabo en el periodo en el que el sumario permanece secreto.

Ahora bien, en la medida en que el secreto del sumario restringe la posibilidad de contradecir las diligencias probatorias efectuadas en fase sumarial, estas no podrán aportarse al proceso como pruebas preconstituídas, pues, como sabemos, la legitimidad constitucional de la prueba preconstituída exige no solo que se haya practicado ante el Juez, sino con garantía de contradicción, y ello porque constituye una excepción a la regla de que la prueba constitucionalmente válida es solo la que se practica en el juicio oral en condiciones de publicidad, oralidad, intermediación y contradicción.

Los debates del juicio oral deben ser públicos, bajo pena de nulidad (así lo establece también el proceso penal español, si bien está previsto que en determinados supuestos el juicio se celebre a puerta cerrada. Asimismo, las sentencias deben pronunciarse en audiencia pública, pero en este supuesto no está prevista ninguna restricción similar a la establecida para los debates del juicio oral.

El derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas no puede confundirse con el cumplimiento de los plazos establecidos en el proceso, sino que impone a los órganos judiciales la obligación de resolver sin demoras injustificadas.

El artículo 6.1 del Convenio de Roma se refiere al derecho de toda persona a que su causa sea oída dentro de un plazo razonable, concepto no exactamente coincidente con el anterior, pero relacionado con él, en tanto que el plazo del proceso dejará de ser razonable cuando se incurra en retrasos no justificados. Habría que distinguirlo de las dilaciones indebidas.

En todo caso, ambas lesionan el derecho fundamental del acusado —cuando no hayan sido provocadas por él mismo— a que su causa sea conocida y resuelta en un tiempo prudencial, tanto considerando que las circunstancias personales, familiares y sociales del acusado cambian durante procesos temporales singularmente dilatados, por lo que la pena no puede cumplir las funciones de ejemplaridad y rehabilitación propias del momento en que la acción evidenció la necesidad de resocialización, como por infringir la demora un padecimiento natural al acusado que debe computarse en la pena estatal que se imponga, para lograr mantener la proporcionalidad entre la gravedad de la pena impuesta y el mal causado por su acción.

La dilación indebida es un concepto abierto o indeterminado que requiere, en cada caso concreto la valoración sobre si ha existido efectivo retraso injustificado atribuible al órgano jurisdiccional.

Las líneas fundamentales de la doctrina que este Tribunal ha elaborado acerca del derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2 CE EDL 1978/3879). Esta doctrina es sintetizada en la STC 124/1999, FJ 2 EDJ 1999/13073. Puede transcribirse así:

a) *“Por lo que se refiere a la relación del meritado derecho con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, debemos comenzar significando una vez más que, si bien el derecho de acceso a la jurisdicción reconocido en el art. 24.1 CE EDL 1978/3879 no puede entenderse como algo desligado del tiempo en que los órganos judiciales deben asegurar la tutela de los derechos subjetivos e intereses legítimos (SSTC 24/1981, FJ 3 EDJ 1981/24 , y 324/1994, FJ 2 EDJ 1994/8976), desde la perspectiva jurídica y en el marco de nuestro ordenamiento resulta ineludible reconocer la autonomía del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (por todas, SSTC 26/1983, FJ 2 EDJ 1983/26 ; 61/1991, FJ 1 EDJ 1991/3080 ; 35/1994, FJ 2 EDJ 1994/678 ; 298/1994, FJ 2 EDJ 1994/10540 y 324/1994, FJ 2 EDJ 1994/8976). De tal suerte que si el primero de dichos derechos comprende esencialmente el acceso a la jurisdicción y, en su caso, la obtención de una decisión judicial motivada en Derecho y, por ende, no arbitraria, sobre el fondo de las pretensiones deducidas (de entre las más recientes, STC 160/1998, FJ 4 EDJ 1998/10018), el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas requiere para su satisfacción un adecuado equilibrio entre, de un lado, la realización de toda la actividad judicial indispensable para la resolución del caso del que se conoce y para la garantía de los derechos de las partes y, de otro, el tiempo que dicha realización precisa, que habrá de ser el más breve posible (STC 58/1999, FJ 6 EDJ 1999/6881)”.*

Para terminar, quería hacer referencia a otros dos principios: el de oralidad y el de motivación de las resoluciones judiciales.

Oralidad

La consagración constitucional de un principio procedimental como la oralidad no encuentra parangón en ninguna de las Constituciones europeas.

La oralidad es ciertamente un principio formal de los actos procesales que supone como lógica consecuencia la realización de los actos en forma verbal, lo que a su vez exige la inmediación. El precepto constitucional marca el énfasis en la oralidad en el procedimiento penal, pero no elimina las formas escritas, sino que trata de que la oralidad tenga mayor trascendencia, de que predomine. La jurisprudencia constitucional afirma que este principio es consustancial al sistema acusatorio en que se inscribe nuestro proceso, de manera que el procedimiento probatorio ha de tener lugar necesariamente en el debate contradictorio que, en forma oral, se desarrolla ante el mismo Tribunal que ha de dictar sentencia, de suerte que la convicción de éste sobre los hechos enjuiciados se alcance en contacto directo con los medios aportados a tal fin por las partes; y por lo que atañe en concreto a la prueba testifical su restricción al juicio oral forma parte de los derechos mínimos que las normas internacionales reconocen al acusado con el fin de garantizar un proceso penal adecuado- art.6.3,d) del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, y art.14.3,e) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966.

Si en el ámbito penal la preferencia por la oralidad es, según la Constitución, inexcusable, y así se refleja en las leyes procesales penales, la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley procesal militar, también las restantes leyes procesales, de Enjuiciamiento civil, contencioso administrativo y laboral subrayan esta preferencia.

La ley de Enjuiciamiento Civil concibe dos cauces principales de sustanciación de las pretensiones de naturaleza declarativa: el juicio verbal, para aquellos asuntos litigiosos de especial complejidad o que reclamen una tutela con singular rapidez, predominantemente oral, sin perjuicio de las diligencias preliminares preparatorias del mismo; y el juicio ordinario que introduce un trámite oral de audiencia previa, que pretende depurar el proceso y fijar el objeto del debate o eventualmente ofrecer un cauce para la transacción.

Por su parte la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, Ley 29/1998, de 13 de julio, incorpora como novedad un procedimiento abreviado para determinadas materias de cuantía determinada limitada, basado en el principio de oralidad.

La ley 13/2009 de 3 de noviembre de Reforma de la Legislación Procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial en referencia al principio de oralidad, y para el reforzamiento de las garantías del justiciable, introduce en la Ley de Procedimiento Laboral, en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y en la Ley de Enjuiciamiento Criminal la grabación de las vistas de modo generalizado, tal y como se había anticipado en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

La motivación de las sentencias

El art. 24.1 de la Constitución comprende el derecho fundamental de obtener una resolución fundada en Derecho, que se pronuncie sobre todas las pretensiones y cuestiones litigiosas desarrolladas por las partes en el proceso.

La norma constitucional que establece la necesaria motivación es el art. 120.3 de nuestra constitución que expresa la relación de vinculación del Juez con la Ley y con el sistema de fuentes del Derecho dimanante de la Constitución, pero expresa también un derecho del justiciable y el interés legítimo de los ciudadanos de conocer las razones de la decisión que se adopta, de comprobar que la solución dada al caso es consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento y no el fruto de la arbitrariedad. Además, este razonamiento expreso permite a las partes conocer los motivos por los que su pretensión fue rechazada, y a su vez permite el control por parte de los órganos jurisdiccionales superiores cuando se resuelva el recurso contra una resolución.

No es sin embargo obligado tener que responder explícita y pormenorizadamente sobre cualesquiera argumentos empleados por los litigantes en apoyo de sus respectivas tesis y pretensiones, sino sobre las cuestiones, en tanto que es incluso aceptable una respuesta tácita deducible del conjunto, sin necesidad de una agotadora descripción del proceso intelectual seguido o de un concreto alcance o intensidad en el razonamiento, con tal de poderse comprobar que la solución dada al caso es fruto de la racionalidad y no de la arbitrariedad, sin olvidar que la estimación o desestimación de unas cuestiones hace estéril el análisis de otras. A título de ejemplo basta con reseñar el siguiente párrafo de la sentencia del Tribunal Supremo de 16/11/2006 EDJ 2006/306308: "La jurisprudencia tiene declarado que se cumple el requisito de motivación de las sentencias por vía de remisión a los fundamentos de derecho de la dictada en primera instancia, no haciéndose preciso agotar exhaustivamente los razonamientos (Sentencias del Tribunal Constitucional de 5-6, 10-7 EDJ 2000/20475 y 18-9-2000 EDJ 2000/26240).

EL DEBIDO PROCESO. PRINCIPIOS DEL PROCESO PENAL

José María Asencio Gallego
Magistrado

Sumario

- I. CONSIDERACIONES GENERALES ACERCA DEL PROCESO PENAL EN UN ESTADO DE DERECHO
- II. EL MODELO ACUSATORIO EN EL PROCESO PENAL
- III. EL SISTEMA DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL PROCESO PENAL.
- IV. BIBLIOGRAFÍA

I. CONSIDERACIONES GENERALES ACERCA DEL PROCESO PENAL EN UN ESTADO DE DERECHO

Todo texto legal no es sólo un conjunto de preceptos ordenados con arreglo a una sistemática. Los preceptos contienen normas. Y las normas son reflejo de la plasmación de unos principios de tal importancia que su mera interpretación, en uno u otro sentido, puede dar lugar a una profunda modificación de todo el sistema normativo. Es por esta razón que ningún estudio del proceso penal puede prescindir de un análisis previo de los principios que le sirven de base.

Cuando hablamos del proceso penal no podemos olvidar que es en su seno donde se refleja con mayor intensidad el conocido conflicto de intereses entre la seguridad colectiva y el derecho fundamental a la libertad individual, ambos igualmente dignos de protección y tutela por ostentar naturaleza pública.

En este marco, el proceso penal se concibe como un instrumento dirigido al descubrimiento de los actos delictivos y de sus autores para, en su caso, actuar el ius puniendi, cuya titularidad, cualquiera que sea la consideración que se tenga del delito, siempre corresponde al Estado.

Eso hace que el proceso penal comporte en sí mismo dos características aparentemente incompatibles: por un lado, se constituye desde su comienzo en una sanción para aquellos que quedan sujetos a él, en tanto y al margen de la afectación pública que supone en la fama de los imputados, contiene medidas limitativas de derechos fundamentales que, siempre, cualquiera que sea su intensidad, se adoptan de modo instrumental frente a sujetos aún no declarados culpables. Pero, por otro lado, el proceso penal es garantía del acierto en la decisión estatal, en la sentencia, presupuesto ineludible para la determinación de la verdad que se declare respecto de los hechos que forman su objeto. Y esa garantía, se manifiesta en diversos aspectos:

- El proceso penal es el único medio que asegura el descubrimiento de la verdad, siendo para ello presupuesto ineludible, condición indispensable, que se acomode y sea respetuoso con los principios del llamado proceso debido o proceso con todas las garantías, es decir, entre otros muchos extremos, que responda a las exigencias que caracterizan a un método sustancialmente contradictorio.

- El proceso penal es, a la vez que limitador de derechos, garantía de su respeto por el Estado. Es decir, el proceso y las reglas que lo informan limitan la misma restricción de derechos, es decir, la sujetan a requisitos y condiciones precisas y concretas que, fuera del marco del proceso, resultarían infringidas y nunca respetadas. Funciona, por tanto, como un mecanismo de autocontrol del Estado.
- El proceso penal, por último, constituye una garantía del propio Estado de Derecho, de su dignidad, de su adaptación a fines democráticos. No es posible en un Estado de estas características la existencia de un proceso penal atentatorio u opuesto a los valores de la cultura democrática. Así lo sostuvo GOLDSCHMIDT cuando afirmó que *“la estructura del proceso penal de una nación no es otra cosa que el termómetro de los elementos corporativos o autoritarios de su Constitución”*. O el propio Tribunal Constitucional español, según el cual *“no hay norma alguna, jurídica o ética, que permita al Estado investigar a cualquier precio”*; es decir, que la investigación delictiva, la actuación estatal en la represión penal, está sujeta a los límites y condiciones impuestas por las normas constitucionales y procesales que salvaguardan la eficacia, intangible más allá de las restricciones admisibles, de los derechos y libertades fundamentales.

Únicamente un proceso informado por principios dialécticos, que garanticen la contradicción y la igualdad entre las partes, un proceso respetuoso con los derechos fundamentales, especialmente el de defensa, es susceptible de proporcionar la verdad.

Un proceso infractor de garantías, incluso las mínimas, tanto individuales y personales, como procesales, es incapaz de proporcionar seguridad alguna en cuanto a la verificación de su fin, esto es, la determinación de la realidad de los hechos acaecidos. Esta forma de actuar producirá, sin duda, condenas en todo caso, una seguridad ciudadana falsa, meramente propagandística y una satisfacción inmediata, pero con pies de barro, de las demandas sociales de represión. Pero, jamás, por los errores en los que suele incurrir, por la poca consistencia de sus decisiones, por el escaso acierto de sus resoluciones, verificará la función de hallar y determinar la verdad. Los culpables seguirán sin ser condenados y los inocentes se verán afectados en sus derechos de modo injusto.

Como ejemplos de estas infracciones podemos citar: la tortura, las declaraciones de los imputados mediante coacciones o engaños¹, la utilización de métodos que eliminan la voluntad de autodeterminación, como el suero de la verdad² o el detector de mentiras o, simplemente, la utilización de medidas que producen cansancio, desorientación física o temporal o pérdida, por privación o humillación, de los resortes morales que siempre forman parte de la dignidad humana que no puede ser perdida por la sujeción a un proceso.

II. EL MODELO ACUSATORIO EN EL PROCESO PENAL

Un proceso penal que quiera adecuarse y ser coherente con una Constitución democrática sólo y exclusivamente puede ser un proceso acusatorio, entendiendo por tal no sólo su aspecto formal, referido al desdoblamiento de funciones estatales, sino todas las garantías contenidas hoy en los textos internacionales que declaran y prestan protección a los derechos humanos. Entre otras, la Declaración Universal de los Derechos Humanos o el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales.

Acusatorio es, pues, equivalente a debido proceso o proceso con todas las garantías, siendo este un derecho fundamental de perfiles ciertamente amplios, pero que puede ser individualizado perfectamente para diferenciarlo de otros derechos, más concretos y regulados de manera particular. Esa individualización es necesaria, pues en caso contrario, el derecho a un proceso debido o con todas las garantías no pasaría de ser una mera declaración retórica que sólo podría ser reclamado cuando se infringieran derechos fundamentales, con repercusión procesal, específicamente previstos.

.....

1. Prieto-Castro y Ferrándiz, L. y Gutiérrez de Cabiedes y Fernández de Heredia, E. *Derecho Procesal Penal*. Segunda edición. Primera reimpresión. Madrid. 1982. Pág. 195. San Martín Castro, C. *Derecho Procesal Penal*. Volumen I. Segunda edición. Lima. 2003. Pág. 543.

2. Carnelutti, F. Principios del proceso penal. Traducción del volumen italiano *Principi del Processo Penale*, Napoli, 1960, efectuada por Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires. 1971. Pág. 194. Roxin, C. *Derecho Procesal Penal*. Traducción de la 25ª edición alemana *Strafverfahrensrecht*, Munich, 1998, efectuada por Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor, revisada por Julio B. J. Maier. Buenos Aires. 2000. Pág. 214.

La naturaleza pública del delito

El delito, como sanción estatal que el legislador, con arreglo al principio de intervención mínima, considera debe establecer, es y ha de ser siempre indisponible, perteneciendo al Estado su persecución, aunque el sujeto pasivo de la acción no muestre su voluntad favorable. Es decir, el delito es un fenómeno público, no un acto privado.

Pero, para evitar que el Poder Ejecutivo pueda, al atribuirse el monopolio exclusivo en la aplicación del ius puniendi, eludir sus obligaciones o actuar de forma arbitraria, debe imperar, como regla el principio de legalidad, así como ha de conferirse a los ciudadanos legitimación para instar la persecución delictiva; y, en este punto, no sólo se ha de regular la posibilidad de que deduzcan denuncia o querrela los sujetos pasivos del delito, sino igualmente, en ciertos casos y bajo determinadas condiciones, cualquier ciudadano a través de la conocida en España como "acción popular".

En definitiva, que el delito tenga naturaleza pública y que no sea disponible por afectar al interés general, a la seguridad colectiva y por ser necesaria su represión en orden a evitar la autotutela, no puede implicar que el Estado actúe con plena y absoluta libertad en su persecución, sino sometido a un principio, el de legalidad, que le impide abstenerse.

Otra cosa distinta y perfectamente válida es el reconocimiento, en el ámbito del sistema procesal penal, del conocido como principio de oportunidad, siempre y cuando el mismo no sea absolutamente libérrimo, sino que quede sujeto a condiciones legalmente previstas y esté predeterminado a la consecución de objetivos relevantes, tanto particulares para el ofendido o perjudicado o, incluso, para la rehabilitación de la víctima, como generales, esto es, socialmente útiles.

La independencia como garantía del Poder Judicial

El juez ha de ser siempre un tercero imparcial que, como tal, no puede formular, sostener y ni siquiera aportar elementos mínimos de acusación, sea directa o sea indirectamente por medio de actuaciones en principio aparentemente neutrales. Y esta afirmación no solo es predicable respecto del juez o tribunal decisor, en cuyo caso ha de ser absoluta, sino también del instructor que no

deja de ser un juez (en el caso de España y, en la Unión Europea, con salvedades, también en Francia) y que, por tanto, no puede asumir funciones que corresponden a las partes acusadoras.

Un reparto equitativo de funciones implica que el órgano jurisdiccional, en tanto investido de potestad jurisdiccional y para no romper el equilibrio necesario derivado del principio de igualdad, quede al margen de la labor de construcción y conformación de la acusación, de la pretensión penal.

En la fase de instrucción, el principio acusatorio viene a imponer al juez, la obligación de garantizar el debido proceso, los derechos de las partes imputadas³ o de los perjudicados, correspondiendo la dirección técnica o jurídica de la investigación al Ministerio Fiscal como parte acusadora que es. El juez de la instrucción o de la investigación o de garantías (o cualquiera de las denominaciones que recibe) no puede configurar, de oficio, positivamente la acusación, prepararla o conformarla. Su labor debe ser, salvo los casos de anticipación de la prueba o de autorización de limitación de derechos fundamentales, meramente negativa, de delimitación de la investigación, de depuración de la misma en el sentido de dictar resoluciones de sobreseimiento parcial o total, subjetiva u objetiva, libre o provisional.

En la fase de juicio oral, por su parte, el órgano jurisdiccional decisor debe limitarse a condenar o absolver por razones de seguridad jurídica. En otras palabras, el juez o tribunal del plenario no puede acusar de modo directo, sostener indirectamente la acusación o conformar la misma mediante una decisión que extienda o exceda los límites de la pretensión penal, pues la acusación es un acto siempre de parte. Pero tampoco puede el tribunal decisor sostener la acusación mediante mecanismos indirectos. Por esta razón, la retirada de la acusación o la petición de absolución deben impedir al tribunal dictar una sentencia condenatoria, pues la condena presupone la existencia y mantenimiento de una pretensión penal.

Por último, toda sentencia ha de dictarse y ser respetuosa con el marco objetivo y subjetivo de la pretensión penal, del objeto del proceso. No es posible condenar por hechos no acusados, ni a sujetos no acusados formalmente.

.....

3. Gimeno Sendra, V. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Madrid. 2008. Pág. 215. Moreno Catena, V. y Cortés Domínguez, V. *Derecho Procesal Penal*. Valencia. 2004. Pág. 141.

El proceso acusatorio como proceso de partes

El proceso penal acusatorio no puede ser otro que el proceso penal con todas las garantías establecidas y sancionadas en los tratados internacionales, lo que no puede conducir a otra realidad que, a un proceso de partes, en situación de contradicción e igualdad, similar en sus normas básicas al proceso civil salvando, únicamente, las distancias que derivan del carácter público y relativamente indisponible de su objeto.

Un proceso penal que quiera calificarse de acusatorio debe estar presidido por dos principios que son consustanciales a su propia estructura, a su esencia como proceso y sin los cuales, tajantemente debe decirse, no cabe hablar de existencia de un método heterocompositivo de resolución de conflictos, sino de un simple expediente. Estos dos principios son la contradicción y la igualdad.

El principio de contradicción

Este principio deriva de la existencia de una dualidad de posiciones en el seno del proceso. Las partes acusadoras, sean públicas o privadas, penales o civiles, formulan una pretensión punitiva o de naturaleza reparadora, es decir, acusan (o demandan, en el caso del actor civil) y el destinatario de dicha pretensión trata de oponerse a la misma o, lo que es lo mismo, de defenderse, con la finalidad de hacer valer su derecho a la libertad.

El principio de contradicción es, por tanto, consecuencia del carácter dialéctico del proceso como método de averiguación de la verdad. Y hallar la verdad exige una oposición entre ambas partes, acusadora y acusada, así como conceder a éstas la oportunidad de exponer sus argumentos y defender su versión de los hechos en igualdad de condiciones. La contradicción se identifica, así, de forma especial con el derecho de defensa.

En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia en reiteradas ocasiones, recordando que las facultades de alegar, probar e intervenir en la prueba ajena, para controlar su correcta práctica y contradecirla, son específica manifestación del derecho de de-

fensa del acusado⁴. Y muy concretamente lo es la de interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él, facultad ésta reconocida tanto en el art. 6.3.d) del Convenio Europeo de Derechos Humanos, como en el art. 14.3.e) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Esta última facultad es la manifestación más paradigmática del principio de contradicción y se satisface concediendo al acusado una ocasión adecuada y suficiente para discutir un testimonio en su contra e interrogar a su autor⁵.

Ahora bien, el principio de contradicción, si bien está más presente en la práctica de los medios de prueba, pues es aquí donde opera en toda su amplitud, no podemos olvidar su importancia también en la obtención de las fuentes de prueba. En palabras de Asencio Mellado⁶, *“no es suficiente garantizar la contradicción en la práctica de los medios, cuando en la obtención las más de las veces está ausente este elemental principio, siendo así que, como es sabido, muchas pruebas son obtenidas sin intervención de la defensa y por su carácter irreplicable alcanzan pleno valor probatorio (por ejemplo, intervenciones telefónicas, registros domiciliarios, huellas dactilares, etc.)”*.

El principio de igualdad

La igualdad, el segundo principio antes citado y que complementa y dota de virtualidad a la contradicción, equivale a evitar o negar la primacía de cualquiera de las partes en el proceso y en cualquiera de sus fases. Ello, aunque parezca imposible, es coherente con un modelo que atribuya la investigación al Ministerio Fiscal, toda vez que este es un órgano estatal y objetivamente imparcial, siempre que este incorpore no solo actos dirigidos a conformar la acusación, sino que, igualmente, haga lo propio con los que fundamenten la defensa.

.....

4. Vide., entre otras muchas, SSTC 176/1988, de 4 de octubre; 122/1995, de 18 de julio; y 76/1999, de 26 de abril; y SSTs 1329/2002, de 15 de julio y 779/2012, de 22 de octubre.

5. Sobre ello es interesante consultar también la doctrina sentada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en las Sentencias de 24 de noviembre de 1986 (Caso Unterpertinger c. Austria), 20 de noviembre de 1989 (Caso Kostovski c. Holanda), 27 de septiembre de 1990 (Caso Windisch c. Austria), 19 de febrero de 1991 (Caso Isgro c. Italia), 20 de septiembre de 1993 (Caso Saïdi c. Francia), 27 de febrero de 2001 (Caso Luca c. Italia), 2 de diciembre de 2008 (Caso Kes c. Turquía), 15 de septiembre de 2009 (Caso Pacula c. Letonia), 27 de mayo de 2010 (Caso Berhani c. Albania), 28 de febrero de 2013 (Caso Mesesnel c. Eslovaquia) y 28 de junio de 2016 (Caso Dimovic c. Serbia).

6. Asencio Mellado, JM. *Derecho Procesal Penal*. Valencia. 2015. Págs. 278 y 279.

En todo caso, el papel del juez de garantías es esencial para asegurar ese equilibrio cuando el Ministerio Fiscal lo rompa a su favor de forma injustificada.

La publicidad del proceso

La publicidad del proceso es un principio básico en la medida en que se erige como garantía de control por la sociedad de una correcta administración de la justicia penal. Constituye, además, uno de los requisitos sin los cuales no podría entenderse nunca colmado el derecho de defensa del acusado. Si el plenario se desarrollase a puerta cerrada, no existiría ningún mecanismo que permitiera vigilar si en su celebración se han respetado los principios de contradicción e inmediación anteriormente expuestos. En palabras de la STS 660/2004, de 14 de mayo, *“la publicidad de los debates y el derecho a la prueba son manifestaciones concretas de entre las que conforman el derecho a un juicio justo”*.

Ello, no obstante, la publicidad de los actos del plenario es una conquista relativamente moderna, derivada de la sucesiva implantación en Europa de los postulados del modelo acusatorio y el progresivo retroceso del sistema inquisitivo. Ya en el año 1764, Beccaria⁷ reclamó: *“Sean públicos los juicios, y públicas las pruebas del delito, para que la opinión, que acaso es el sólo cimiento de la sociedad, imponga un freno a la fuerza y a las pasiones, para que el pueblo diga nosotros no somos esclavos y estamos defendidos, sentimiento que inspira esfuerzo y que equivale a un tributo para el soberano que entiende sus verdaderos intereses”*. Y lo mismo hizo posteriormente Bentham⁸, que defendió la publicidad como *“la más eficaz de todas las salvaguardias o garantías del testimonio y de las decisiones que dependen de él; es el alma de la justicia; debe extenderse a todas las partes que concurren a la formación de la causa y a toda especie de causa”*.

Actualmente, se encuentra reconocido en la totalidad de los Tratados Internacionales. A modo de ejemplo, los arts. 10 y 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos consagran el derecho de toda persona a ser oída públicamente y con justicia por

.....
7. Beccaria, C. *Tratado de los delitos y de las penas*. Universidad Carlos III de Madrid. 2015. Pág. 37.

8. Bentham, J. *Tratado de las pruebas judiciales* (Compilado por Esteban Dumont con comentarios de B. Anduaga Espinosa). Madrid. 1843. Pág. 102. Citado por Pedraz Penalva, E. *Derecho Procesal Penal*. Tomo I. Principios de Derecho Procesal Penal. Madrid. 2000. Pág. 266.

un tribunal independiente e imparcial en un juicio en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa. El art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce el derecho de toda persona a *“ser oída públicamente y con las debidas garantías”*. El art. 8.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que *“el proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia”*. Y el art. 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales sanciona el derecho de toda persona a que su causa sea oída equitativa y públicamente.

En España, el precepto clave en la materia es el art. 24.2 CE, que consagra el derecho fundamental *“a un proceso público con todas las garantías”*, exigencia reiterada en el art. 680 LECrim., que, a su vez, sanciona con pena de nulidad la no publicidad de los debates del juicio oral.

Esta regla general, sin embargo, admite excepciones, contenidas en el art. 681 LECrim., el cual permite al Juez acordar, de oficio o a instancia de parte, previa audiencia a las mismas, la celebración a puerta cerrada de algunos o todos los actos o sesiones del juicio oral cuando concurran razones de peso que así lo justifiquen. La decisión, señala la jurisprudencia, ha de hacerse en resolución motivada, de forma tal que la razón determinante de la misma pueda ser conocida por el afectado.

En concreto, los motivos que pueden dar lugar a la restricción de la publicidad se centran en garantizar la seguridad o el orden público, proteger los derechos de las víctimas o evitar a éstas perjuicios relevantes. Sólo estas razones, cuando la celebración a puerta cerrada pueda suponer un agravio importante, lo que puede significar sólo publicidad limitada, justifican la no quiebra de este principio. Por consiguiente, aunque no lo diga expresamente la Ley, al tratarse de excepciones a la plena vigencia de un derecho fundamental, han de ser aplicadas con suma cautela e interpretadas siempre de forma restrictiva.

De igual modo, con la finalidad de proteger la intimidad de la víctima y de sus familiares, podrá el Juez prohibir la divulgación de la identidad de aquélla, así como de su imagen. Y, en todo caso, prohibirá la divulgación de cualquier información relativa a la identidad de las víctimas cuando éstas sean menores de edad o personas con discapacidad.

Además, el art. 682 LECrim. prevé la posibilidad de restringir la presencia de los medios de comunicación audiovisuales en las sesiones del juicio oral o alguna de las audiencias por las mismas razones expuestas.

Por último, es importante tener en cuenta que lo dicho hasta ahora se circunscribe únicamente a los actos del plenario. En otras palabras, mientras éste ha de ser público (con las excepciones enumeradas), la fase de instrucción se rige por el principio contrario: las diligencias del sumario serán reservadas y no tendrán carácter público hasta que se abra el juicio oral (art. 301 LECrim.).

III. EL SISTEMA DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL PROCESO PENAL

Como antes hemos dicho, para que el proceso penal cumpla eficazmente su función de hallar la verdad sobre unos hechos pasados y su autoría, es necesario e imprescindible que se respeten todas y cada una de las garantías que antes se han esbozado y que son consustanciales al clásico principio acusatorio o, lo que es lo mismo, configurar el proceso como un instrumento que preserve las garantías procesales. Y en este concepto han de incluirse tanto las procedimentales, las cuales tienen un valor más relevante del que comúnmente se les suele asignar y cuya infracción puede generar la nulidad radical de los actos formalmente mal ejecutados, como las que derivan de derechos fundamentales, las que, por el lugar que ocupan en la norma constitucional, por su posición preferente en el ordenamiento jurídico, han de producir, sin excepción alguna, la nulidad radical de los elementos de investigación afectados por la intromisión ilegítima.

Toda Constitución democrática regula en la actualidad derechos fundamentales de contenido procesal, sean los del imputado en sus declaraciones, sean los referidos a las restricciones a su libertad, secreto de las comunicaciones, inviolabilidad del domicilio, o sean, en fin, los referidos a la actividad probatoria, especialmente a través de la consagración, compleja, del derecho a la presunción de inocencia.

La importancia de los derechos fundamentales del imputado en el proceso penal

El imputado es el sujeto pasivo del proceso penal, no un simple objeto del mismo como sucedió en el periodo inquisitivo. Y, además, el imputado es una parte esencial del proceso; sin él no existe; sin que asuma la consideración de parte, con las cualidades y caracteres propios de la misma, no se puede hablar de proceso, sino de meros expedientes de investigación.

El estatuto de imputado debe responder a esta realidad, de modo que es necesario asumir que aquel no es llamado al proceso para procurar sobre su base la prueba de su misma culpabilidad, para lograr la confesión o cualquier otro tipo de pruebas, aunque todas estas conductas no estén prohibidas. El imputado, en su condición de parte, ostenta derechos consustanciales a dicha posición, especialmente el de defensa que asegura la contradicción.

Pero, a la vez, el imputado, naturalmente, constante el proceso y con anterioridad a la sentencia, puede ser objeto de limitaciones en sus derechos, ya que todos los derechos, salvo la vida, son restringibles en el marco del proceso penal, siempre que ello tenga lugar respetando determinados y absolutos presupuestos.

Aparece, pues, una clara confrontación de intereses, aparentemente opuestos; por un lado, el del Estado en la investigación del delito; por otro lado, el del imputado en la preservación de su libertad y del resto de sus derechos.

Por ello, todas las normas constitucionales, conscientes de esta realidad, regulan una relación de derechos fundamentales que vienen a constituir, con sus correspondientes y regladas limitaciones, la barrera infranqueable para el mismo Estado, a partir de la cual no le es dado a los órganos de persecución penal extender sus actuaciones.

Los requisitos para la limitación de los derechos fundamentales

Todos los derechos fundamentales, salvo la vida, son limitables en el curso de una investigación penal, siempre, claro está, que la Constitución autorice de forma expresa su limitación y se haga con arreglo a los siguientes requisitos:

Legalidad

La mera consagración de un derecho fundamental a nivel constitucional implica su pleno reconocimiento y vigencia, sin que sea necesario al efecto que una ley lo desarrolle. Es decir, las leyes que regulan los derechos fundamentales no son leyes que tiendan a darles virtualidad o eficacia alguna, sino sólo a establecer los límites a su ejercicio.

Ahora bien, sólo puede limitarse un derecho hasta donde lo permita, de modo además expreso, una ley. Ni cabe la interpretación extensiva, ni la jurisprudencia puede servir para habilitar restricciones no previstas legalmente. En materia de restricción de derechos fundamentales, la jurisprudencia no es fuente del derecho.

Jurisdiccionalidad

Salvo las excepciones que legalmente se establezcan, siempre con carácter restringido y justificado en razones de absoluta urgencia, cualquier privación de derechos fundamentales debe ser acordada por los jueces o tribunales, debiendo dicha autorización, además, como regla, ser anterior a la restricción del derecho, no meramente habilitante o calificadora de una adoptada anteriormente por la policía o el fiscal.

Estas últimas autoridades solo podrán dictar resoluciones que priven a los ciudadanos de sus derechos en el curso de una investigación penal cuando la ley lo prevea de modo explícito y exista una situación de urgencia que lo justifique. Pero, en todo caso, dichas medidas han de poder ser, de modo inmediato, controladas por los órganos jurisdiccionales que tendrán así la última palabra.

Previa imputación

Sólo es posible restringir derechos fundamentales en el curso de una investigación penal respecto de sujetos previamente imputados. Es inadmisibile hacerlo cuando sobre los investigados no recaiga sospecha delictiva alguna, ya que la imputación viene a constituir la fundamentación de la medida.

A título de ejemplo, no es posible la realización de redadas policiales o judiciales sobre sujetos indeterminados en busca de droga o la entrada en un edificio en busca de tales sustancias. La restricción de los derechos ha de ser siempre adoptada de forma motivada e individual, concreta y determinada.

Este requisito solo puede ser excepcionado en situaciones precisas y justificadas por el principio de proporcionalidad. Así, por ejemplo, en los casos de controles policiales en lugares públicos tras la comisión de un delito grave que atente a la seguridad pública (terrorismo) o en los delitos de peligro abstracto, en los que la imputación nunca puede ser previa con un grado de mínima certeza (controles de alcoholemia).

El juicio de proporcionalidad

Toda limitación de derechos debe supeditarse, a la hora de su adopción y para su mantenimiento y configuración de su extensión, a un juicio de proporcionalidad. Este análisis no tiene otra finalidad que la de evitar que la intromisión resulta injustificada por excesiva atendiendo al fin perseguido por la misma, siendo de aplicación la conocida regla de la “prohibición de exceso”.

La proporcionalidad se manifiesta en las siguientes exigencias:

- El deber de motivación de las resoluciones limitativas de derechos. Esta exigencia se justifica en la necesidad de realizar, especificar y comunicar al imputado el concreto juicio de proporcionalidad llevado a cabo en un caso determinado.

- La necesidad o idoneidad de la medida. Toda medida restrictiva de derechos ha de ser necesaria para la consecución de un fin, así como idónea para la obtención del resultado buscado con ella. Necesidad, por tanto, implica que no debe limitarse un derecho cuando la investigación pueda desarrollarse a través de otros medios que sean menos intensos o que afecten en menor medida a los derechos del imputado. Necesidad supone, además, justificación estricta de la medida, de manera que no es posible su adopción si no responde a fines constitucionalmente legítimos o no susceptibles de amparo o protección. Idoneidad, por su parte, equivale a utilidad de la medida para el específico fin propuesto. No es dable imponer una restricción de derechos cuando por medio de ella no se va a procurar un resultado objetivo.
- Proporcionalidad en sentido estricto. El juicio de proporcionalidad, en fin, supone, una atemperación entre gravedad de la intromisión y del delito investigado, de manera que jamás puede autorizarse una restricción de derechos en supuestos de investigaciones delictivas de escasa gravedad o repercusión social.
- Garantías en la ejecución de la restricción. Toda limitación de derechos fundamentales, en fin y para evitar una injerencia inadmisibles o que pudiera resultar gravosa para el imputado, debe estar condicionada a la verificación de determinadas condiciones que, por un lado, la hagan fiable en orden a la obtención de sus resultados y, por otro lado, eviten causar a los inculcados daños que resulten innecesarios. Por ejemplo, un registro corporal debe ser efectuado en condiciones de respeto a la intimidad y al honor personal, en espacios cerrados y dispuestos especialmente para ello; y una intervención telefónica ha de ejecutarse por especialistas cualquiera que sea la autoridad que la acuerde.

IV. BILIOGRAFÍA

- Asencio Mellado, JM. *Derecho Procesal Penal*. Valencia. 2015.
- Beccaria, C. *Tratado de los delitos y de las penas*. Universidad Carlos III de Madrid. 2015.
- Bentham, J. *Tratado de las pruebas judiciales* (Compilado por Esteban Dumont con comentarios de B. Anduaga Espinosa). Madrid. 1843. Pág. 102. Citado por Pedraz Penalva, E. *Derecho Procesal Penal*. Tomo I. *Principios de Derecho Procesal Penal*. Madrid. 2000.

- Canelutti, F. *Principios del proceso penal*. Traducción del volumen italiano *Principi del Processo Penale*, Napoli, 1960, efectuada por Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires. 1971.
- Gimeno Sendra, V. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Madrid. 2008.
- Moreno Catena, V. y Cortés Domínguez, V. *Derecho Procesal Penal*. Valencia. 2004. Pág. 141.
- Prieto-Castro y Ferrándiz, L. y Gutiérrez Ded Cabiedes y Fernández de Heredia, E. *Derecho Procesal Penal*. Segunda edición. Primera reimpresión. Madrid. 1982.
- Roxin, C. *Derecho Procesal Penal*. Traducción de la 25ª edición alemana *Strafverfahrensrecht*, Munich, 1998, efectuada por Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor, revisada por Julio B. J. Maier. Buenos Aires. 2000.
- San Martín Castro, C. *Derecho Procesal Penal*. Volumen I. Segunda edición. Lima. 2003.

PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y OPORTUNIDAD

María Herrero Pinilla
Magistrada

Sumario

- I. PLANTEAMIENTO INTRODUCTORIO. LEGALIDAD VERSUS OPORTUNIDAD
- II. DEFINICIÓN PRINCIPIO DE LEGALIDAD: FUNDAMENTOS, GARANTÍAS Y CRISIS DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD
- III. DEFINICIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD
- IV. RAZONES A FAVOR DE LA INTRODUCCIÓN DE MEDIDAS ALTERNATIVAS AL PROCESO PENAL
- V. MEDIDAS ALTERNATIVAS AL PROCESO PENAL COMO REFLEJO DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD
- VI. MANIFESTACIONES DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL
- VII. CONCLUSIONES: RELACIONES ENTRE AMBOS PRINCIPIOS
- VIII. BIBLIOGRAFÍA

I. PLANTEAMIENTO INTRODUCTORIO. LEGALIDAD VERSUS OPORTUNIDAD

Dentro del ámbito procesal penal, la doctrina suele referirse a los principios de legalidad y de oportunidad como dos tipos alternativos de determinación de las facultades que la norma otorga al órgano encargado de ejercer la acusación pública, en el momento de plantear la acción penal.

El principio de legalidad se traduciría, así, en la obligación del Ministerio Fiscal de ejercer dicha acción tan pronto exista constancia de la comisión de una infracción penal (hecho típico y antijurídico), excluyendo cualquier otra forma de resolver el conflicto generado por el acto ilícito. **El principio de oportunidad**, por el contrario, permitiría al Ministerio Público no llegar al procesamiento del investigado y archivar el procedimiento —archivo por razones de oportunidad—, a pesar de que la investigación haya evidenciado la participación de aquél en el hecho delictivo. Implica la existencia de una vía de solución de conflictos, dentro de la Administración de Justicia, menos beligerante y alternativa a la tradicional que es el proceso judicial.

Desde esta perspectiva, suelen contraponerse ambos principios de forma irreconciliable, ya que la oportunidad, entendida de forma absoluta o pura como discrecionalidad en la toma de decisiones por parte del Ministerio Público, implicaría el ejercicio de facultades decisorias sin cobertura legal.

El proceso penal español, al igual que ocurre con la práctica totalidad de los sistemas jurídicos continentales —ajenos a la tradición del common law— está basado en el principio de legalidad, por lo que los fiscales, garantes de la legalidad en la persecución de los delitos, están obligados a ejercitar las acciones penales frente a aquellos hechos que tengan relieve delictivo, haya o no acusación particular. Sin embargo, esto no supone un obstáculo a la paulatina introducción de instituciones que son reflejo del principio de oportunidad reglada y no discrecional, a las que más tarde haré referencia.

II. DEFINICIÓN PRINCIPIO DE LEGALIDAD: FUNDAMENTOS, GARANTÍAS Y CRISIS DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Al amparo del principio de legalidad, el proceso penal ha de incoarse necesariamente ante la sospecha de cualquier delito, sin que el fiscal esté autorizado a disponer oportunamente sobre el sobreseimiento de la causa, ni el órgano judicial a otorgarlo; se impide a uno y otro que actúen con discrecionalidad. Podemos decir que es un principio que se manifiesta en la oficialidad de la incoación, el impulso y la finalización del proceso, que no tienen carácter dispositivo para las partes procesales.

Fundamentos del principio de legalidad

Dos son los fundamentos en los que la doctrina sustenta, tradicionalmente, el principio de legalidad: el político democrático-representativo y el político criminal.

- **Conforme al fundamento político democrático-representativo**, en un sistema democrático, las normas procesales penales son elaboradas por el Poder Legislativo, integrado por los representantes de los ciudadanos. El ciudadano encuentra legitimidad en la norma que ha de obedecer, ya que ha sido creada por quien lo representa y a quien ha elegido a través del oportuno proceso electoral.
- **Desde una óptica de política criminal**, el principio de legalidad:
 1. Responde a **la exigencia de máxima precisión** de lo que está penalmente prohibido, a fin de que los ciudadanos conozcan con absoluta certeza lo que pueden o no hacer.
 2. Fundamenta **la irretroactividad de las leyes penales desfavorables**, pues el ciudadano solo puede ser castigado en base a leyes promulgadas con anterioridad a la comisión del hecho delictivo.
 3. Se encuentra en la base **de la prevención general** de las conductas delictivas, pues la pena, previamente prevista en la Ley, ejerce una coacción psicológica en el ciudadano, quien evitará delinquir por miedo a la sanción que puede serle impuesta.

Garantías (beneficios) que proporciona el principio de legalidad en el proceso penal

El ejercicio del *ius puniendi*, monopolio del Estado e instrumento de pacificación social —los ciudadanos no pueden tomar la justicia por su mano—, está sometido a determinados límites para evitar la discrecionalidad en su empleo por los poderes públicos, lo que ayuda al propio Estado a mantener su legitimidad ante los ciudadanos. Alguno de estos límites o garantías se incluye dentro del principio de legalidad:

- **Proporciona al ciudadano la seguridad jurídica** de que no va a ser sancionado ni por infracciones ni a penas que no estén previstas por la ley, penas que, además, le serán impuestas por un Juez dentro de un proceso establecido legalmente. Le protege frente a la arbitrariedad/discrecionalidad de los poderes del Estado.
- **Garantiza la libertad individual del ciudadano** por cuanto limita la potestad punitiva del Estado sólo a aquellas conductas definidas previamente en la norma. Se trata de una garantía que inspira los sistemas democráticos, donde es prioritario el respeto de los derechos y libertades individuales, que serán restringidos solamente cuando sea estrictamente necesario (principio de intervención mínima).
- **Garantía del derecho fundamental de igualdad** de todos los ciudadanos ante la ley penal, ya que existe la obligación de ejercer la acción penal frente a todos los que transgreden la norma. Implica que el Derecho se aplica de forma unitaria e igual para todos, lo que aporta una mayor confianza de los ciudadanos en su administración de justicia.

Crisis del principio de legalidad

A pesar de todas las ventajas (garantías) que para el ciudadano reporta la vigencia del principio de legalidad en el proceso penal, la práctica judicial ha venido mostrando, desde hace décadas, que es absolutamente imposible cumplir con el mandato de persecución absoluta de toda conducta transgresora. Los Estados carecen de los medios personales y materiales suficientes para castigar todos los comportamientos ilícitos que se producen en la sociedad. Sin posibilidad de realización práctica, los postulados que emanan de una legalidad estricta devienen una entelequia.

Del mismo modo, el elevado número de asuntos que llega a los tribunales implica la excesiva duración de los procesos penales por lo que, en muchos casos, cuando la sentencia es dictada y alcanza firmeza, resulta inadecuada para resolver el conflicto en su día generado por la acción criminal. En consecuencia, el proceso penal no logra satisfacer los fines que perseguía, no exclusivamente constituidos por el ejercicio del *ius puniendi* estatal, sino de protección del acusado —su reeducación y reinserción social— y de tutela de la víctima —reparación del daño que le causó el delito—. Se quebrantan, así, garantías y derechos procesales, muchas veces reconocidos a nivel constitucional.

Ante esta situación, a partir de la Primera Guerra Mundial la doctrina científica comienza a evocar la aplicación de postulados que, alejados de una legalidad en sentido estricto, se presentan más eficaces para afrontar la persecución de los delitos. Será a raíz de la Segunda Guerra Mundial cuando, ante el incremento considerable de la criminalidad patrimonial y normalmente de carácter leve, consecuencia del conflicto bélico y de la pobreza imperante, los Estados se planteen la modificación de sus sistemas procesales, a fin dar una respuesta rápida y eficaz a estas nuevas formas de delincuencia.

Se habla así de crisis del principio de legalidad y del nacimiento del principio de oportunidad que, ante el incremento de los ilícitos penales y la escasez de medios humanos y materiales de la administración de justicia, propone postulados que simplifican y agilizan del proceso penal, bien facultando a los órganos encargados de perseguir los delitos para que no actúen ante determinadas infracciones —normalmente se trata de delitos leves, que conforman la llamada "*criminalidad de bagatela*"—, bien estableciendo la posibilidad de negociación entre las partes del proceso. El acusado consigue la reducción de la pena y se excluye la celebración del juicio oral (conformidad penal), con lo que se acorta considerablemente la duración del procedimiento. El proceso penal formal se circunscribe a las formas de criminalidad más graves.

Estos nuevos medios alternativos al principio de legalidad procesal encontrarán primero acomodo en los ordenamientos jurídicos sometidos al *common law*, para reflejarse pronto en sistemas continentales, iniciándose en Alemania y luego en Portugal o Italia.

III. DEFINICIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

El principio de oportunidad encuentra su origen en la necesidad de flexibilizar la aplicación de una legalidad estricta, tomando en consideración la gravedad de los ilícitos y las circunstancias de su autor. Se introduce la posibilidad de archivar el procedimiento por razones de oportunidad o de modular la acusación a través de la conciliación y la mediación. El legislador establece mecanismos que promueven el interés público de la administración de justicia, por vías distintas al proceso tradicional y al procesamiento del autor del hecho.

Gimeno Sendra lo define como la facultad que el ordenamiento procesal confiere al Ministerio Fiscal o a los órganos de persecución penal en general, para, no obstante la sospecha de la comisión de un delito público, dejar de ejercitar la acción penal o solicitar de la autoridad judicial un sobreseimiento o una reducción sustancial de la pena a imponer al encausado, en los casos expresamente previstos en la norma —normalmente delitos que no revisten especial gravedad— y siempre y cuando hayan de tutelarse intereses constitucionalmente protegidos. Se atienden a razones tales como la escasa lesión social provocada por los hechos, la reparación del daño, la economía procesal o la rehabilitación del delincuente¹.

Acabamos de definir la **oportunidad reglada** pues sólo se aplica en los casos expresamente previstos en la Ley y sobre la base de un interés constitucional o legalmente protegido, ya sea la mejor aplicación del ius puniendi para el agresor —conseguir su rehabilitación— ya la pronta reparación de la víctima.

Distinguimos, por tanto, entre dos manifestaciones del principio de oportunidad:

- **Oportunidad pura o discrecional:** otorga un amplio grado de discrecionalidad al Ministerio Público, o incluso a la policía, a la hora de decidir si ejercitar o no la acción penal. Impera en los sistemas procesales penales anglosajones.

.....

1. Gimeno Sendra V. *El principio de oportunidad y el Ministerio Fiscal*, Diario la Ley nº 8746, 2016, p.3.

- **Oportunidad reglada:** sistemas en los que rige el principio de legalidad, pero se permiten excepciones al mismo por razones de oportunidad; en estos casos, la discrecionalidad con la que actúa el Ministerio Público está determinada y limitada por la norma. Rige en los sistemas procesales continentales.

Bajo el prisma del principio de oportunidad reglada, no hay, por tanto, ausencia de regulación jurídica. Cuando rige el principio de legalidad, la norma obliga al órgano público a llevar a cabo una acción, puesto que la valoración de las circunstancias ya la ha realizado el Legislador. Por el contrario, en el principio de oportunidad la norma autoriza a realizar dicha valoración al Ministerio Público, quien adoptará su decisión **al objeto de conseguir el interés público definido por el ordenamiento jurídico** y que no ha de ser necesariamente el castigo del culpable, sino su rehabilitación o la reparación de la víctima.

Posicionamiento internacional ante el principio de oportunidad

La adopción del principio de oportunidad por los sistemas procesales de los Estados no es, desde hace varias décadas, una opción, sino una necesidad. Así lo han puesto de manifiesto diversos organismos internacionales a nivel europeo e internacional.

En 1990, la ONU, a través de las llamadas **Reglas de TOKIO** (*Reglas Mínimas sobre medidas no privativas de libertad*), aprobadas mediante Resolución 45/110, de 14 de diciembre de 1990, instó a sus miembros a establecer otros mecanismos para evitar el proceso penal: *“Cuando así proceda y sea compatible con el ordenamiento jurídico, la policía, la fiscalía u otros organismos que se ocupen de casos penales deberán estar facultados para retirar los cargos contra el delincuente si consideran que la protección de la sociedad, la prevención del delito o la promoción del respeto a la ley y los derechos de las víctimas no exigen llevar adelante el caso. A efectos de decidir si corresponde el retiro de los cargos o la institución de actuaciones, en cada ordenamiento jurídico se formulará una serie de criterios bien definidos. En casos de poca importancia el fiscal podrá imponer las medidas adecuadas no privativas de libertad, según corresponda”*. Este mismo criterio había sido evocado en las **Directrices de las Naciones Unidas sobre la función de los fiscales**, acordadas en el Octavo Congreso sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente, celebrado en La Habana el 7 de septiembre de 1990. Se exhortaba a los Estados a explorar nuevas vías para reducir el número de casos que pasan a la vía judicial, no solamente para aliviar la carga excesiva de los

tribunales, sino también para evitar el estigma que significa la prisión preventiva, la acusación y la condena, así como los posibles efectos adversos de la prisión. Todo ello respetando plenamente los derechos del sospechoso y de la víctima.

Ya con anterioridad, en septiembre de 1987, **el Consejo de ministros del Consejo de Europa** en su sesión 410^a, emitió la Recomendación R (87) dirigida a simplificar la justicia penal, señalando directrices basadas en el modelo americano, tales como la persecución penal discrecional, establecimiento de los procedimientos sumarios y simplificados y el fomento de acuerdos extrajudiciales.

IV. RAZONES A FAVOR DE LA INTRODUCCIÓN DE MEDIDAS ALTERNATIVAS AL PROCESO PENAL

Razones de interés público y de economía procesal

Al hablar de *interés público*, pensamos en razones basadas en la levedad del hecho y en el escaso impacto social en la condena del culpable. Cuando concurren estas circunstancias, lo aconsejable es archivar el procedimiento penal y buscar formas más eficaces de rehabilitación del imputado y de reparación del daño provocado a la víctima.

Por lo que respecta a la economía procesal, ante el imparable aumento de ilícitos penales, se trata de utilizar de forma racional los limitados recursos humanos y materiales disponibles dentro de la Administración de Justicia, reduciendo el volumen de asuntos a enjuiciar y las dilaciones procedimentales a través de vías alternativas, dirigidas a sobreseer la causa o a evitar el proceso.

Razones de justicia social, material y de evitación de la reincidencia

Si se adoptan medidas alternativas al proceso penal, el imputado podrá iniciar un programa de tratamiento fuera del ámbito carcelario, manteniendo los lazos familiares y sociales, evitando el estigma que, de cara a la aceptación por parte de la sociedad, supone una condena penal y consiguiendo más fácilmente su rehabilitación, lo que evitará la reincidencia en la comisión de futuros delitos.

Desde el punto de vista de la víctima, el seguimiento del proceso penal en los delitos denominados "*bagatela*", sólo tiene una finalidad: el ser resarcido económicamente de los daños sufridos. Si el infractor va a la cárcel, es muy probable que no pueda hacer frente al pago de las oportunas indemnizaciones, pues se le priva de la posibilidad de mantener o conseguir un empleo.

Razones derivadas de la superpoblación carcelaria

En el 12º Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia Penal, celebrado en Salvador (Brasil) durante el mes de abril de 2010, se puso de manifiesto la necesidad de disminuir los altos niveles de población carcelaria, que repercute negativamente en el respeto de los derechos fundamentales de los presos y en la seguridad de los funcionarios de prisiones. Los delegados de Naciones Unidas aconsejaron, en los casos de delitos leves, la introducción en los ordenamientos jurídicos de medidas alternativas al proceso penal, como el sobreseimiento por razones de oportunidad o fórmulas de mediación (justicia reparadora).

V. MEDIDAS ALTERNATIVAS AL PROCESO PENAL COMO REFLEJO DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

Sobreseimiento condicional por razones de oportunidad

Se define como un procedimiento formal, autorizado por el legislador, consentido por la acusación, en el que a los acusados por ciertas infracciones penales se les suspende el procedimiento penal en curso, siendo derivados a un programa rehabilitador (formación, asistencia, etc.), todo ello sometido a criterios preestablecidos en la norma. Si el programa es superado con éxito, el procedimiento penal se archiva de forma definitiva. Caso contrario, se reabre y sigue su curso.

Es reconocido en muchos países de Europa, desde que se implantó en Alemania en la década de los 70 del pasado siglo. Se tendrá en cuenta sólo ante hechos penalmente poco relevantes, castigados con penas leves o menos graves (normalmente inferiores a 3 años de prisión) La condición ofrecida al imputado por el Ministerio Fiscal a cambio de sobreseer la causa, será la de realizar alguna actividad en beneficio de la comunidad, cumplir con las responsabilidades civiles ante la víctima o seguir un programa de rehabilitación frente a adicciones (drogas, alcohol, etc.), si el delito ha sido cometido por esta causa. Veamos algunos ejemplos.

1. **Alemania:** si bien el Ministerio Fiscal ha de instar la acción penal ante las conductas que responden al tipo del delito (principio de legalidad), si se trata de *delitos bagatela* (leves) puede archivar la acción penal siempre que el imputado cumpla las condiciones impuestas, como la realización de trabajos en beneficio de la comunidad o la reparación del daño. Si ha de someterse a tratamiento de rehabilitación (drogas o alcohol) el juez ha de autorizar la orden de archivo penal.
2. **Bélgica, Francia y Portugal:** similar al sistema alemán, el archivo del procedimiento por razones de oportunidad está previsto para delitos cuyas penas no superen los 3 años de prisión, siempre que se haya resarcido a la víctima por los daños causados. En el caso francés, se exige la autorización judicial del sobreseimiento.

3. **Holanda:** se prevé esta medida cuando la pena de privación de libertad no exceda de 6 años, siempre que consienta el acusado y se haya compensado a la víctima.
4. **Austria:** los delitos atribuidos al imputado no pueden superar los 5 años de prisión. Tanto el Juez como el Fiscal están facultados para adoptar la medida de sobreseimiento condicionado.

La conformidad penal

Podemos definir el instituto de la conformidad penal como la aceptación, por parte del acusado, de la imposición en sentencia posterior de la pena más grave solicitada por la acusación, sin previa celebración de juicio oral.

Se trata de una excepción al carácter indisponible del objeto del proceso penal y es uno de los reflejos más evidentes del principio de oportunidad.

Su introducción en el derecho continental europeo se realiza bajo el influjo del sistema americano del ***plea bargaining***, donde el 93% de los asuntos penales finalizan con el acuerdo entre Fiscal y defensa. El que el acusado obtiene una serie de concesiones de tipo oficial si se declara culpable, sin que se celebre el juicio oral. Dicho acuerdo es ratificado por el Juez. Las facultades del Fiscal son enormes, casi ilimitadas, pues puede ofrecer al acusado la reducción, sustitución, la suspensión de la pena o la modificación del tipo penal por el que inicialmente se ejercía la acusación. Se considera positivo que los asuntos claros (causas flagrantes o en las que existe prueba directa) concluyan rápidamente —ahorro de costes económicos y personales de la Administración de Justicia— y los recursos del sistema judicial se destinen a las causas penales complejas y controvertidas. Además, se contribuye a la reinserción social del condenado, a su no estigmatización por un eventual ingreso en prisión y a la más rápida reparación a la víctima.

Sin embargo, también existen desventajas en este sistema desde la óptica de los derechos de los acusados, ya que no existe una verdadera igualdad en la posición de las partes a la hora de negociar; el Ministerio Fiscal siempre ocupa una posición preponde-

rante frente al acusado, con el riesgo real de que aquél pueda ejercer una gran presión sobre el encausado que le lleve a reconocer unos hechos de los que es inocente con el sólo motivo de evitar un largo proceso de resultado incierto para sus intereses.

Es por ello por lo que el Derecho continental europeo no ha asumido el plea bargaining en su dimensión americana, sino con características y reglas propias, inspiradas en la salvaguarda de los derechos fundamentales procesales de los acusados y un mayor control judicial de los acuerdos alcanzados entre las partes. Es lo que ha ocurrido en Italia (patteggiamento) y Alemania (Absprachen)

Otros países europeos, como Francia, Suiza, Rumania, Bélgica, Polonia, Grecia, Moldavia, República Checa, Croacia o Finlandia, han introducido en sus ordenamientos jurídicos la justicia negociada, bajo el influjo del derecho norteamericano, si bien con características propias que los distinguen del sistema americano puro.

Este sistema alternativo al proceso penal ha llegado a otros continentes y así ha sido acogido en India, Rusia, China, Indonesia o Japón y en no pocos países africanos (Sudáfrica y Nigeria). Todo ello sin mencionar a los países sujetos al common law, que, por motivos obvios, siguen la estela marcada por los Estados Unidos en esta materia (Inglaterra y Gales, Canadá, Australia y Nueva Zelanda).

No podemos olvidar las legislaciones Latinoamericanas cuyas recientes reformas procesales van encaminadas a la introducción del criterio de oportunidad y de justicia negociada en el proceso penal.

Mediación penal

Podemos definirla, con Gimeno Sendra, como un medio de solución de los conflictos que subyacen en el proceso penal, *“informado por el principio de oportunidad, al que las partes pueden acudir siempre y cuando el investigado reconozca su participación en el hecho punible y manifieste su voluntad reparadora, mediante el cual un tercero imparcial, el mediador, intentará aproximar al agresor y su víctima para que, tras la pertinente indemnización de aquél a ésta, se solucione su conflicto intersubjetivo y*

pueda la defensa y la acusación particular proponer al Ministerio Fiscal una conformidad negociada que finalice con una sentencia en la que, cumpliéndose los fines de prevención de la pena, se pueda obtener también la reinserción del imputado”².

Su finalidad es siempre reparadora, que se integra en la llamada *Justicia Reparadora o Restaurativa*. En ella, el protagonismo es de las partes en conflicto (víctima y agresor) y no de la Autoridad Judicial o del Ministerio Fiscal. Busca el acercamiento entre la víctima y el delincuente, a fin de alcanzar un acuerdo entre ambos para arreglar el conflicto generado con el comportamiento delictivo, mediante el diálogo y la comunicación. El agresor podrá manifestar las razones que le llevaron a cometer la infracción y la víctima expresar el impacto psicológico y emocional que la acción delictiva ha tenido en ella. Hace que la víctima sienta una mayor tranquilidad, pues es protagonista y partícipe del tratamiento que la justicia da al hecho ilícito cometido en su contra. Así mismo, se logra la rehabilitación y reinserción del delincuente, evitando los efectos criminógenos que su ingreso en prisión puede conllevar.

Como resultado de los encuentros entre agresor y víctima, el procedimiento terminará con la reducción de la pena del agresor, mediante una sentencia de conformidad. El perdón de la víctima y la imposición de determinadas medidas al imputado, como trabajos en beneficio de la comunidad o de la propia víctima, la reparación del daño causado o el sometimiento a tratamientos de rehabilitación o desintoxicación de drogas o alcohol, si la infracción fue cometida bajo su dependencia, son consustanciales a esta vía alternativa al proceso formal.

Especial protagonismo cobra **la figura del mediador profesional**, quien dirige los encuentros entre víctima y agresor. En él han de concurrir los requisitos de profesionalidad, neutralidad e imparcialidad. No estamos ante un árbitro ya que él no arregla el conflicto entre la víctima y su agresor, sino que facilita el diálogo entre aquéllos, intermedia y persuade a los protagonistas para que alcancen una solución, tanto en lo que respecta a la pretensión penal como a la civil.

El Ministerio Fiscal —o, en su caso, el Juez— por su parte, tendrá un papel de selección de los asuntos que puedan ser objeto de mediación, de determinación de las medidas o condiciones acordadas como resultado de la mediación y que deba cumplir el infractor, así como del control de su cumplimiento.

.....

2. Gimeno Sendra V., *El principio de oportunidad y la mediación penal*. En *Postmodernidad y Proceso Europeo: la oportunidad como principio informador del proceso judicial*. Ed. Dykinson, Madrid. 2020. p. 240.

Tanto el Comité del Consejo de Europa como la Asamblea General de las Naciones Unidas han recomendado la mediación como medida alternativa al proceso penal.

Respeto de los derechos fundamentales de los acusados

El proceso penal, basado en el principio de legalidad, supone, como ya hemos explicado con anterioridad, una garantía para el acusado. El ciudadano conoce que se van a seguir unas normas legales, lo que le proporciona previsibilidad y seguridad. Es por ello por lo que la introducción de medidas alternativas al proceso penal, por razones de oportunidad, podría suponer un riesgo para los derechos procesales del imputado, a su estatus procesal. En cierta forma, se desnaturalizan todos los principios básicos del proceso penal, como son la indisponibilidad del objeto, la búsqueda de la verdad material, la oralidad, la contradicción, la intermediación y la valoración de la prueba propuesta por un órgano jurisdiccional.

Para evitar los problemas expuestos, el legislador ha de buscar fórmulas que hagan compatibles los postulados del principio de oportunidad con el respeto de los derechos fundamentales del individuo, en cuanto sujeto a un proceso penal. En esta línea, **el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas** emitió una guía de principios orientativos para los legisladores, a la hora de regular aquellas medidas, entre las que destaca:

1. **El aseguramiento del derecho de defensa**, tanto para víctima como infractor (asistencia de un abogado y de un traductor si fuera necesario) y
2. **El aseguramiento del derecho a la presunción de inocencia**, de tal forma que las medidas alternativas sólo podrán promoverse cuando exista suficiente base incriminatoria objetiva para sustentar la acusación. La norma debe garantizar que el imputado ha reconocido los hechos de forma libre y voluntaria, sin coacción alguna, y siempre en presencia de su abogado, con plena consciencia de lo que significa y conlleva este reconocimiento, las consecuencias de la aplicación de la medida alternativa que acepta y, en su caso, de las que acarreará el incumplimiento de la condición impuesta.

VI. MANIFESTACIONES DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

La conformidad penal

La Ley de Enjuiciamiento Criminal española no prevé, de forma general, *un procedimiento de conformidad*, en el que se regule el ámbito, la tramitación y las consecuencias de la conformidad, sino que recoge diversos supuestos en los que cabe la posibilidad de que el fiscal y la defensa puedan celebrar un acuerdo, posteriormente homologado por el Juez, con evitación del juicio oral.

1. **Procedimiento Abreviado:** la conformidad del acusado puede manifestarse una vez conocido el escrito de acusación, o bien posteriormente, justo antes del inicio del juicio oral o una vez comenzado, pero antes de practicarse la prueba. En los tres casos, la conformidad ha de ser firmada por el acusado y el letrado de la defensa y supone que han existido negociaciones entre el Ministerio Fiscal y el abogado de la defensa para llegar a un acuerdo sobre la pena, siempre con el conocimiento y consentimiento del acusado.
2. **Juicios rápidos:** son supuestos en los que es el Juez de instrucción que está de guardia quien celebra el juicio y dicta la sentencia, pues no es necesario llevar a cabo más diligencias de investigación, ni se ha personado la víctima. El Ministerio Fiscal presenta inmediatamente escrito de acusación y si el acusado presta su conformidad —previa negociación con el Ministerio Fiscal—, el Juez de Instrucción dictará sentencia condenatoria de conformidad, **con rebaja de un tercio de la pena pedida por la acusación**. Es por ello por lo que se habla de *“conformidad premiada”*. Sólo cabe en supuestos en que los hechos objeto de acusación constituyen delitos castigados con hasta tres años de privación de libertad, multa de cualquier cuantía o si la pena fuera de otra naturaleza, que su duración no exceda de 10 años. Si el fiscal solicita pena de prisión, ésta no ha de superar los dos años. El Juez podrá, así mismo, suspender o sustituir la pena privativa de libertad, aunque no haya sido pedido por las partes.

Ante la falta de una regulación general por parte del Legislador, la Fiscalía General del Estado y el Consejo General de la Abogacía, han elaborado en 2009, un **Protocolo de actuación para Juicios de conformidad**, que fija reglas para la celebración de una conformidad con garantías y eficacia, y establece un sistema de comunicación entre las fiscalías y los abogados en la propuesta y tramitación de las conformidades.

Sobreseimiento de los delitos leves

En los llamados delitos leves, que no llevan aparejada la pena de prisión, el legislador español ha introducido expresamente el principio de oportunidad reglada (hurtos de menos de 400 euros, daños de menos de 400 euros, lesiones leves, coacciones leves, etc.).

Se trata de un **sobreseimiento puro** ya que la efectividad del archivo no está condicionada a que el sujeto cumpla condiciones, medidas o reglas de conducta durante un periodo de tiempo determinado. No hay fase instructora ni intermedia. El juez de instrucción recibe la denuncia o el atestado policial y valora su competencia. Tras incoar el procedimiento, podrá acordar el sobreseimiento y archivo si lo solicita el MF —no lo puede hacer de propia iniciativa—y concurren las siguientes circunstancias:

1. **Que el delito leve denunciado resulte de muy escasa gravedad** (delitos bagatela) a la vista de la naturaleza del hecho, sus circunstancias, y las personales del autor.
2. **Que no exista un interés público relevante en la persecución del hecho.** En los delitos leves patrimoniales, se entenderá que no existe interés público relevante en su persecución cuando se hubiere procedido a la reparación del daño y no exista denuncia del perjudicado.

Proceso penal monitorio o aceptación por Decreto

También regulado en otros ordenamientos jurídicos europeos (Alemania, Francia, Italia o Portugal), como forma de evitar el proceso penal tradicional.

Se aplica a delitos leves y menos graves, siempre que concurren estos requisitos:

1. Que el delito esté castigado con pena de multa, de trabajos en beneficio de la comunidad o pena de prisión que no exceda de un año y que pueda ser suspendida, con o sin privación del permiso de conducir.

2. Que el Ministerio Fiscal entienda que la pena en concreto aplicable es la de multa, la de trabajos en beneficio de la comunidad y, en su caso, la de privación del permiso de conducir.
3. Que no esté personada la víctima.

Durante la fase de investigación, si el Ministerio Fiscal se encuentra ante este tipo de delitos, puede emitir un decreto en el que proponga una pena, a fin de que el Juzgado de Instrucción lo autorice y lo notifique al investigado, quedando, mientras tanto, suspendida la instrucción de la causa.

Si el Juzgado de Instrucción autoriza el decreto del Fiscal, lo notificará al investigado y lo convocará a una comparecencia en la que estará asistido de abogado. Si en la comparecencia el encausado acepta la pena propuesta, el decreto se convierte en Sentencia condenatoria, no recurrible, y se pone fin al proceso penal.

Para el supuesto en el que el decreto emitido por el Fiscal no sea aprobado por el Juez, o si el encausado no comparece o no acepta el contenido del decreto, se proseguirá la instrucción de la causa por sus cauces ordinarios.

Responsabilidad penal de los menores infractores

La Ley que regula en España la responsabilidad penal de los menores infractores (Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, *reguladora de la responsabilidad penal de los menores*) está inspirada en principios orientados a su reeducación, tomando en consideración sus circunstancias personales, familiares y sociales. El interés superior del menor está por encima del *ius puniendi* del Estado y ha de protegerse siempre, lo que permite que el principio de oportunidad esté plenamente asentado en este tipo de procesos, no sólo en España sino en la mayoría de los países.

En el ámbito de las Organizaciones Internacionales, se ha recomendado con frecuencia a los Estados la introducción del principio de oportunidad en los ordenamientos penales juveniles. Pondremos como ejemplo las **Reglas mínimas de Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores**, reglas de Beijing, adoptadas el 29 de noviembre de 1985, donde se dice

expresamente (regla 11): “se examinará la posibilidad, cuando proceda, de ocuparse de los menores delincuentes sin recurrir a las autoridades competentes para que los juzguen oficialmente”. También la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de la ONU el 20 de noviembre de 1989, que promueve la necesidad de potenciar medidas que sean adoptadas mediante modos alternativos al proceso judicial. Finalmente, **la Recomendación 20/1987, del Comité de ministros del Consejo de Europa**, de 17 de septiembre de 1987, relativa a las reacciones sociales ante la delincuencia juvenil, habla expresamente de “alentar el desarrollo de procedimientos de desjudicialización y de mediación a nivel del órgano de prosecución o a nivel policial” a fin de evitar a los menores las consecuencias negativas que acarrea el sistema de justicia penal.

Centrándonos ya en las manifestaciones del principio de oportunidad en la regulación española de la responsabilidad penal de los menores infractores, sólo caben ante delitos leves o menos graves, cometidos sin violencia o intimidación graves. Son las siguientes:

1. **Desistimiento del expediente por el Ministerio Fiscal**, quien decide no incoar procedimiento alguno. A continuación, da traslado de todo lo actuado a la entidad pública encargada de la protección de menores, que promoverá las medidas de protección adecuadas a las circunstancias.
2. **Mediación, reparación y actividades educativas**: se trata de manifestaciones de la justicia restaurativa que se producen una vez incoado el expediente contra el menor. El Ministerio Fiscal desiste de continuar con el procedimiento cuando se produce alguna de estas situaciones: que se ha logrado un acuerdo entre el menor y la víctima (el menor ha de reconocer los hechos y disculparse ante la víctima), que se ha reparado el daño causado por el menor o que éste se ha comprometido a realizar la actividad educativa propuesta por el equipo técnico que trabaja en el tribunal de menores (psicólogos y asistentes sociales) El equipo técnico es el que realiza las tareas de mediación entre el menor y la víctima o perjudicado, e informará al Ministerio Fiscal de los compromisos adquiridos y de su grado de cumplimiento.
3. **Sobreseimiento del expediente a petición del equipo técnico**. Tal petición se realizará cuando éste estime que ha sido suficientemente expresado el reproche al menor con los trámites realizados hasta ese momento, o por considerar inadecuada para el interés del menor cualquier otra intervención posterior, dado el tiempo transcurrido desde la comisión de los hechos.

VII. CONCLUSIONES: RELACIONES ENTRE AMBOS PRINCIPIOS

La ya aludida crisis del principio de legalidad que ha favorito que la práctica totalidad de los ordenamientos jurídicos haya acogido, en mayor o menor medida, las diversas expresiones del principio de oportunidad, exige establecer de forma clara y precisa las relaciones entre ambos principios.

Tampoco la aplicación del principio de oportunidad está excluida de críticas. Se le reprocha que se aparte de principios básicos del Estado democrático y de derecho, como son el principio de igualdad ante la ley, el principio de división de poderes o, incluso, la presunción de inocencia, principio rector del derecho penal. El fin de prevención general de la pena quedaría también desvirtuado, cuando la oportunidad comporta la *impunidad*. La aceleración del proceso y el ahorro de costes, no pueden justificar la afectación de derechos y garantías del imputado, que es la parte más débil en el proceso.

La doctrina, ante estos planteamientos, no es unívoca. Mientras que, para algunos, ambos postulados han de complementarse, buscando el equilibrio entre las manifestaciones o herramientas que uno y otro proveen a la administración de justicia, otros aluden a su carácter incompatible y contrapuesto, ya que responden a razones muy diversas y llevan a consecuencias distintas. Por un lado, el principio de legalidad que concibe la pena como algo *absoluto* que debe recaer en todo aquél que haya infringido, en cualquier forma, la ley penal, manifestación del *ius puniendi* que el Estado ejerce de forma exclusiva y excluyente. De otra parte, el principio de oportunidad que se inspira en planteamientos utilitarios y, por ende, *relativos*.

Desde nuestro punto de vista, esta segunda postura, que considera irreconciliables ambas nociones, es defendible sólo desde una visión estricta de los postulados del principio de oportunidad, entendido como discrecional o *libre* —modelo anglosajón y americano—, en el que los supuestos y condiciones para decidir sobre el ejercicio o no de la acusación se dejan a la discrecionalidad del Ministerio Público (y en ocasiones de la policía) Pero si estimamos el instituto de la oportunidad como reglada, donde el fiscal sólo puede renunciar o condicionar el ejercicio de la acción penal cuando concurren determinados presupuestos legalmente establecidos y sometido a control judicial, lo cierto es que ambos axiomas —la legalidad y la oportunidad— pueden ser complementarios y colaborar en la consecución de un mejor funcionamiento de la administración de justicia. Podemos así decir que **el principio de oportunidad es una manifestación del principio de legalidad**, ya que es la ley la que lo establece y permite

realizar los fines que el legislador persigue con el establecimiento de las penas concretas. En estos casos de oportunidad reglada, ésta no sustituye al principio de legalidad, sino que trata de dar una solución a disfunciones de la administración de justicia, como su retraso, agilizándola, a la par que se cumplen otros objetivos que también persigue el legislador con el proceso penal, que no siempre coincide con la condena del acusado (su rehabilitación, su reinserción, la reparación de la víctima, etc.).

Dicho con otras palabras, la crisis que sufren ambos principios ha de resolverse con un sistema procesal penal que *“sin sacrificar el proceso penal tradicional, dé cabida a las nuevas formas de componer el conflicto, de tal manera que imperen los principios de legalidad y de oportunidad de forma equilibrada y sin claudicaciones, porque, como decía HASSEMER, es necesario que haya tanta legalidad como sea posible y tanta oportunidad como sea necesario”*.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- Alonso Furelos J.M., *Notas sobre el principio de oportunidad procesal*. Revista de Derecho UNED, núm. 25, 2019.
- Cuadrado Salinas C., *El principio de oportunidad. EL sobreseimiento por razones de oportunidad reglada*. En: *La reforma del proceso penal* / dirs., José M^a Asencio Mellado, Olga Fuentes Soriano; coord., Carmen Cuadrado Salinas. Las Rozas (Madrid): La Ley, 2011.
- Díez Riaza S., *Mecanismos alternativos al ejercicio del ius puniendi y la desjudicialización de la intervención con los menores infractores*. En *Postmodernidad y Proceso Europeo: la oportunidad como principio informador del proceso judicial*. Ed. Dykinson, Madrid. 2020.
- Gimeno Sendra V., *El principio de oportunidad y la mediación penal*. En *Postmodernidad y Proceso Europeo: la oportunidad como principio informador del proceso judicial*. Ed. Dykinson, Madrid. 2020.

- González Navarro A., *Breves reflexiones críticas sobre la proyección de los principios de oportunidad y dispositivos en el proceso penal*. En Postmodernidad y Proceso Europeo: la oportunidad como principio informador del proceso judicial. Ed. Dykinson, Madrid. 2020.
- Gutiérrez Albentosa J.M., *Contra la crisis del principio de legalidad, recordar sus fundamentos*. En: La Ley penal: revista de Derecho penal, procesal y penitenciario. Nº 123, nov.dic. 2016.
- Luaces Gutiérrez A.I., *Proceso por aceptación de decreto y principio de oportunidad*. En Postmodernidad y Proceso Europeo: la oportunidad como principio informador del proceso judicial. Ed. Dykinson, Madrid. 2020.
- Martín Delpón J.L., *El principio de oportunidad: análisis de derecho comparado*. Anales de la Facultad de derecho, 28; diciembre 2022.
- Mateos Rodríguez-Arias A., *La pandemia de Covid-19 y las medidas propuestas por la Fiscalía General del Estado, una ocasión para el principio de oportunidad en el proceso penal*. En: Revista Digital Mediación y Arbitraje. Madrid: Sepin, 2020. Nº 24, Mayo 2020.
- San Cirstóbal S., *El principio de oportunidad, justicia restaurativa, y mediación en el proceso penal: perspectivas de futuro*. En: Revista General de Derecho Procesal. Madrid: Iustel, 2022. Nº 56, enero 2022.
- Velásques Velásques F., *La justicia penal: legalidad y oportunidad*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2018.

LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA I

José Manuel Sánchez Siscart
Magistrado



Sumario

- I. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO DERECHO FUNDAMENTAL
- II. EL DERECHO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN LA UNIÓN EUROPEA
- III. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (TEDH).
- IV. CASOS CITADOS

I. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO DERECHO FUNDAMENTAL

La presunción de inocencia está universalmente considerada como un derecho fundamental de la persona, reconocido y proclamado en diversos Convenios internacionales. Así se recoge, por ejemplo, en el artículo 11 de la **Declaración Universal de Derechos Humanos** de 10 de diciembre de 1948, que establece:

“1. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.”

Se reitera en el artículo 6 del **Convenio de Roma para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales** de 4 de noviembre de 1950, en los siguientes términos:

1. *Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá (...) sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella.*
2. *Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada.*
3. *Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos:*
 - a) *A ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y detalladamente, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él;*
 - b) *A disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa;*
 - c) *A defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios para pagarlo, poder ser asistido gratuitamente por un Abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan;*
 - d) *A interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él y a obtener la citación y el interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra;*
 - e) *A ser asistido gratuitamente de un intérprete, si no comprende o no habla la lengua empleada en la Audiencia.”*

Dichos derechos constituyen los elementos esenciales de la noción de “**proceso justo y equitativo**” en materia penal que se configura como un concepto total, integrado por una diversidad de elementos, de modo que la ausencia de cualquiera de ellos puede determinar su vulneración. La presunción de inocencia consagrada en el párrafo 2 del artículo 6 es uno de los elementos de un juicio penal justo requerido por el párrafo 1 (Janosevic c. Suecia, 2002, § 96).

En el artículo 14.2 del **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos** firmado en New York el 19 de diciembre de 1966 se establece:

- “2. *Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.*
3. *Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:*
 - a) *A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella.*
 - b) *A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección.*
 - c) *A ser juzgado sin dilaciones indebidas.*
 - d) *A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o 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 careciere de medios suficientes para pagarlo.*
 - e) *A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo.*
 - f) *A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal.*
 - g) *A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable.”*

Asimismo, el artículo 48 de la **Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea** (2000 y 2009) proclama textualmente:

“Artículo 48. Presunción de inocencia y derechos de la defensa.

1. *Todo acusado se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada.*
2. *Se garantiza a todo acusado el respeto de los derechos de la defensa.”*

En el **Estatuto de Roma** para la creación y puesta en funcionamiento de la Corte Penal Internacional (1998) también se recoge el derecho la presunción de inocencia en el artículo 66.1 al disponer:

1. *Se presumirá que toda persona es inocente mientras no se pruebe su culpabilidad ante la Corte de conformidad con el derecho aplicable.*
2. *Incumbirá al Fiscal probar la culpabilidad del acusado.*
3. *Para dictar sentencia condenatoria, la Corte deberá estar convencida de la culpabilidad del acusado más allá de toda duda razonable.”*

La práctica totalidad de Estados constitucionales y democráticos modernos incluyen el derecho la presunción de inocencia en el listado de derechos fundamentales. Se encuentra íntimamente vinculado, como hemos visto en la redacción de los textos internacionales, con el derecho a un juicio justo y con el derecho de defensa.

En sus líneas maestras vendría significar que toda persona tiene derecho a que se le presuma inocente hasta que se acredite el hecho delictivo y su participación ante un tribunal imparcial, tras un proceso celebrado con plenitud de garantías, en el que se

respete su derecho de defensa. Una decisión que declare la culpabilidad de una persona antes de terminar el proceso violaría el derecho fundamental a la presunción de inocencia¹.

Junto a ello también deben respetarse diversos condicionamientos, tales como:

1. La carga procesal de demostrar la culpabilidad recae siempre en la acusación y consecuentemente no existe carga probatoria alguna para el acusado en cuanto a demostrar su inocencia.
2. La no exigibilidad de prestar juramento al acusado en sus declaraciones, no obligatoriedad de declarar contra sí mismo y el derecho a guardar silencio, sin que el ejercicio de tales derechos sea interpretado como un elemento de culpabilidad.
3. La exigencia de pleno convencimiento del Juzgador más allá de una duda razonable, junto con el principio in dubio pro reo, que exige que, en caso de duda, debe ésta resolverse siempre en favor del reo.

Algunos sociólogos ponen de manifiesto que la creencia social que puede corresponder al ciudadano medio, se alinea más en dar crédito a cualquier noticia o especulación sobre la participación en la comisión de un delito (“algo habrá hecho cuando ha sido detenido o está imputado”) de forma muy diferente a lo que la presunción de inocencia pretende garantizar; o incluso la presión social o mediática que surge ante delitos execrables que conmocionan a la ciudadanía, tiende a minimizar las estrictas exigencias que se derivan del derecho fundamental a la presunción de inocencia que corresponde a todo ciudadano y que constituye uno de los pilares de cualquier sistema penal moderno.

.....

1. Así, por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el asunto *Ürfi Çetinkaya c. Turquía*, 2013, confirmando su jurisprudencia anterior recogida en *Krause v. Switzerland*, 1978 o *Allenet de Ribemont v. France*, 1995, declaró contrario al derecho a la presunción de inocencia proclamado en el art. 6.2 del Convenio la afirmación pública de la policía, publicada en la prensa, en torno a que un sospechoso —aún no condenado— era un “traficante de drogas internacional”. En otras palabras, el Tribunal afirma claramente que el acusado no puede ser presentado públicamente como culpable antes de su condena.

Por su parte, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha censurado que los acusados sean exhibidos esposados o en jaulas, porque de ese modo se indica falazmente que son peligrosos criminales, cuando justamente en ese momento deben ser presumidos inocentes, puesto que están siendo juzgados y se juegan nada menos que la condena.

HR Committee, General Comment No. 32, Article 14: Right to equality before courts and Tribunals and to a fair trial, U.N. Doc. CCPR/C/GC/32 (2007).

Cuando una persona ha sido detenida o se le señala como sospechosa, se origina un recelo en la sociedad, lo que ha tratado de explicarse desde aproximaciones sociológicas o psicológicas. Pero lo cierto es que personas inocentes desde un punto de vista jurídico, han podido ser condenas socialmente en base a meras sospechas, rumores o datos ficticios. De ahí la importancia de esta garantía dentro y fuera del proceso penal, que ha sido elevada al rango de derecho fundamental de las personas.

II. EL DERECHO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN LA UNIÓN EUROPEA

Tal y como establecen los art. 2 y 3 del **Tratado de la Unión Europea** uno de los objetivos de la Unión Europea es la creación de un “espacio de libertad, seguridad y justicia”, que se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos. La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la **Carta de Derechos Fundamentales**, y asimismo establece en el artículo 6.3 del **Tratado de la Unión Europea** que los derechos fundamentales que garantiza el **Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales** formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales.

La garantía de tales derechos fundamentales, entre los que se encuentra la presunción de inocencia, permitirá y reforzará el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales entre los diferentes Estados Miembros, potenciando la cooperación judicial penal en todos sus ámbitos, quedando asegurada la protección judicial de los derechos individuales. De esta forma se logra un principio de confianza mutua en los sistemas judiciales penales de los demás Estados Miembros que constituye la clave para facilitar el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia penal.

Con la finalidad de conseguir la necesaria aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros, la Unión Europea ha dictado una serie de normas mínimas para la protección de los derechos procesales de los sospechosos y acusados², y en concreto, respecto a la protección de la presunción de inocencia ha dictado la **Directiva 2016/343 de 9 de marzo de 2016 por la que se refuerza en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio.**

En el artículo 3 de la Directiva 2016/343 se establece que los Estados Miembros garantizarán que se presume la inocencia de los sospechosos y acusados hasta que se pruebe su culpabilidad con arreglo a la ley. Resulta aplicable desde el momento en que una persona sea sospechosa o esté acusada de haber cometido una infracción penal, y, por lo tanto, incluso antes de que las autoridades competentes de un Estado Miembro hayan comunicado a dicha persona, mediante notificación oficial u otra vía, su condición de sospechosa o acusada. Tal garantía resulta también aplicable a cualquier fase del proceso penal hasta que adquiera firmeza la resolución final sobre si el sospechoso acusado ha cometido la infracción penal.

Específicamente se recoge en el art. 4 de la Directiva 2016/343 que se produce una vulneración a la presunción de inocencia si las declaraciones públicas de las autoridades públicas o las resoluciones judiciales que no fuesen de condena se refieren a un sospechoso o acusado como culpable mientras no se haya probado su culpabilidad con arreglo a la ley. Dichas declaraciones y

.....

2. La necesidad de contar con un marco de garantías homogéneo entre los Estados Miembros de la Unión Europea para sospechosos y acusados, enunciada en el artículo 82.2 b) TFUE para lograr la consolidación de un espacio de libertad, seguridad y justicia europeo, he determinado la publicación de diversos textos normativos:

Directiva 210/64/UE sobre el derecho a la interpretación y traducción en los procesos penales;

Directiva 212/13/UE sobre el derecho a la información en los procesos penales;

Directiva 213/48/UE relativa al derecho a la asistencia letrada en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho que se informe un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad;

Directiva 2016/343/UE por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio;

Directiva 2016/800/UE relativa a las garantías procesales de menores sospechosos acusados en los procesos penales;

Directiva 2016/1919 relativa a la Asistencia Jurídica Gratuita a los sospechosos y acusados en los procesos penales y a las personas buscadas en virtud de un procedimiento de orden europea de detención.

resoluciones judiciales no deben reflejar la opinión de que esa persona es culpable, sin perjuicio de los actos procesales preliminares de carácter procesal que deban basarse en sospechas o en pruebas de cargo (por ejemplo, orden de detención o prisión, escrito de acusación, etc.).

En el art. 5 de la Directiva 2016/343 se recoge la obligación de los Estados Miembros de garantizar que cuando faciliten información a los medios de comunicación, las autoridades públicas deben abstenerse de presentar a los sospechosos o acusados como culpables, mientras no se ha probado con arreglo a la ley la culpabilidad de esas personas. También deberán abstenerse de presentar ante los órganos jurisdiccionales o el público a los sospechosos o acusados como culpables, mediante el uso de medios de coerción física —tales como esposas, cabina de cristal, jaulas o grilletes—, a menos que esos medios sean necesarios en casos específicos (bien por motivos de seguridad, por ejemplo, para impedir que se autolesionen o lesionen a otras personas o causen daños materiales, o bien para impedir que se fugue o entre en contacto con terceras personas, como testigos o víctimas). Asimismo, según recoge el considerando 21, las autoridades competentes deben evitar presentar a los sospechosos o acusados ante los órganos jurisdiccionales o el público vistiendo indumentaria de prisión que pueda ofrecer la impresión o apariencia de que esas personas son culpables.

En el art. 6 de la Directiva 2016/343 se proclama que la carga de la prueba para determinar la culpabilidad de los sospechosos y acusados recae en la acusación, y que los Estados Miembros garantizarán que cualquier duda sobre la culpabilidad beneficie siempre al sospechoso o acusado.

Otros aspectos importantes de la presunción de inocencia se regulan en el art. 7 de la Directiva 2016/343 como el derecho a guardar silencio en relación con la infracción penal de que sean sospechosos o el derecho a no declarar contra sí mismo, sin que se deba forzarles a que aporten pruebas o documentos o facilitar información que pueda resultar autoinculpatoria, si bien específica que no impide a las autoridades competentes recabar pruebas que puedan obtenerse legalmente mediante el ejercicio legítimo de poderes coercitivos que tengan una existencia independiente de la voluntad de los sospechosos o acusados (por ejemplo, el material obtenido con arreglo a una orden judicial, muestras de sangre, orina o tejidos corporales para el análisis del ADN).

Se especifica que el ejercicio por parte de los sospechosos y acusados del derecho a guardar silencio y a no declarar contra sí mismo no se utilizará en contra del sospechoso y no debe considerarse por sí mismo como prueba de que haya cometido la infracción penal.

Por último, según establece el considerando 31 y 32, deberá garantizarse que los sospechosos y acusados reciben información de dichos derechos, en consonancia con la doctrina establecida por el TEDH (*Ibrahim and others v. Reino Unido*, 2016, § 272). La importancia de informar a un sospechoso del derecho a guardar silencio es tal que, aun cuando una persona accede voluntariamente a prestar declaración a la policía tras ser informada de que sus palabras pueden ser utilizado como prueba en su contra, esto no puede considerarse como una elección plenamente informada si no ha sido notificado expresamente de su derecho a guardar silencio y si su decisión ha sido tomada sin la asistencia de un abogado (*Stojkovic c. Francia y Bélgica*, 2011, § 54).

III. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (TEDH)

Como ya hemos expuesto, el artículo 6, apartado 2, del Convenio de Roma proclama el derecho fundamental a la presunción de inocencia. En la delimitación del contenido y alcance de este precepto, el TEDH ha apreciado vulneración del derecho fundamental a la presunción en diversos planos³, a los que nos referiremos a continuación:

.....
3. In *STEDH Dicle and Sadak v. Turkey*, 2015, the Court considers:

“50. Article 6 § 2 protects everyone’s right to be “presumed innocent until proved guilty according to law”. As the Court has reiterated (see Allen v. the United Kingdom [GC], no. 25424/09, § 93, ECHR 2013), viewed as a procedural guarantee in the context of a criminal trial itself, the presumption of innocence imposes requirements in respect of, inter alia, the burden of proof (see Barberà, Messegué and Jabardo v. Spain, 6 December 1988, § 77, Series A no. 146, and Telfner v. Austria, no. 33501/96, § 15, 20 March 2001); presumptions of fact or of law (see Salabiaku v. France, 7 October 1988, § 28, Series A no. 141-A, and Radio France and Others v. France, no. 53984/00, § 24, ECHR 2004-II); and premature statements by the trial court or any other public authority concerning an accused person’s guilt (see Allenet de Ribemont, cited above, §§ 35-36, and Nešák v. Slovakia, no. 65559/01, § 88, 27 February 2007).

51. The Court considers that the presumption of innocence has been flouted if an official statement concerning an accused person reflects an opinion that he is guilty even though his guilt has not yet been legally established. It is sufficient, in this context, even if no formal finding has been made, for a given reasoning to suggest that the judge in question considers the person in question guilty. The Court also observes that the presumption of innocence may be infringed not only by a judge or court but also by other public authorities (see Allenet de Ribemont v. France, 10 February 1995, § 36, Series A no. 308; Daktaras v. Lithuania, no. 42095/98, § 42, ECHR 2000-X; Butkevicius v. Lithuania, no. 48297/99, § 49, ECHR 2002-II; and Gutsanovi v. Bulgaria, no. 34529/10, §§ 191 and 193, ECHR 2013).

52. The Court further reaffirms that a distinction must be made between decisions that reflect an opinion that the person in question is guilty and those which simply describe a situation of suspicion. The former violates the principle of the presumption of innocence, while the latter are considered compatible with the spirit of Article 6 of the Convention (see Marziano v. Italy, no. 45313/99, § 31, 28 November 2002 and the references therein).

53. Lastly, the Court reiterates that Article 6 § 2 of the Convention governs criminal proceedings in their entirety, “irrespective of the outcome of the prosecution”. However, once an accused has been found guilty, in principle, it ceases to apply in respect of any allegations made during the subsequent sentencing procedure (see Matijašević v. Serbia, no. 23037/04, § 46, ECHR 2006-X).

54. Finally, however, in keeping with the need to ensure that the right guaranteed by Article 6 § 2 is practical and effective, the presumption of innocence also has another aspect. Its general aim, in this second aspect, is to protect individuals who have been acquitted of a criminal charge, or in respect of whom criminal proceedings have been discontinued, from being treated by public officials and authorities as though they are in fact guilty of the offence charged. In these cases, the presumption of innocence has already operated, through the application at trial of the various requirements inherent in the procedural guarantee it affords, to prevent an unfair criminal conviction being imposed. Without protection to ensure respect for the acquittal or the discontinuation decision in any other proceedings, the fair-trial guarantees of Article 6 § 2 could risk becoming theoretical and illusory (see Allen [GC], cited above, § 94).

Declaraciones extraprocerales

En términos generales cabe establecer que la obligación que se impone al juez de respetar la presunción de inocencia se encuentra estrechamente ligada a su deber de imparcialidad, garantizando que el juez está exento de cualquier prejuicio sobre la culpabilidad (*Mucha v. Slovakia*, 2021, §§ 48 and 66).

Pero este principio no se dirige solamente a los jueces, sino a todas las autoridades públicas (*Allenet de Ribemont c. France*, 1995, § 36; *Daktaras c. Lituania*, 2000, § 42; *Petyo Petkov c. Bulgaria*, 2010, § 91), cuando se produce una declaración oficial que transmite la sensación de la culpabilidad de un sujeto, que alienta al público a creer que el sospechoso es culpable (*Ismoilov y otros c. Rusia*, 2008, § 161), incluso antes de iniciarse propiamente un proceso penal, prejuzgando de esta manera la valoración de los hechos y la culpabilidad que únicamente podrá quedar establecida en la sentencia definitiva.

El principio de presunción de inocencia no impide a las autoridades informar al público sobre las investigaciones penales en curso, dado el derecho a recibir y comunicar información que resulta prevalente cuando existe un interés social en el contenido de la información. No obstante, exige el TEDH que lo hagan con toda la discreción y la prudencia necesarias para respetar la presunción de inocencia (*Fatullayev c. Azerbaiyán*, 2010, § 159; *Allenet de Ribemont c. Francia*, 1995, § 38; *Garycki c. Polonia*, 2007, § 69). El TEDH ha subrayado la importancia de la elección de palabras por los funcionarios públicos en sus declaraciones antes de que una persona haya sido juzgada y declarada culpable de un delito (*Daktaras c. Lituania*, 2000, § 41; *Arrigo y Vella c. Malta (dec.)*, 2005; *Khuzhin y otros c. Rusia*, 2008, § 94). Para apreciar tal vulneración, se exigiría, por tanto, una declaración clara, a falta de una condena definitiva, de que una persona ha cometido el delito en cuestión (*Ismoilov y otros c. Rusia*, 2008, § 166; *Nešák c. Eslovaquia*, 2007, § 89). No sería suficiente para apreciar vulneración afirmar que una persona es meramente sospechosa de haber cometido un delito (*Garycki c. Polonia*, 2007, § 67). Lo que se prohíbe es la realización de una declaración formal de culpabilidad.

También sucedería cuando los propios jueces realizan manifestaciones a la prensa, fuera del proceso, que demuestran la convicción de culpabilidad antes de que se dicte sentencia condenatoria definitiva (*Minnelli c. Suiza*, 1983, § 37; *Nerattini c. Grecia*, 2008, § 23; *Didu c. Rumanía*, 2009, § 41).

Cuando las declaraciones impugnadas son hechas por entidades privadas (como, por ejemplo, medios de prensa), y no constituyen una reproducción literal de (o una cita directa de) ninguna parte de la información oficial proporcionada por las autoridades, no se plantea una cuestión con arreglo al artículo 6, apartado 2, sino que puede surgir en virtud del artículo 8 del Convenio que protege el derecho al respeto de la vida privada y familiar (*Mityaniny Leonov c. Rusia*, 2019, §§ 102 y 105).

Declaraciones de las autoridades judiciales

Se violará la presunción de inocencia si una decisión judicial relativa a una persona acusada de un delito refleja la opinión de que es culpable antes de que se haya demostrado su culpabilidad con arreglo a la ley. Resulta suficiente que se haya incluido algún razonamiento que sugiera que el tribunal considera culpable al acusado (*Minelli c. Suiza*, 1983, § 37; *Nerattini c. Grecia*, 2008, § 23; *Didu c. Rumanía*, 2009, § 41; *Gutsanovi c. Bulgaria*, 2013, §§ 202-203).

El hecho de que el demandante fuera declarado culpable en última instancia no puede anular su derecho inicial a la presunción de inocencia hasta que se demuestre su culpabilidad con arreglo a la ley (*Matijaševi c. Serbia*, 2006, § 49; *Nešák c. Eslovaquia*, 2007, § 90, en relación con las decisiones por las que se prolonga la detención preventiva de los solicitantes). Para que pueda afirmarse la culpabilidad de una persona no es suficiente con una condena en primera instancia, sino que ésta tiene que ser definitiva. La presunción de inocencia no deja de aplicarse únicamente porque el procedimiento de primera instancia dio lugar a la condena del demandado cuando el procedimiento continúa en apelación (*Konstas c. Grecia*, 2011, § 36).

Incluso despliega su eficacia más allá de la muerte del imputado de modo que un tribunal no puede realizar declaraciones sobre la culpabilidad del imputado después de su suicidio sin determinar su culpabilidad en un juicio formal (*Vulakh c. Rusia*, 2012, § 34).

La expresión de sospechas sobre un acusado es concebible durante la tramitación del proceso penal (*Sekanina c. Austria*, 1993, § 30). Sin embargo, una vez que la absolución ha adquirido firmeza, la expresión de toda sospecha de culpabilidad es incompatible con la presunción de inocencia (*Rushiti c. Austria*, 2000, § 31; *O. c. Noruega*, 2003, § 39; *Geerings c. Países Bajos*, 2007, § 49; *Paraponiaris c. Grecia*, 2008, § 32; *Marinoni c. Italia*, 2021, §§ 48 y 59).

La presunción de inocencia prohíbe la existencia de declaraciones que insinúen la culpabilidad del acusado en una sentencia de absolución, cuando el razonamiento refleja la opinión de que el acusado es efectivamente culpable (Cleve c. Alemania, 2015, § 41). Resultaría admisible, no obstante, la descripción de un “estado de sospecha” o “dudas que se resuelven a favor del reo”, aunque es preciso reconocer que la delimitación entre argumentos que insinúen la culpabilidad real del acusado y la expresión de meras sospechas resulta ciertamente compleja y casuística.

En el asunto Karaman c. Alemania, 2014, § 42, se establece que la presunción de inocencia también puede ser infringida por medio de una expresión prematura de la culpabilidad del sospechoso, en el marco de una sentencia contra co-sospechosos perseguidos en procesos penales seguidos por separado.

Indemnización por prisión preventiva en caso de absolución o sobreseimiento

Aun cuando ni el artículo 6.2 ni ninguna otra cláusula del Convenio otorga derecho a una compensación por una detención provisional legal cuando se levanta el procesamiento o se dicta una sentencia absolutoria, el TEDH concluye que no puede admitirse que se sienten sospechas sobre la inocencia de un acusado tras una absolución que haya adquirido carácter de firmeza, y que se esgriman tales sospechas como motivo de denegación de la correspondiente indemnización. El TEDH indica que ninguna diferencia cualitativa debe existir entre una absolución fundada en la falta de pruebas suficientes y una absolución resultante de una constatación de la inocencia de manera irrefutable. En el asunto Marcelo Lanni c. España, 2016, uno de los demandantes había sido absuelto en primera instancia y otro había sido objeto de un auto de sobreseimiento provisional, y se denegó la indemnización porque no habían sido absueltos en base a pruebas de descargo que confirmasen su inocencia, sino por falta de prueba de cargo suficiente. De esta forma concluye el TEDH que claramente se estaba planteando una duda sobre la inocencia de los demandantes, apreciando vulneración del art. 6.2 del Convenio.

Derecho a permanecer en silencio y no incriminarse

Otro aspecto de la presunción de inocencia es el derecho a permanecer en silencio y no incriminarse, dado que una persona que debe ser presumida inocente no tiene que contribuir a que se pruebe lo contrario ni está obligada a demostrar su inocencia. Se excluyen, por tanto, las declaraciones autoincriminatorias efectuadas con quebrantamiento de este derecho, por ejemplo, la confesión mediante tortura o tratos inhumanos o degradantes⁴, o el empleo de medios contrarios a la dignidad humana como el detector de mentiras o el narcoanálisis. En este sentido, el TEDH ha recordado que la admisión de declaraciones obtenidas como resultado de tortura u otros malos tratos infringiendo el artículo 3 del CEDH, como prueba para determinar los hechos pertinentes en un proceso penal, privaría automáticamente de equidad a todo el proceso (*Gafgen c. Alemania*, 2010 § 166; *Ibrahim and Others v. the United Kingdom [GC]*, 2016, § 254; *El Haski v. Belgium*, 2012, § 85; *Cāsnieks v. Latvia*, 2014, §§ 67-70), incluso cuando la persona sometida a tortura de la que se extrae la evidencia era un tercero (*Othman (Abu Qatada) c. Reino Unido*, 2012, §§ 263 y 267; *Kaçiu y Kotorri c. Albania*, 2013, § 128; *Kormev c. Bulgaria*, 2017, §§ 89-90).

La presunción de inocencia también está estrechamente relacionada con el derecho a no inculparse a sí mismo (*Heaney y McGuinness c. Ireland*, 2000, § 40). El derecho a no incriminarse a sí mismo se relaciona principalmente con el respeto a la voluntad de una persona acusada de permanecer en silencio (*Saunders v. the United Kingdom*, 1996, § 68; *Bykov c. Rusia*, 2009, § 92). El TEDH ha identificado al menos tres tipos de situaciones en las que se puede producir violación de este derecho:

- Cuando se obligue a un sospechoso a testificar bajo amenaza de sanciones (*Saunders v. the United Kingdom [GC]*, 1996, *Brusco v. France*, 2010) o es sancionado por negarse a declarar (*Heaney y McGuinness contra Irlanda*, 2000; *Weh c. Austria*, 2004).
- Cuando se emplea presión física o psicológica, a menudo en forma de tratamiento que infrinja el artículo 3 del Convenio, para obtener declaraciones (*Jalloh c. Alemania [GC]*, 2006; *Gäfgen c. Alemania [GC]*, 2010).

.....
 4. A tenor de la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, cualquier declaración que se demuestre que ha sido hecha como resultado de tortura no puede ser invocada como prueba en ningún procedimiento, salvo en contra de una persona acusada de tortura como prueba de que se ha formulado la declaración.

- Cuando las autoridades utilizan subterfugios para obtener información que no pudieron obtener durante interrogatorio (Allan v. the United Kingdom, 2002 –informante de la policía que compartía celda con el sospechoso)⁵.

No se extiende al uso en procesos penales de material que pueda obtenerse del acusado mediante el uso de poderes coercitivos que tenga una existencia independiente del voluntad del sospechoso, tales como, entre otros, documentos adquiridos en virtud de una orden judicial, muestras de aliento, sangre, orina, cabello o voz y tejido corporal con el fin de realizar pruebas de ADN (Saunders, , § 69; Choudhary v. the Reino Unido, 1999; J.B. c. Suiza, 2001, § 68; y PG y J.H. c. Reino Unido, 2001, § 80).

En el asunto Murray v. Reino Unido, 1996, párrafo 47, el TEDH establece que es evidente que basar una condena única o principalmente en el silencio del acusado o en la negativa a responder preguntas o a declarar él mismo es incompatible con tales inmunidades. Pero considera que es igualmente evidente que estas inmunidades no pueden ni deben impedir que el silencio del imputado, en situaciones que claramente exigen una explicación por su parte, sea tenido en cuenta para valorar el carácter per-

.....

5. In *Allan v. UK* the Court considered as follows:

“50. While the right to silence and the privilege against self-incrimination are primarily designed to protect against improper compulsion by the authorities and the obtaining of evidence through methods of coercion or oppression in defiance of the will of the accused, the scope of the right is not confined to cases where duress has been brought to bear on the accused or where the will of the accused has been directly overborne in some way. The right, which the Court has previously observed is at the heart of the notion of a fair procedure, serves in principle to protect the freedom of a suspected person to choose whether to speak or to remain silent when questioned by the police. Such freedom of choice is effectively undermined in a case in which, the suspect having elected to remain silent during questioning, the authorities use subterfuge to elicit, from the suspect, confessions or other statements of an incriminatory nature, which they were unable to obtain during such questioning and where the confessions or statements thereby obtained are adduced in evidence at trial.

51. Whether the right to silence is undermined to such an extent as to give rise to a violation of Article 6 of the Convention depends on all the circumstances of the individual case. In this regard, however, some guidance may be found in the decisions of the Supreme Court of Canada, referred to in paragraphs 30-32 above, in which the right to silence, in circumstances which bore some similarity to those in the present case, was examined in the context of section 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms. There, the Canadian Supreme Court expressed the view that, where the informer who allegedly acted to subvert the right to silence of the accused was not obviously a State agent, the analysis should focus on both the relationship between the informer and the State and the relationship between the informer and the accused: the right to silence would only be infringed where the informer was acting as an agent of the State at the time the accused made the statement and where it was the informer who caused the accused to make the statement. Whether an informer was to be regarded as a State agent depended on whether the exchange between the accused and the informer would have taken place, and in the form and manner in which it did, but for the intervention of the authorities. Whether the evidence in question was to be regarded as having been elicited by the informer depended on whether the conversation between him and the accused was the functional equivalent of an interrogation, as well as on the nature of the relationship between the informer and the accused.”

suasivo de las pruebas aportadas por la acusación. El acusado debe ser advertido sobre los efectos jurídicos de guardar silencio y la posibilidad de establecer inferencias. Solo si la evidencia contra el acusado “requiere” una explicación que el acusado debería estar en condiciones de dar, la falta de alguna explicación “puede, como una cuestión de sentido común, permitir inferir que no hay ninguna explicación y que el acusado es culpable”. Por el contrario, si el caso presentado por la fiscalía tuviera tan poco valor probatorio que no requiriera respuesta, la falta de respuesta no podría justificar una inferencia de culpabilidad. Por lo tanto, no puede decirse que la decisión de un acusado de permanecer en silencio no deba necesariamente tener implicaciones.

IV. CASOS CITADOS

- *Allan v. the United Kingdom*, no. 48539/99, ECHR 2002-IX
- *Allen v. the United Kingdom* [GC], no. 25424/09, ECHR 2013
- *Alenet de Ribemont v. France*, 10 February 1995, Series A no. 308
- *Arrigo and Vella v. Malta* (dec.), no. 6569/04, 10 May 2005
- *Barberà, Messegué and Jabardo v. Spain*, 6 December 1988, Series A no. 146
- *Brusco v. France*, no. 1466/07, 14 October 2010
- *Butkevi ius v. Lithuania*, no. 48297/99, ECHR 2002-II (extracts)
- *Bykov v. Russia* [GC], no. 4378/02, 10 March 2009
- *C snieks v. Latvia*, no. 9278/06, 11 February 2014
- *Choudhary v. United Kingdom*, 1999.
- *Cleve v. Germany*, no. 48144/09, 15 January 2015
- *Daktaras v. Lithuania* (dec.), no. 42095/98, 11 January 2000
- *Dicle and Sadak v. Turkey*, no. 48621/07, 16 June 2015

- *Didu v. Romania*, no. 34814/02, 14 April 2009
- *El Haski v. Belgium*, no. 649/08, 25 September 2012
- *Fatullayev v. Azerbaijan*, no. 40984/07, 22 April 2010
- *Gäfgen v. Germany* [GC], no. 22978/05, ECHR 2010
- *Garycki v. Poland*, no. 14348/02, 6 February 2007
- *Geerings v. the Netherlands*, no. 30810/
- *Gutsanovi v. Bulgaria*, no. 34529/10, ECHR 2013 (extracts)
- *Heaney and McGuinness v. Ireland*, no. 34720/97, ECHR 2000-XII
- *Ibrahim and Others v. the United Kingdom* [GC], nos. 50541/08 and 3 others, 13 September 2016
- *Ismoilov and Others v. Russia*, no. 2947/06, 24 April 2008
- *Jalloh v. Germany* [GC], no. 54810/00, ECHR 2006-IX
- *Janosevic v. Sweden*, no. 34619/97, ECHR 2002-VII
- *Kaçiu and Kotorri v. Albania*, nos. 33192/07 and 33194/07, 25 June 2013
- *Karaman v. Germany*, no. 17103/10, 27 February 2014
- *Khuzhin and Others v. Russia*, no. 13470/02, 23 October 2008
- *Kikabidze v. Georgia*, no. 57642/12, 16 November 2021
- *Konstas v. Greece*, no. 53466/07, 24 May 2011
- *Kormev v. Bulgaria*, nos. 39014/12, 5 October 2017
- *Marcelo Lanni v. Spain*, 13 february 2012
- *Marinoni v. Italy*, no. 27801/12, 18 November 2021
- *Matijaševi v. Serbia*, no. 23037/04, 19 September 2006
- *Minelli v. Switzerland*, 25 March 1983, Series A no. 62

- *Mityanin and Leonov v. Russia*, nos. 11436/06 and 22912/06, 7 May 2019
- *Mucha v. Slovakia*, no. 63703/19, 25 November 2021
- *John Murray v. the United Kingdom [GC]*, 1996, 8 February 1996
- *Nerattini v. Greece*, no. 43529/07, 18 December 2008
- *Nešák v. Slovakia*, no. 65559/01, 27 February 2007
- *O. v. Norway*, no. 29327/95, ECHR 2003-II
- *Othman (Abu Qatada) v. the United Kingdom*, no. 8139/09, ECHR 2012
- *P.G. and J.H. v. the United Kingdom*, no. 44787/98, ECHR 2001-IX
- *Paraponiaris v. Greece*, no. 42132/06, 25 September 2008
- *Petyo Petkov v. Bulgaria*, no. 32130/03, 7 January 2010
- *Radio France and Others v. France*, no. 53984/00, ECHR 2004-II
- *Rushiti v. Austria*, no. 28389/95, 21 March 2000
- *Salabiaku v. France*, 7 October 1988, Series A no. 141-A
- *Saunders v. the United Kingdom [GC]*, 17 December 1996, Reports of Judgments and Decisions 1996-VI
- *Sekanina v. Austria*, 25 August 1993, Series A no. 266-A
- *Stojkovic v. France and Belgium*, no. 25303/08, 27 October 2011
- *Telfner v. Austria*, no. 33501/96, 20 March 2001
- *Vulakh and others v. Russia*, 10 January 2012
- Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights.

LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA II

M. Encarnación Orduna Pardo
Abogada

Sumario

- I. INTRODUCCIÓN
- II. DETENCIÓN: LECTURA DE DERECHOS
- III. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y PRISIÓN PREVENTIVA O PROVISIONAL U OTRAS MEDIDAS CAUTELARES
- IV. JUICIO ORAL: PRUEBAS PRESENTADAS
- V. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y JUICIOS PARALELOS
- VI. BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN

El objeto de este documento es facilitar una visión general de conocimiento respecto a “la presunción de inocencia” que constituye uno de los derechos fundamentales garantizados en la Constitución española y que, como tal, es una de las bases de nuestro sistema penal: el derecho a la presunción de inocencia implica que toda persona acusada de un delito debe considerarse inocente hasta que se demuestre lo contrario, a través del desarrollo de una actividad probatoria de cargo válida.

Es el principio por el cual una persona será tratada como inocente hasta que haya una Sentencia firme de culpabilidad y por tanto implica que el investigado tiene la misma situación jurídica que cualquier persona inocente. Por tanto, constituye no solo un derecho fundamental, sino el pilar del proceso penal.

El proceso penal es consecuencia de la garantía de legalidad procesal: nadie puede ser condenado sin previo juicio (***“nullum crimen, nulla poena sine previo legale iudicio”***).

Al incoar un proceso penal, ante un hecho que puede revestir los caracteres de delito, por muy grave que sea, nos encontramos con una persona, un/a ciudadano/a. Por tanto, el punto de partida en nuestro ordenamiento jurídico es claro: presunción de inocencia del “investigado” (terminología introducida recientemente en la Ley de Enjuiciamiento Criminal española). A partir de ahí, con respeto a los derechos fundamentales y a todas las garantías, deberá demostrarse si existe o no el hecho y la participación de dicha persona.

El investigado siempre, desde la incoación del proceso, no puede ser presumido culpable ni tratado como tal, hasta que una Sentencia firme disponga que es autor del delito enjuiciado. Ciertamente, a través del proceso penal se canaliza la actuación del ius puniendi (del derecho de castigar, con límites, del Estado) y la protección de la víctima. Pero no a cualquier precio. Por tanto, en primer lugar, es imprescindible conocer dónde y cómo se regula dicha presunción de inocencia, ya sea en el ordenamiento jurídico español o en el internacional:

Ordenamiento jurídico español

En relación a la legislación española debemos hacer referencia principalmente al **Artículo 24 de la Constitución Española**, redactado bajo el título de “Protección judicial de los derechos”, regulándose en su apartado 1. el derecho a la tutela judicial efectiva de los Tribunales al establecerse textualmente que: *“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”*.

Y específicamente en su apartado 2. se garantizan ciertos derechos de las personas en un proceso judicial, entre ellos la presunción de inocencia, transcribiéndose a continuación dicho precepto dada la importancia su contenido:

“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”*.

También, la **Ley Orgánica del Poder Judicial** la recoge indirectamente en su **Art. 11.1** al establecer que *“en todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”*.

Normativa internacional

Debemos destacar la siguiente:

- **La Declaración Universal de los Derechos Humanos (Asamblea General de las Naciones Unidas).**

En su Art. 11 determina que toda persona acusada de un delito será presumida inocente hasta que no se establezca su condena en un juicio público con todas las garantías de defensa, en concreto *“toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”*

- **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos** (Tratado multilateral adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas).

En el **Art. 14.2** se afirma también la presunción de inocencia estableciéndose que *“Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”*.

- **Convenio Europeo de Derechos Humanos** (Consejo de Europa)

El **Art. 6** de este Convenio habla del derecho a procesos equitativos y en concreto en su inciso 2 establece la inocencia de toda persona acusada de alguna infracción, estableciendo textualmente que *“toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada”*.

Consecuentemente, la presunción de inocencia en España:

- Es un derecho fundamental, por lo que se encuentra constitucionalmente protegido, en concreto, en el artículo 24.2 de la Constitución, además de en el artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el 6.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y el 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, todos firmados por España.
- Por otra parte, la presunción de inocencia se ha desarrollado mediante la **Directiva 2016/343/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016**, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio.

La esencialidad de la presunción de inocencia, como norma primigenia de la convivencia, ha sido destacada por dicha Directiva. Naturalmente, obliga a los países de la Unión Europea, entre ellos España. Deben acomodar sus ordenamientos procesales a los principios que establece esta directiva.

Por otra parte, nuestro Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional han destacado en numerosas Sentencias que *“el derecho a la presunción de inocencia reconocido en el artículo 24 CE implica que toda persona acusada de un delito... debe ser considerada inocente hasta que se demuestre su culpabilidad con arreglo a la Ley, y, por lo tanto, después de un proceso justo”*.

En este sentido el Tribunal Constitucional ensalza la importancia de este derecho en reiteradas resoluciones: *“El derecho constitucional a la presunción de inocencia es la primera y principal garantía que el procedimiento penal otorga al ciudadano acusado... es esencial que los inocentes estén en todo caso protegidos frente a condenas infundadas, mientras que es suficiente que los culpables sean generalmente castigados. La condena de un inocente representa una quiebra absoluta de los principios básicos de libertad, seguridad y justicia que fundamentan el contrato social y es por ello por lo que el derecho constitucional a la presunción de inocencia constituye el presupuesto básico de todas las demás garantías del proceso”*.

Dicho cuanto antecede, resulta imprescindible analizar de forma más profunda la **presunción de inocencia en el Derecho Penal español**, concretando sus consecuencias en el propio proceso penal, debiendo distinguir un **doble efecto en la situación en que está inmerso el investigado en relación al derecho a la presunción de inocencia** que pasamos a analizar a continuación:

1. De una parte, no puede serle exigida una actividad probatoria encaminada a hacer prueba de su inocencia.
2. Y de otra, será sobre la parte contraria, la acusación que postula su culpabilidad, sobre quien recaiga la carga de hacer prueba de esa culpabilidad.

El investigado se mantiene, por tanto, a lo largo del proceso y del juicio oral amparado por esta presunción, de tal forma que sólo las pruebas llevadas al juicio oral pueden desactivar sus efectos si, a partir de ellas, el Juez o Tribunal logra alcanzar un nivel de certeza, más allá de toda duda razonable, suficiente para afirmar su culpabilidad.

Ello implica que será complemento necesario de esta presunción “el principio in dubio pro reo”, que a posteriori examinaremos, que impone al Juez o Tribunal la necesidad de dictar un fallo absolutorio en el caso de que se le presenten dudas razonables, que no logre despejar, ya sea sobre la realización del hecho delictivo, ya sea sobre la intervención en el mismo del acusado.

Como consecuencia de cuanto acabamos de exponer, estamos ante una presunción iuris tantum, lo que supone que sus efectos son susceptibles de quedar desactivados, y esto ocurrirá en aquellos casos en los que al proceso sea llevada prueba plena de la culpabilidad del acusado. Pero no basta cualquier prueba, tal y como profundizaremos más adelante.

El Tribunal Constitucional español, en su STC 128/1995, de 26 de julio estableció que **la presunción de inocencia tiene una doble dimensión, por una parte, como regla de tratamiento, y por otro lado como regla de juicio:**

1. **Como regla de tratamiento** durante todas las fases que constituyen el proceso por el cual atraviesa el investigado, deberá ser tratado como si fuera inocente hasta que recaiga Sentencia firme.
De esta manera, está presente en todo el proceso penal, y a lo largo de sus distintas instancias.
2. **Como regla de juicio:** desde el inicio el Juez debe asumir la condición de inocente del acusado, por lo que la parte acusadora tiene la responsabilidad de presentar la carga probatoria suficiente para la condena.

El juez puede estimar la prueba según el principio de libre valoración de la prueba del Art. 741.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pero solo puede entrar a valorar las pruebas que puedan enervar el derecho de la presunción de inocencia. Establece dicho precepto que *“El Tribunal, apreciando según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los mismos procesados, dictará sentencia dentro del término fijado en esta Ley”*.

Como *regla de juicio*, la presunción de inocencia despliega sus efectos en el momento de la valoración de la prueba. Se encuentra ligada a la propia estructura del proceso, y en particular a la técnica de la declaración del hecho probado. En el proceso penal el juez tiene como punto de partida la inocencia del investigado, de modo que, en caso de que la parte acusadora no acredite cumplidamente su acusación contra aquél, la inocencia interinamente afirmada se convertirá en verdad definitiva.

Por tanto, debe quedar claro que la presunción de inocencia está, presente a lo largo de todas las fases del proceso penal y de todas sus instancias. A modo de ejemplo, resulta especialmente relevante analizar algunas de las fases que se pueden producir en el iter del proceso penal y la incidencia de la presunción de inocencia sobre las mismas: **detención y lectura de derechos, prisión preventiva o provisional, Juicio oral y pruebas presentadas.**

II. DETENCIÓN: LECTURA DE DERECHOS

La **Ley de Enjuiciamiento Criminal, en su Art. 520.2**, precepto que se ocupa entre otras cuestiones de los derechos que tiene toda persona que es detenida, establece que: *“ Toda persona detenida o presa será informada por escrito, en un lenguaje sencillo y accesible, en una lengua que comprenda y de forma inmediata, de los hechos que se le atribuyan y las razones motivadoras de su privación de libertad, así como de los derechos que le asisten...”*. Dichos derechos son los siguientes:

- a. Derecho a guardar silencio no declarando si no quiere, a no contestar alguna o algunas de las preguntas que le formulen, o a manifestar que sólo declarará ante el juez.
- b. Derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable.
- c. Derecho a designar abogado y a ser asistido por él sin demora injustificada.
- d. Derecho a acceder a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad.
- e. Derecho a que se ponga en conocimiento del familiar o persona que desee, sin demora injustificada, su privación de libertad y el lugar de custodia en que se halle en cada momento. Los extranjeros tendrán derecho a que las circunstancias anteriores se comuniquen a la oficina consular de su país.
- f. Derecho a comunicarse telefónicamente, sin demora injustificada, con un tercero de su elección.

- g. Derecho a ser visitado por las autoridades consulares de su país, a comunicarse y a mantener correspondencia con ellas.
- h. Derecho a ser asistido gratuitamente por un intérprete, cuando se trate de extranjero que no comprenda o no hable el castellano o la lengua oficial de la actuación de que se trate, o de personas sordas o con discapacidad auditiva, así como de otras personas con dificultades del lenguaje.
- i. Derecho a ser reconocido por el médico forense o su sustituto legal y, en su defecto, por el de la institución en que se encuentre, o por cualquier otro dependiente del Estado o de otras Administraciones Públicas.
- j. Derecho a solicitar Asistencia Jurídica Gratuita, procedimiento para hacerlo y condiciones para obtenerla.

No podemos olvidar al respecto que, en la propia **Constitución española**, en su **Art. 17.3** se hace referencia al derecho del detenido más esencial, donde dice que toda persona que sea detenida deberá ser informada de forma inmediata y de forma comprensible de los derechos y razones de su detención, no estando obligada a declarar si no quiere. Además, se garantiza al detenido la asistencia de abogado en las diligencias policiales y judiciales.

III. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y PRISIÓN PREVENTIVA O PROVISIONAL U OTRAS MEDIDAS CAUTELARES

Establece la jurisprudencia que *“la presunción de inocencia es compatible con la aplicación de medidas cautelares”, “siempre que se adopten por resolución fundada en Derecho basada siempre en un juicio de razonabilidad acerca de la finalidad y las circunstancias concurrentes”. “Los Autos de prisión no conculcan la presunción de inocencia, ya que ésta tan sólo puede verse comprometida por resoluciones que supongan el enjuiciamiento definitivo de una conducta”.*

La prisión preventiva funciona en el ordenamiento procesal español como una medida cautelar de carácter personal cuya finalidad, acorde con su naturaleza, es la de garantizar la sustanciación de un proceso penal con el objeto de asegurar los fines del procedimiento y el cumplimiento de la futura y eventual pena que pudiera imponerse al autor de un hecho delictivo. Esta medida

cautelar se sitúa entre los deberes estatales de perseguir eficazmente el delito y asegurar el ámbito de libertad del ciudadano, siendo un instrumento relevante para garantizar la seguridad ciudadana y la efectividad de la lucha contra la criminalidad.

Los requisitos precisos para que se pueda adoptar la prisión provisional son en concreto:

1. Que conste en la causa la existencia de uno o varios hechos que presenten características de delito (art. 503.1. 1º LECrim).
2. Que existan motivos bastantes sobre la responsabilidad penal del imputado (art. 503.1. 2º LECrim).
3. Que el delito tenga señalada pena cuyo máximo sea igual o superior a 2 años de prisión (art. 503.1. 1º LECrim).

Pero la prisión preventiva no puede prolongarse más allá de lo estrictamente necesario, debiendo asumir fines tasados, hoy contemplados como presupuesto ineludible para su decreto en el art. 503.3º LECrim (riesgo de fuga; peligro fundado y concreto de ocultación, alteración o destrucción de fuentes de prueba relevantes para el enjuiciamiento, o riesgo de reiteración delictiva —atendiendo principalmente a la seguridad de la víctima—).

Por tanto, no debe prolongarse en el tiempo para que la presunción de inocencia no se convierta en presunción de culpabilidad. La medida cautelar de la prisión provisional parece contradecir este principio fundamental, pues la presunción de inocencia, constitucionalmente relevante en el ámbito procesal para el autor de un hecho delictivo —presunto delincuente— no afecta a quien es encarcelado como preventivo, que pasa a ser un recluso desde el momento que ingresa en un centro penitenciario, y como tal va a sufrir todas las consecuencias negativas de la privación de libertad; ya de entrada, el efecto social de la estigmatización, además de todos los consabidos efectos psicológicos negativos que supone el ingreso en un Centro penitenciario, particularmente, si dicho ingreso se hace por primera vez. Por esta razón, debemos evitar que el ingreso de forma provisional en la cárcel contradiga la presunción de inocencia, porque de no ser así en la realidad este ingreso constituiría de por sí una manifiesta “presunción de culpabilidad”.

Por otra parte, toda medida cautelar que se adopte, tanto de naturaleza personal como real (embargos, fianzas para responsabilidad civil...) frente a una persona no condenada, debe revestir carácter excepcional, no pudiendo asumir los fines propios de la pena (por ej. el fin de retribución o castigo).

IV. JUICIO ORAL: PRUEBAS PRESENTADAS

De conformidad a lo expuestos con anterioridad, el derecho a la presunción de inocencia implica que toda persona acusada de un delito debe considerarse inocente hasta que se demuestre lo contrario, a través del desarrollo de una actividad probatoria de cargo válida. Su contenido incriminatorio debe ser racionalmente valorado de acuerdo con las reglas de la lógica, la experiencia y el conocimiento científico para conseguir poner en duda la premisa inicial, de manera que el juez pueda alcanzar una certeza objetiva sobre los hechos y la participación del acusado. Es trabajo del juez la interpretación y aplicación del derecho, subsumiendo los hechos probados en la norma jurídica aplicable al caso, una vez observadas las fundamentaciones aportadas por las partes.

Nadie está obligado a probar su inocencia, luego la carga de la prueba se traslada a la acusación. La prueba de cargo contra el acusado deberá ser suficiente y obtenida siguiendo el procedimiento legal para ello, respetando los parámetros constitucionales establecidos, tras lo cual será valorada por el juez.

La actividad probatoria ha de referirse a todos los elementos del delito y las pruebas que se presenten deberán cumplir con una serie de requisitos para que su valoración sea suficiente y derive en una condena. Siguiendo a Gimeno Sendra, que fue gran jurista español, se pueden establecer las siguientes notas esenciales para que la actividad probatoria sea suficiente para fundamentar una sentencia condenatoria:

La carga material de la prueba corresponde exclusivamente a las partes acusadoras, y no a la defensa

Es doctrina reiterada del Tribunal Constitucional (STC 303/1993) sobre la presunción de inocencia la de que dicha presunción ocasiona un desplazamiento de la carga de la prueba a las partes acusadoras a quienes incumbe exclusivamente (y nunca a la defensa) probar los hechos constitutivos de la pretensión penal (STC 31/1981, STC 107/1983). Por otra parte, dicha actividad probatoria ha de ser suficiente para generar en el Tribunal la evidencia de la existencia, no sólo de un hecho punible, sino también

de la responsabilidad penal que en él tuvo el acusado (STC 141/1986, STC 150/1989, STC 134/1991). Si pretenden alcanzar la condena, deben disipar dudas sobre el hecho y la participación del acusado.

Este principio —CARGA DE LA PRUEBA (ONUS PROBANDI) a las acusaciones—, comporta la improcedencia de pedir al investigado/procesado/acusado que colabore en la investigación de los hechos, que le pueden perjudicar. La defensa, por contra, no tiene la carga de mostrar que las cosas no fueron del modo en que la acusación sostiene. Su misión es más sencilla: procurar demostrar que la tesis de la acusación no es sólida, generando una duda razonable (STS. 671/2021, de 9 de septiembre). En este sentido,

El art. 6 Directiva (UE) 2016/343, consagra la regla claramente:

“1. Los Estados miembros garantizarán que la carga de la prueba para determinar la culpabilidad de los sospechosos y acusados recaiga en la acusación. (...)

2. Los Estados miembros garantizarán que cualquier duda sobre la culpabilidad beneficie siempre al sospechoso o acusado, incluso cuando el órgano jurisdiccional valore si el interesado debe ser absuelto”.

La prueba ha de practicarse en el juicio oral bajo la inmediación del juez o tribunal sentenciador

Las pruebas para fundar una condena, deben ser practicadas en juicio público, en presencia del Tribunal o Juez que debe dictar la sentencia.

La actividad probatoria ha de sustentarse en auténticos actos de prueba practicados en el juicio oral bajo la vigencia de los principios de igualdad, contradicción, inmediación y publicidad (STC 31/1981, STC 217/1989, STC 41/1991, STC 118/1991 y STC 303/1993).

No constituyen actos de prueba los atestados ni los otros actos de investigación realizados por la policía

Téngase en cuenta que, de conformidad con el **artículo 297.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal**, *“los atestados que redactaren y las manifestaciones que hicieren los funcionarios de Policía judicial, a consecuencia de las averiguaciones que hubiesen practicado, se considerarán denuncias para los efectos legales”*. De esta manera, los atestados no se erigen en medio, sino en objeto de prueba. Por esta razón, los hechos en ellos afirmados han de ser introducidos en el juicio oral a través de auténticos medios probatorios, como lo es la declaración testifical del funcionario de policía que intervino en el atestado, medio probatorio este último a través del cual se ha de introducir necesariamente la declaración policial del detenido, pues nadie puede ser condenado con su solo interrogatorio policial plasmado en el atestado (STC 47/1986, STC 80/1986) . A la Policía judicial, más que realizar actos de prueba, lo que en realidad le encomienda el **artículo 126 de la Constitución** es la *“averiguación del delito y descubrimiento del delincuente”*, esto es, la realización de los actos de investigación pertinentes para acreditar el hecho punible y su autoría.

El juez o tribunal no puede fundamentar su sentencia en una prueba prohibida

La actividad probatoria ha de sustentarse en auténticos actos de prueba obtenidos con estricto respeto a los derechos fundamentales y no en pruebas obtenidas con violación de dichos derechos (derecho a la intimidad, inviolabilidad del domicilio, etc.). A estos efectos, el último inciso del **artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial** establece que: *“no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”* (prueba ilícita).

Actualmente existe consenso al defender que, a la hora de investigar un delito por muy grave que sea, no importa tanto qué se investiga o el resultado obtenido, sino cómo se investiga. No puede perseguirse el descubrimiento de la presunta verdad, a costa de la vulneración de derechos fundamentales.

El juez o tribunal tiene obligación de razonar la prueba, es decir, debe explicitar las razones por las cuales ha otorgado valor probatorio a determinada prueba.

Aunque esta obligación no se encuentra expresamente prevista en la normativa legal, la doctrina y la jurisprudencia lo deriva como consecuencia del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución) y del derecho a la presunción de inocencia (artículo 24.2 de la Constitución).

El órgano sentenciador habrá de expresar, pues, en su resolución el material probatorio tenido en cuenta para formar su convicción, así como las razones justificativas del valor que les haya dado, y en su caso el razonamiento realizado en la aplicación de la denominada prueba de indicios. Como afirma la **STC 34/1996**, *“la valoración conjunta de la prueba practicada es una potestad exclusiva del juzgador, que éste ejerce libremente con la sola obligación de razonar el resultado de dicha valoración”*.

Hay que analizar su relación con el principio de libre valoración de la prueba contenido en el artículo 741.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El juez o tribunal puede apreciar la prueba según el principio de libre valoración, pero solamente podrá entrar a valorar aquella prueba que reúna los requisitos necesarios para enervar la presunción de inocencia. Apreciación en conciencia no significa libre arbitrio, sino que el Tribunal debe motivar su sentencia, lo que en el ámbito del proceso penal (en el que no existe ninguna prueba privilegiada que exonere al juez de dicho deber de motivación y en el que se puede desembocar en una pena privativa de libertad, por lo que el ciudadano ha de tener derecho a conocer los motivos por los que se le niega ese derecho fundamental), significa fundamentalmente razonar la prueba (STC 34/1996; STS 1.140/2010, de 29 de diciembre).

Por tanto, en caso de condena, la misma debe ser motivada. La doctrina de este Tribunal (STC 111/2008, de 22 de septiembre, FJ 2), señala *“que toda condena ha de asentarse en pruebas de cargo válidas, suficientes y concluyentes, tal suficiencia inculminatoria ha de ser racionalmente apreciada por el Juez y explicada en la Sentencia, de forma que el déficit de motivación o los errores en la motivación o su incoherencia interna, puestos en relación con la valoración de la prueba y, por tanto, con la existencia de prueba de cargo, supondrían, de ser estimados, la quiebra del derecho a la presunción de inocencia”*.

Analizada la importancia de las pruebas en relación a la presunción de inocencia, hemos hecho referencia con anterioridad al principio **“in dubio pro reo”** y merece la pena analizar las diferencias entre dicho principio y la presunción de inocencia.

In dubio pro reo es un principio jurídico básico en el derecho penal que expresa la obligatoriedad de favorecer al acusado de un delito cuando las pruebas no sean suficientes para demostrar la culpabilidad, es decir, si el juzgador tiene dudas sobre la culpabilidad del acusado tras valorar las pruebas, este debe ser considerado inocente.

Así, tanto el Ministerio Fiscal como la acusación particular deberán demostrar la culpabilidad del acusado mediante los elementos de prueba de que dispongan. Y deberán hacerlo sin ningún género de duda. Si una vez realizadas las pruebas y finalizado el juicio, el Juez tuviese dudas sobre la culpabilidad del acusado por no quedar demostrada la misma, al dictar sentencia deberá decidir en favor del acusado, siendo así absolutoria la sentencia que dicte. La aplicación de este principio jurídico tiene como base el principio de inocencia. no tan sólo opera sobre la culpabilidad del acusado sino que también es aplicable a las circunstancias que pueden agravar su responsabilidad penal (circunstancias agravantes).

En este sentido indica la jurisprudencia, que la presunción de inocencia supone el derecho constitucional imperativo de carácter público, que ampara al acusado cuando no existe actividad probatoria en su contra, y en cambio, el principio **“in dubio pro reo”**, es un criterio interpretativo, para valorar si a pesar de toda la actividad probatoria, no le es dable al Tribunal subsumir los hechos acaecidos en el precepto, o no queda convencido de la concurrencia de los presupuestos negativos y positivos del juicio de imputación, en cuyos supuestos, el proceso penal debe concluirse, por razones de seguridad jurídica, con una declaración negativa de culpabilidad.

V. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y JUICIOS PARALELOS

Finalmente, merece hacer especial mención a la presunción de inocencia y juicios paralelos. La presunción de inocencia ha de desplegar sus efectos más allá del estricto ámbito del proceso penal.

La Administración deviene obligada a evitar eficazmente el linchamiento mediático, la condena anticipada, de quien debe ser presumido inocente a todos los efectos. Así lo proclama la **Directiva (UE) 2016/343**: *“Artículo 4 Referencias públicas a la culpabilidad. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que, mientras no se haya probado la culpabilidad de un sospechoso o acusado con arreglo a la ley, las declaraciones públicas efectuadas por las autoridades públicas y las resoluciones judiciales que no sean de condena no se refieran a esa persona como culpable.”*

Hoy día las vulneraciones más significativas del derecho a la presunción de inocencia están estrechamente conectadas con lo que conocemos como juicios mediáticos, aunque cada vez que se produce un juicios paralelo es en realidad la Justicia con mayúsculas y todas las garantías del proceso equitativo (art. 6 del CEDH o en el art 24 de la CE) las que se ven cuestionadas.

Esto se entiende sin perjuicio del derecho nacional en materia de protección de la libertad de prensa y otros medios de comunicación, lo que supone que habrán de tenerse en cuenta todos los intereses, tratando de conjugarlos, atendiendo a criterios de razonabilidad y proporcionalidad. En cualquier caso, señala igualmente la directiva que la forma y el contexto en que se divulgue la información no deben crear la impresión de que la persona es culpable antes de que su culpabilidad haya sido probada con arreglo a la ley estableciendo además la necesidad de que deban adoptarse mecanismos jurídicos adecuados para garantizar la tutela y defensa de los derechos que puedan resultar afectados.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho penal.* Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles.
- *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal.* Jaime Vegas Torres.
- *La presunción de inocencia: Perspectiva desde el Derecho probatorio y los derechos humanos (Proceso y derecho).* Andrew Stumer y Walter Reifarth Muñoz.
- *La teoría de la presunción de inocencia y sus efectos procesales en el sistema penal acusatorio.* Jesús Martínez Garnelo

- *Juicios mediáticos y presunción de inocencia*. Marta Sánchez Esparza y Ana Belén Ordóñez Pérez.
- *Derecho Procesal Penal*. Vicente Gimeno Sendra.
- Artículo en V-LEX sobre “la presunción de inocencia” de D. Jesús M^a Barrientos, Magistrado y Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

MEDIDAS DE INVESTIGACIÓN RESTRICTIVAS DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Julián García Marcos
Magistrado

Sumario

- I. INTRODUCCIÓN
- II. INTERVENCIONES CORPORALES Y TOMA DE MUESTRAS DE ADN
- III. ENTRADA Y REGISTRO
- IV. INTERVENCIÓN CORRESPONDENCIA
- V. INTERVENCIONES TELEFÓNICAS
- VI. VIDEOVIGILANCIA Y GRABACIÓN DE CONVERSACIONES ORALES DIRECTAS
- VII. GEOLOCALIZACIÓN
- VIII. EXAMEN DE DISPOSITIVOS DE ALMACENAMIENTO MASIVO
- IX. TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES PARA FINES DE INVESTIGACIÓN DE INFRACCIONES PENALES Y AGENTE ENCUBIERTO “ON LINE”
- X. REGISTRO REMOTO DE REGISTROS INFORMÁTICOS
- XI. EMPLEO DE HERRAMIENTAS DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN LA INVESTIGACIÓN POLICIAL
- XII. BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN

Es principio básico de un Estado social y democrático de Derecho el reconocimiento de un catálogo más o menos amplio de Derechos Fundamentales, inherentes a toda persona y enraizados en los principios más básicos de la dignidad humana.

El derecho a la vida y a la integridad física, el derecho a la libertad, el derecho a la intimidad o el secreto de las comunicaciones, entre otros, constituyen, de esta forma, un Estatuto inalienable de toda persona especialmente protegido respecto a injerencias externas y frente la eventual arbitrariedad de los poderes públicos.

La **Constitución Española**¹ (en adelante, CE) trata de blindar estos Derechos Fundamentales estableciendo un doble mecanismo para asegurar su protección:

1. Exigiendo mayorías cualificadas para la aprobación de Leyes que, debiendo respetar su contenido esencial, afecten a Derechos Fundamentales y,
2. Previendo un mecanismo especial denominado Recurso de Amparo ante el Tribunal Constitucional (en adelante, TC) para impetrar su protección.

A salvo el derecho a la integridad física, en consecuencia, los Derechos Fundamentales pueden ser objeto de restricciones cuando sean identificadas necesidades prevalentes o entren en conflicto con otros Derechos Fundamentales.

A estos efectos, dice nuestro TC, que siempre que la injerencia de los Poderes Públicos en los Derechos Fundamentales esté prevista por la Ley, sea proporcionada y necesaria, estos encuentran sus límites, entre otras finalidades legítimas, en la *“persecución y castigo del delito”*.

.....

1. Texto completo accesible aquí: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>

En palabras del **Convenio Europeo de Derechos Humanos**² (en adelante, CEDH), en su artículo 8.2, *“no podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio (...) 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 de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.”*

Nuestra CE reserva a determinados Derechos Fundamentales, tales como la inviolabilidad domiciliaria o el secreto de las comunicaciones, una protección condicionada al beneplácito judicial.

Pero existen otros ámbitos en que dicha condición no está tan claramente determinada siendo, en definitiva, la intensidad de la injerencia en el caso concreto, conforme al canon fijado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) en sus **STEDH Dumitru Popescu contra Rumania de 26 de abril de 2007**³ y **lordachi y otros contra Moldavia de 10 de febrero de 2009**⁴, la que determinará la exigencia o no de autorización judicial.

En este sentido, nuestro TC admite injerencias policiales leves en derechos fundamentales como la intimidad (artículo 18 CE) siempre que se cumplan ciertos presupuestos: *“a) la existencia de un fin constitucionalmente legítimo, considerando como tal el interés público propio de la prevención e investigación del delito, y, más en concreto, la determinación de hechos relevantes para el proceso penal; b) que la medida limitativa del derecho a la intimidad esté prevista en la ley; c) que la actuación policial se atenga a la habilitación legal (...) siempre y cuando se respete el principio de proporcionalidad, concretado en tres exigencias o condiciones: idoneidad de la medida, necesidad de la misma y juicio de proporcionalidad en sentido estricto”* (por todas, Sentencia del TC nº 173/2011⁵).

.....

2. Texto íntegro accesible en: https://www.echr.coe.int/documents/convention_spa.pdf

3. Sentencia disponible en francés en: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:\[%22dumitru%20popescu%22\],%22itemid%22:\[%22001-70492%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%22dumitru%20popescu%22],%22itemid%22:[%22001-70492%22]})

4. Sentencia disponible en: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:\[%22lordachi%202008%22\],%22itemid%22:\[%22001-91245%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%22lordachi%202008%22],%22itemid%22:[%22001-91245%22]})

5. Resolución íntegra accesible aquí: <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/22621>

Como corolario de este sistema, la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante, LOPJ) introduce una importante regla de exclusión probatoria para aquellas injerencias que, sin atender a los condicionantes constitucionales o legales, supongan una limitación no autorizada de los derechos de las personas investigadas.

En este sentido, el Art. 11. 1: *“No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”*⁶.

II. INTERVENCIONES CORPORALES Y TOMA DE MUESTRAS DE ADN

Medidas como las que nos ocupan en este epígrafe, puntualmente la toma de muestras corporales para cotejo de ADN, aun cuando han sido objeto de interpretaciones contradictorias, son susceptibles de afectar no sólo a la intimidad (artículo 18 CE) sino también a la integridad física (artículo 15 CE) o a la libertad (artículo 17 CE).

Ha sido la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo (en adelante TS) la que se ha ocupado de configurar un sistema normativo que rijan en este tipo de intervenciones.

.....

6. Sin entrar, a fondo, en la cuestión planteada sólo apuntar que en los últimos años esta regla de exclusión probatoria ha sufrido una honda modificación que tiene su origen, entre otros pronunciamientos jurisprudenciales, en la STS 116/2017 de 23 de Febrero (Ponente: Manuel Marchena Gómez), también llamada “Sentencia Falciani” que viene a atenuar las exigencias derivadas de tan rígida regla en los casos en que la prueba es obtenida por particulares ajenos a los Poderes Públicos y no se trata de una prueba intencionadamente obtenida para hacerse valer en proceso por delito.

Partiendo de lo dispuesto en la Disposición Adicional 3ª de la LO 10/2007⁷ que regula las bases de datos de ADN y en los artículos 282 y 363.2^o Ley de Enjuiciamiento Criminal⁹ (en adelante, LECRIM), el TS distingue:

1. Cuando se trate de la recogida de **huellas, vestigios o restos biológicos abandonados en el lugar del delito**, la Policía Judicial, por propia iniciativa, podrá recoger tales signos, describiéndolos y adoptando las prevenciones necesarias para su conservación y puesta a disposición judicial. A la misma conclusión habrá de llegarse respecto de las muestras que pudiendo pertenecer a la víctima se hallaren localizadas en objetos personales del acusado.
2. Cuando, por el contrario, se trate de **muestras y fluidos cuya obtención requiera un acto de intervención corporal** y, por tanto, la colaboración del imputado, el consentimiento de éste actuará como verdadera fuente de legitimación de la injerencia estatal que representa la toma de tales muestras.

Si el imputado se hallare detenido, ese consentimiento precisará la asistencia letrada.

Esta garantía no será exigible, a un detenido, cuando la toma de muestras se obtenga, no a partir de un acto de intervención que reclame el consentimiento del afectado, sino valiéndose de restos o excrecencias abandonadas por el propio imputado.

3. En aquellas **ocasiones en que la policía no cuente con la colaboración del acusado o éste niegue su consentimiento para la práctica de los actos de inspección, reconocimiento o intervención corporal** que resulten precisos para la obtención de las muestras, será indispensable la autorización judicial.

.....

7. Que establece que *“para la investigación de los delitos enumerados en la letra a) del apartado 1 del art. 3, la policía judicial procederá a la toma de muestras y fluidos del sospechoso, detenido o imputado, así como del lugar del delito. La toma de muestras que requieran inspecciones, reconocimientos o intervenciones corporales, sin consentimiento del afectado, requerirá en todo caso autorización judicial mediante auto motivado, de acuerdo con lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal”*

8. Que establece que *“siempre que concurran acreditadas razones que lo justifiquen, el juez de instrucción podrá acordar, en resolución motivada, la obtención de muestras biológicas del sospechoso que resulten indispensables para la determinación de su perfil de ADN. A tal fin podrá decidir la práctica de aquellos actos de inspección, reconocimiento o incorporación temporal que resulten adecuados a los principios de proporcionalidad y razonabilidad”*

9. Texto íntegro accesible aquí: <https://boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1882-6036>

Esta resolución habilitante no podrá legitimar la práctica de actos violentos o de compulsión personal, sometidos a una reserva legal explícita -hoy por hoy, inexistente- que legitime la intervención, sin que pueda entenderse que la cláusula abierta prevista en el art. 549.1.c) de la Ley Orgánica del Poder Judicial¹⁰ (en adelante, LOPJ) , colma la exigencia constitucional impuesta para el sacrificio de los derechos afectados.

III. ENTRADA Y REGISTRO

Artículo 18.2 de la CE *“El domicilio es inviolable y ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito”*.

En el seno de una investigación criminal es factible, conforme a nuestra Ley Procesal, que el Juez decrete la entrada y registro en todos los edificios y lugares públicos, sea cualquiera el territorio en que radiquen, cuando hubiere indicios de encontrarse allí el procesado o efectos o instrumentos del delito, o libros, papeles u otros objetos que puedan servir para su descubrimiento y comprobación (artículo 546 LECRIM) u ordene, en los mismos casos, la entrada y registro en cualquier edificio o lugar cerrado o parte de él, que constituya domicilio de cualquier español o extranjero residente en España.

Conforme a nuestro TS la resolución del Juez Instructor, una vez solicitada la Entrada y Registro, tiene una doble vertiente, externa e interna.

1. Desde la **perspectiva externa**, la decisión judicial será motivada. Reflejará el juicio jurídico interno y explicará las razones que llevan al Juez a la adopción de la resolución judicial.

Se admite, eso sí, la fundamentación por remisión a las razones que se pusieron de manifiesto en el escrito policial por el que se solicitaba la medida.

.....

10. Que legitima la actuación de las unidades de la Policía Judicial en realización material de las actuaciones que exijan el ejercicio de la coerción y ordenare la autoridad judicial o fiscal.

2. Desde la **perspectiva interna**, el Juez deberá realizar un juicio racional sobre el hecho investigado, los indicios concurrentes, la proporcionalidad y necesidad de la medida.

A través de dicho juicio se subsume el hecho en la norma, se valoran las circunstancias fácticas concurrentes, se actúa a base indicios probatorios, se analizan las posibilidades de éxito de la medida que se solicita y se valora pueden contemplarse otras posibilidades menos gravosas e igualmente útiles a la investigación.

La resolución judicial no será necesaria en dos casos:

1. Que medie consentimiento del interesado. *“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 pueda tener efecto”* con lo que se admite, pues, tanto el consentimiento expreso como el tácito.

Ahora bien, dicho consentimiento ha de carecer de toda mácula, debe ser correctamente informado y terminantemente libre.

El investigado ha de saber no sólo que puede negarse a la entrada sino también las consecuencias que se pueden derivar de la actuación policial.

Y ha de estar garantizada la ausencia de todo tipo de amedrentamiento o coerción que pueda viciar la libertad de decisión.

De esta forma en **el caso de que el investigado esté detenido dicho consentimiento sólo cabe prestarlo en presencia de Abogado defensor.**

2. En caso de **flagrante delito**. Según la Jurisprudencia de nuestro TS tres son las circunstancias que vertebran el concepto de delito flagrante: la inmediatez de la acción delictiva, la inmediatez de la actividad personal, y la necesidad de urgente intervención policial por el riesgo de desaparición de los efectos del delito.

De esta forma sólo será de aplicación esta excepción cuando la intervención policial se produzca cuando el delito se esté cometiendo o se ha cometido instantes antes lo cual equivale a que el delincuente sea sorprendido en el momento de ejecutarlo; el delincuente está presente en relación con el objeto o instrumento del delito, lo que supone la evidencia de éste y de que el sujeto sorprendido ha tenido participación en el mismo; y, por último, por las circunstancias concurrentes la policía se ve impelida a intervenir inmediatamente para evitar la progresión delictiva o la propagación del mal que la infracción desencadena.

El TEDH en el asunto **Ilieva contra Bulgaria (STEDH de 12 de diciembre 2019)**¹¹ estimó que, en el caso concreto, se había conculcado el artículo 8.1 del Convenio Europeo de derechos Humanos pues no concurría en el registro la urgencia que exige la legislación búlgara para la intervención inmediata de las Fuerzas Policiales siendo que ni siquiera el Juez Instructor, en la resolución que convalidó la decisión policial, se preocupó de justificar esa urgencia.

Por último, en el caso de entrada en despachos de abogados, existe un cuerpo jurisprudencial propio del TEDH (valga por todas la **STEDH André y otros contra Francia de 24 de julio de 2008**¹²) de acuerdo con el cual la **entrada en dicho espacio físico y su registro ha de verse acompañado de una serie de garantías adicionales y de una motivación reforzada** para asegurar el derecho a un juicio equitativo.

IV. INTERVENCIÓN CORRESPONDENCIA

Artículo 18.3 de la CE: *“Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial”.*

El artículo 579 LECRIM autoriza al Juez a *“acordar la detención de la correspondencia privada, postal y telegráfica, incluidos faxes, burofaxes y giros, que el investigado remita o reciba, así como su apertura o examen”.*

No cabe duda de que esta medida de investigación ha perdido parte de la virtualidad que, en su día, pudo tener. Y ello, principalmente, por la evolución que ha sufrido la forma en la que nos comunicamos.

No se puede desconocer, no obstante, la importancia que tuvo esta previsión en nuestro sistema de investigación hasta la STEDH Prado Bugallo contra España a la que, posteriormente, haremos referencia.

.....

11. Sentencia disponible en: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:\[%22Ilieva%20bulgaria%22\],%22itemid%22:\[%22001-198886%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%22Ilieva%20bulgaria%22],%22itemid%22:[%22001-198886%22]})

12. Sentencia disponible en: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:\[%22andre%20france%202008%22\],%22itemid%22:\[%22001-87938%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%22andre%20france%202008%22],%22itemid%22:[%22001-87938%22]})

En el ámbito de la relación entre Abogado y cliente, el TEDH sentó Jurisprudencia a raíz de la **STEDH Laurent contra Francia de 24 de mayo de 2018**¹³.

En el caso concreto, el Tribunal consideró como “*protección de la correspondencia*” un escrito entregado por el abogado a sus clientes en sede judicial, enfatizando que, sea cual sea su finalidad, **la correspondencia entre los abogados y sus clientes es privada y confidencial**. A falta de sospecha de un acto ilícito, la interceptación de los documentos no podría estar justificada.

V. INTERVENCIONES TELEFÓNICAS

La **SETDH Prado Bugallo contra España, de 18 de febrero de 2003**¹⁴, impuso al legislador español la obligación de articular un régimen legal adecuado para las intervenciones telefónicas alejado de su legitimación a través de la detención de la correspondencia.

Inspirado en la doctrina de las **STEDH Huvig contra Francia**¹⁵ y **Kruslin contra Francia** de 24 de abril de 1990¹⁶, sentencias que imponían la necesidad de precisar la naturaleza de las infracciones susceptibles de dar lugar a las escuchas, de fijar un límite a la duración de la ejecución de la medida, y determinar las condiciones de establecimiento del procedimiento de transcripción de las conversaciones interceptadas el actual artículo 588 ter a) de nuestra Ley de enjuiciamiento Criminal establece que “*la autorización para la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas solo podrá ser concedida cuando la investi-*

.....
13. Sentencia disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22laurent%20france%202008%22%5D%2C%22itemid%22:%5B%22001-183129%22%5D%7D>

14. Sentencia disponible en francés en: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-65499%22%5D%7D>

15. Sentencia disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22huvig%20france%22%5D%2C%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22%2C%22CHAMBER%22%5D%2C%22itemid%22:%5B%22001-57627%22%5D%7D>

16. Sentencia disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22kruslin%20france%22%5D%2C%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22%2C%22CHAMBER%22%5D%2C%22itemid%22:%5B%22001-57626%22%5D%7D>

gación tenga por objeto alguno de los delitos a que se refiere el artículo 579.1 de esta ley¹⁷ o delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la comunicación o servicio de comunicación”.

Dicha condición es, únicamente, un requisito necesario mas no suficiente porque el artículo 588 bis establece que para la adopción de toda intervención ha de mediar una autorización judicial sujeta a los principios de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad de la medida¹⁸.

En este sentido, la medida sólo podrá acordarse en relación con una investigación por delito en curso, cuando no haya otras medidas menos gravosas para los derechos fundamentales que pudieran adoptarse con idéntico fin, cuando dicha medida sea apta para la averiguación del delito investigado o sus autores y *“cuando, tomadas en consideración todas las circunstancias del caso, el sacrificio de los derechos e intereses afectados no sea superior al beneficio que de su adopción resulte para el interés público y de terceros”.*

La duración máxima de la medida habrá de ser de tres meses prorrogables por períodos sucesivos de igual duración hasta el plazo máximo de dieciocho meses.

En caso de urgencia, cuando las investigaciones se realicen para la averiguación de delitos relacionados con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas y existan razones fundadas que hagan imprescindible la medida podrá ser adoptada por autoridad gubernativa. Dicha medida habrá de ser objeto, posteriormente, de ratificación judicial.

Al igual que mencionamos con la Entrada y Registro en despacho de Abogado lo cierto es que la **Jurisprudencia del TEDH es especialmente restrictiva cuando se habla de la interceptación de las comunicaciones entre abogado y cliente.**

.....

17. El artículo 579.1 de la LECRIM se refiere a delitos castigados con, al menos, 3 años de prisión; delitos cometidos en el seno de una organización criminal y delitos de terrorismo.

18. “Las intervenciones telefónicas y telemáticas. Disposiciones comunes a los actos de injerencia en las comunicaciones. Doctrina general”, Zaragoza Aguado, Javier Alberto en “Investigación tecnológica y derechos fundamentales”, coord. Zaragoza Tejada, Javier Ignacio. Ed. Thomson Reuters. 2017.

En este sentido la **STEDH Pruteanu contra Rumania de 3 de febrero de 2015**¹⁹ vuelve a insistir en la previsibilidad de la Ley entendiendo que dicha intervención, en el caso concreto, era desproporcionada con arreglo a los fines perseguidos y no podía tildarse de *“necesaria en una sociedad democrática”*.

VI. VIDEOVIGILANCIA Y GRABACIÓN DE CONVERSACIONES ORALES DIRECTAS

Prueba reina de nuestro proceso penal son las grabaciones videográficas las cuales, por su propia naturaleza, son susceptibles de afectar al derecho a la inviolabilidad del domicilio, a la intimidad o al derecho a la protección de datos personales o a la propia imagen, todos ellos protegidos como fundamentales en el artículo 18 de la CE y el artículo 8.1 del CEDH.

Es por ello por lo que, diseminado en leyes sustantivas y procesales, se articula un complejo régimen de protección de la privacidad frente a eventuales injerencias del Estado o de particulares en tales derechos fundamentales.

1. Es principio general la posibilidad de emplear en el proceso penal las **grabaciones que se hayan tomado por videocámaras utilizadas y/o empleadas por particulares en lugares públicos**.
Ello con independencia de las diferentes soluciones que se haya dado a los excesos que, en el empleo de medios técnicos, hayan incurrido unos u otros.
2. Ahora bien, en el caso de las investigaciones por delito se establece, expresamente, en el artículo 588 quinques de la LECRIM, que la Policía podrá obtener y grabar por cualquier medio técnico **imágenes de la persona investigada cuando se encuentre en un lugar o espacio público**, si ello fuera necesario para facilitar su identificación, para localizar los instrumentos o efectos del delito u obtener datos relevantes para el esclarecimiento de los hechos.

.....
19.Ruling available in French at: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22pruteanu%22%2C%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22%2C%22CHAMBER%22%2C%22itemid%22:%5B%22001-152275%22%5D%7D>

Y en la **STEDH (Gran Cámara) Lopez Ribalda y otros contra España de 17 de Octubre de 2019**²⁵ el TEDH legitima la utilización de video cámaras de grabación de los empleados cuando existen indicios de criminalidad o razones fundadas que convierten esta medida en necesaria en un Estado democrático.

VII. GEOLOCALIZACIÓN

La regulación que en el sistema procesal español se hace de esta medida de investigación tiene su origen en la relevante **STEDH Uzun contra Alemania de 2 de septiembre de 2010**²⁶.

En dicha resolución el TEDH declaró que la vigilancia de los movimientos de un sujeto durante un cierto periodo de tiempo suponía una injerencia en su derecho a la intimidad que, en el caso concreto, estaba justificada por la gravedad de los delitos que se estaban investigando.

El actual artículo 588 quinqués de la LECRIM autoriza la utilización de dispositivos (balizas) o medios técnicos (datos de posicionamiento) de seguimiento y localización cuando concurren acreditadas razones de necesidad y la medida resulte proporcionada²⁷.

Al igual que ocurre con las intervenciones telefónicas esta medida tendrá una duración máxima de tres meses prorrogables por períodos sucesivos de igual duración hasta el plazo máximo de dieciocho meses.

.....
25. Sentencia disponible en: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:\[%22lopez%20ribalda%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-197098%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%22lopez%20ribalda%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-197098%22]})

26. Sentencia disponible en: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:\[%22uzun%20germany%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-100293%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%22uzun%20germany%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-100293%22]})

27. *Utilización de dispositivos técnicos de captación de la imagen, de seguimiento y de localización*, García Marcos, Julian en *Investigación tecnológica y derechos fundamentales*, coord. Zaragoza Tejada, Javier Ignacio. Ed. Thomson Reuters. 2017.

Cuando concurren razones de urgencia que hagan razonablemente temer que de no colocarse inmediatamente el dispositivo o medio técnico de seguimiento y localización se frustrará la investigación la Policía Judicial podrá adoptar la medida. Dicha medida habrá de ser objeto, posteriormente, de ratificación judicial.

Conforme a la STS nº 141/2020 de 13 de mayo de 2020 (Ponente: Manuel Marchena Gómez) la utilización de dispositivos de balizamiento *“tiene una incidencia directa en el círculo de exclusión que cada ciudadano define frente a terceros y frente a los poderes públicos está ya fuera de cualquier duda”* razón por la cual, no cabe duda, ha de estar sujeto al previo régimen de autorización judicial.

Y aunque nuestro más Alto Tribunal es consciente de la menor entidad invasiva de la medida no cabe interpretar que existe *“una relajación de las exigencias constitucionales”* y *“los principios de proporcionalidad, necesidad y excepcionalidad siguen actuando como presupuestos de legitimidad, cuya concurrencia ha de quedar expresamente reflejada en la resolución judicial habilitante”*.

Con respecto a la conservación y, en su caso, cesión de datos de geo-posicionamiento la reciente STS nº 824/2022 (Ponente: Magro Servet) ha concluido que, conforme a la legislación española, no puede hablarse de una retención indiscriminada y genérica de datos que, por principio, excluya la legitimidad de su incorporación al procedimiento siendo el Juez el que, tras una adecuada ponderación de la injerencia en la privacidad de la medida y sus beneficios para la investigación valore si el delito es suficientemente grave para adoptar, si así se solicita, la medida de injerencia en base a la proporcionalidad de la petición de los datos conservados y el fin al que se dirige la investigación.

VIII. EXAMEN DE DISPOSITIVOS DE ALMACENAMIENTO MASIVO

Aun cuando ya en la STS nº 342/2013 (Ponente: Manuel Marchena) se había dicho que *“tanto desde la perspectiva del derecho de exclusión del propio entorno virtual, como de las garantías constitucionales exigidas para el sacrificio de los derechos a la inviolabilidad de las comunicaciones y a la intimidad, la intervención de un ordenador para acceder a su contenido exige un acto jurisdiccional habilitante”* no fue hasta poco antes de la **STEDH dictada en el caso Trabajo Rueda contra España, de 30 de mayo de 2017**²⁸, en donde se reprochó a los Poderes Públicos españoles haber accedido, sin permiso judicial, a un ordenador que se puso a disposición de la Guardia Civil cuando nada habilitaba una urgente intervención, que se acometió la fijación de un régimen jurídico para este tipo de medidas de investigación.

Prescindiendo del régimen de la incautación, al que está vinculado, necesariamente, el análisis de dispositivos, lo cierto es que el actual artículo 588 sexies LECRIM exige, necesariamente, auto judicial habilitante para el examen de dispositivos de almacenamiento masivo.

Conforme a los principios generales que rigen este tipo de medidas no sólo hace falta que no exista otro medio más moderado para conseguir el fin propuesto con igual eficacia sino que la medida ha de ir dirigida a la investigación de un delito concreto (especialidad), no debe adoptarse cuando exista otro medio de investigación del delito menos lesivo para los derechos y libertades fundamentales del individuo (excepcionalidad) y debe ser susceptible de conseguir el objetivo propuesto (idoneidad).

En coherencia con la jurisprudencia que **el TEDH sienta en la STEDH Vinci y GTM Construcción y Servicios de Ingeniería contra Francia de 2 de abril de 2005**²⁹ en la que **viene a estimarse como vulneración del Convenio un acopio indeterminado e inmotivado de los datos obrantes en dispositivos telemáticos incautados en el despacho de un Abogado**, en el auto habilitante el Juez ha de expresar no sólo aquellos datos a los que es factible acceder sino el alcance

.....

28. Sentencia disponible en: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:\[%22trabajo%20rueda%22\],%22documentcollectionid2%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-174221%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%22trabajo%20rueda%22],%22documentcollectionid2%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-174221%22]})

29. Sentencia disponible en: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:\[%22Vinci%20Construction%20et%20GTM%20G%C3%A9nie%20Civil%20et%20Services%22\],%22documentcollectionid2%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-153318%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%22Vinci%20Construction%20et%20GTM%20G%C3%A9nie%20Civil%20et%20Services%22],%22documentcollectionid2%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-153318%22]})

temporal de la medida acordada así como las cautelas que han de ser adoptadas para garantizar la integridad de los datos y su preservación.

Por último, la medida ha de ser equilibrada desde el momento en que se deriven de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (proporcionalidad en sentido estricto).

En los casos de urgencia en que se aprecie un interés constitucional legítimo que haga imprescindible la medida prevista en los apartados anteriores de este artículo, la Policía Judicial podrá llevar a cabo el examen directo de los datos contenidos en el dispositivo incautado³⁰.

Paralelamente a esta cuestión nuestra Ley Rituaria se refiere al deber de colaboración de prestadores de servicios y titulares o usuarios del sistema informático para la práctica del registro y/o acceso al sistema informático.

No obstante excluir, expresamente, el artículo 588 septies de dicho circulo de obligados al propio investigado la reciente STS 311/2020 de 15 de junio (Ponente: Porres Ortiz de Urbina) entiende que **la cesión de la contraseña de acceso a un equipo informático por parte de un investigado detenido sin asistencia Letrada no constituye una vulneración del derecho a un procedimiento justo.**

.....
30. *El registro de dispositivos de almacenamiento masivo de la información*, Zaragoza Tejada, Javier Ignacio en "Investigación tecnológica y derechos fundamentales", coord. Zaragoza Tejada, Javier Ignacio. Ed. Thomson Reuters. 2017.

IX. TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES PARA FINES DE INVESTIGACIÓN DE INFRACCIONES PENALES Y AGENTE ENCUBIERTO “ON LINE”

Artículo 18.4 CE: *“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”.*

El desarrollo de la sociedad de información ha supuesto un aumento extraordinario de la posibilidad de tratar datos personales cuestión que ha provocado que dicha sociedad haya creado figuras para la protección de su intimidad y de sus datos personales³¹.

Y uno de los aspectos más problemáticos de la citada protección es la forma en que han de ser incorporados los datos personales a los procedimientos penales.

En este sentido, recientemente, fue aprobada la LO 7/2021 que versa sobre la protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales.

De acuerdo con dicho instrumento *“las Administraciones públicas, así como cualquier persona física o jurídica, proporcionarán a las autoridades judiciales, al Ministerio Fiscal o a la Policía Judicial los datos, informes, antecedentes y justificantes que les soliciten y que sean necesarios para la investigación y enjuiciamiento de infracciones penales o para la ejecución de las penas”.*

Ello, eso sí, siempre que la solicitud fuera *“motivada, concreta y específica, dando cuenta en todo caso a la autoridad judicial y fiscal”*³².

.....

31. *Cesión de datos personales y evidencias entre procedimientos penales y procedimientos administrativos y tributarios*, Ignacio Colomer Fernandez y otros, Ed. Aranzadi, 2017.

32. Ahora bien con relación a ciertos datos “protegidos” el artículo 13 establece que “los datos personales que revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas o la afiliación sindical, así como el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, los datos relativos a la salud o a la vida sexual o a la orientación sexual de una persona física, sólo se permitirá cuando sea estrictamente necesario, con sujeción a las garantías adecuadas para los derechos y libertades del interesado” y cuando se cumplan ciertas circunstancias.

En el caso de datos personales que revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas o la afiliación sindical, así como el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, los datos relativos a la salud o a la vida sexual o a la orientación sexual de una persona física, sólo se permitirá su tratamiento cuando sea estrictamente necesario, con sujeción a las garantías adecuadas para los derechos y libertades del interesado y cuando así lo autorice la Ley, sea necesario para proteger intereses vitales del interesado u otra persona o se trate de datos que el interesado haya hecho públicos.

La STS 971/2022 de 13 de diciembre de 2022 (Ponente: Pablo Llarena Conde) anula la prueba consistente en la incorporación al procedimiento de datos médicos de uno de los investigados que había sido obtenida por Agentes de la Policía Judicial sin la correspondiente autorización judicial.

Las previsiones de la Ley *“no serán de aplicación (...) cuando legalmente sea exigible la autorización judicial para recabar los datos necesarios para el cumplimiento de los fines”* de la Ley.

Así sucede, a mero título ejemplificativo, con las previsiones de los artículos 3 y 4 de la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de Conservación de Datos Relativos a las Comunicaciones Electrónicas y a las Redes Públicas de Comunicaciones o del artículo 588 ter j) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal cuando exigen autorización judicial para recabar datos conservados por operadoras de telefonía y que se hallen vinculados a comunicaciones³³.

Son innumerables las resoluciones que el TEDH ha dictado sobre esta materia. Cabe mencionar la **STEDH Robathin contra Austria de 3 de Julio de 2012**³⁴ en donde el Tribunal concluyó que había existido una violación del Convenio porque el alcance del examen de los documentos que fueron incautados en el despacho de un abogado excedía de lo necesario para el fin

.....

33. Cesión de datos e investigación de infracciones penales: la Ley Orgánica 7/2021 de 26 de mayo, García Marcos, Julian. Diario La Ley, 3 de noviembre de 2021.

34. Sentencia disponible en: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:\[%22robathin%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-111890%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%22robathin%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-111890%22]})

perseguido o la **STEDH Gaughran contra Reino Unido de 13 de Febrero de 2020**³⁵, sobre la conservación indefinida y sin salvaguardas de datos personales del afectado que tenían su origen en un delito menos grave.

En relación con la cuestión que venimos analizando mencionar, por último, la incorporación al proceso penal de los datos obtenidos por las Fuerzas Policiales en fuentes abiertas e, incluso, en grupos cerrados³⁶.

Al respecto de esta última intervención, en el sistema procesal español, existe la figura del “agente encubierto on-line” la cual, conforme al artículo 282 bis LECRIM viene necesitada de autorización judicial y sólo es factible en relación con determinados hechos delictivos³⁷.

X. REGISTRO REMOTO DE REGISTROS INFORMÁTICOS

Tomando como referencia la **STEDH Iliya Stefanov contra Bulgaria de 22 de mayo de 2008**³⁸, en la cual se discutía **si el registro del despacho de un abogado y de sus datos físicos y electrónicos suponía una injerencia en el Derecho Fundamental a la intimidad** (“a su vida privada” en términos de la Sentencia) **y que presupuestos eran necesarios para que la intervención policial se considerase legítima**, cualquier injerencia en el contenido de un ordenador personal, más aún si la misma no es consentida, habrá de contar con la correspondiente habilitación judicial.

35. Sentencia disponible en: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:\[%22gaughran%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-200817%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%22gaughran%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-200817%22]})

36. Muy relacionada con esta cuestión, a nivel europeo, el caso ENCROCHAT: https://brill.com/view/journals/eccl/30/3-4/article-p309_006.xml#.Y69cKWz3W8.whatsapp

37. Art 282 bis. 6: “El juez de instrucción podrá autorizar a funcionarios de la Policía Judicial para actuar bajo identidad supuesta en comunicaciones mantenidas en canales cerrados de comunicación con el fin de esclarecer alguno de los delitos a los que se refiere el apartado 4 de este artículo o cualquier delito de los previstos en el artículo 588 ter a. El agente encubierto informático, con autorización específica para ello, podrá intercambiar o enviar por sí mismo archivos ilícitos por razón de su contenido y analizar los resultados de los algoritmos aplicados para la identificación de dichos archivos ilícitos”.

38. Sentencia disponible en: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-86449%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-86449%22]})

Es por ello que el artículo 588 septies LECRIM regula esta forma “subrepticia” de registro de dispositivos de almacenamiento masivo de datos en unas condiciones específicas.

En primer lugar, a diferencia de otras medidas de investigación tecnológica, el recurso a este tipo de medidas está limitada a la persecución de los delitos más graves: a) delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales, los de terrorismo y los cometidos contra la Constitución, traición, y relativos a la defensa nacional; b) siempre con respeto al principio de proporcionalidad, delitos cometidos contra menores e incapacitados por declaración judicial; y, los cometidos a través de instrumentos informáticos o de tecnologías de la información o la telecomunicación o servicio de comunicación.

En este sentido, como ya hemos visto, la medida *“solo se reputará proporcionada cuando, tomadas en consideración todas las circunstancias del caso, el sacrificio de los derechos e intereses afectados no sea superior al beneficio que de su adopción resulte para el interés público y de terceros”*.

En segundo lugar, esta medida queda sujeta a control judicial. Y será el Juez competente el que, en su resolución, deberá establecer *“el alcance de la misma, la forma en la que se procederá al acceso y aprehensión de los datos o archivos informáticos relevantes para la causa y el software mediante el que se ejecutará el control de la información”*, así como *“las medidas precisas para la preservación de la integridad de los datos almacenados, así como para la inaccesibilidad o supresión de dichos datos del sistema informático al que se ha tenido acceso”*.

Dos son las técnicas contempladas en el precepto:

1. La utilización de datos de identificación y códigos, esto es, utilizar las propias contraseñas del investigado para acceder, no ya a su ordenador o sistema informático sino incluso a su cuenta de correo electrónico o su cuenta de almacenamiento de datos en la nube, que es la más factible.
2. La utilización de «programas espía» (troyanos, keylogger, etc.) que permitan a los investigadores, de una u otra forma, acceder a los datos almacenados en un sistema o dispositivo ajeno, la cual resulta muy complicada de llevar a la práctica.

Por último, la medida podrá acordarse por plazo de un mes prorrogable por un máximo de tres meses.

Si tenemos en cuenta que en ocasiones solo la fase de implementación del software necesario para la puesta en marcha de la medida ya requerirá un tiempo es posible que dicho plazo se antoje insuficiente.

XI. EMPLEO DE HERRAMIENTAS DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN LA INVESTIGACIÓN POLICIAL

Una cuestión como la que nos ocupa está sujeta a una continua e imprevisible evolución técnica. Es por ello que en el seno de la Unión Europea se están poniendo las bases para blindar los Derechos Fundamentales de las personas frente a los avances de la técnica.

A título meramente ejemplificativo, con respecto a la Inteligencia Artificial y a las herramientas empleadas para la identificación biométrica de personas en tiempo real y lugares públicos, la reciente propuesta de Reglamento de Inteligencia Artificial de la Comisión Europea³⁹ prevé un restrictivo régimen que parte de una inicial prohibición.

Se autoriza su utilización, no obstante, con fines de detección, localización, identificación o enjuiciamiento de personas que han cometido o se sospecha que han cometido algún delito para el que la normativa en vigor en el Estado miembro implicado imponga una pena o una medida de seguridad privativas de libertad cuya duración máxima sea al menos de tres años.

En este sentido, cualquier *“uso de los sistemas de identificación biométrica remota en tiempo real en espacios de acceso público”* por las autoridades encargadas de la aplicación de la ley para la prevención, la investigación, la detección o el enjuiciamiento de infracciones penales o la ejecución de sanciones penales habrá de ser autorizado por parte de una autoridad judicial o una autoridad administrativa independiente del Estado miembro donde vaya a utilizarse dicho sistema.

.....

39. Texto accesible aquí: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/proposal-regulation-laying-down-harmonised-rules-artificial-intelligence>

Dicha autoridad deberá motivar dicha decisión efectuando un juicio de proporcionalidad basado en el perjuicio que produciría la utilización del sistema en relación con las consecuencias que no utilizar el sistema podría tener para los derechos y libertades de las personas.

XII. BIBLIOGRAFÍA

- *Investigación tecnológica y derechos fundamentales*, coord. Zaragoza Tejada, Javier Ignacio. Ed. Thomson Reuters. 2017
- *Cesión de datos personales y evidencias entre procedimientos penales y procedimientos administrativos y tributarios*, Ignacio Colomer Fernandez y otros, Ed. Aranzadi, 2017
- *Las nuevas medidas de investigación tecnológica de la Ley Orgánica 13/2015*, Rodriguez Lainz, José Luis Ed. Sepin - Nuevas tecnologías. 2016
- *Investigación tecnológica y prueba digital en todas las jurisdicciones*, Delgado Martín, Joaquín. Ed. Wolters Kluwer. 2016
- *Delitos tecnológicos. Cuestiones penales y procesales*, Velasco Nuñez, Eloy. Ed: La Ley – Wolters Kluwer, 2021
- *Cesión de datos e investigación de infracciones penales: la Ley Orgánica 7/2021 de 26 de mayo*, García Marcos, Julian. Diario La Ley, 3 de noviembre de 2021

ACCESO A LA JUSTICIA

Domingo Sánchez Puerta
Magistrado

Sumario

- I. INTRODUCCIÓN O DE QUÉ HABLO CUANDO HABLO DE ACCESO A LA JUSTICIA
- II. ORÍGENES DEL ACCESO A LA JUSTICIA. CONCEPTO Y TRATAMIENTO SISTEMÁTICO
- III. EL ACCESO A LA JUSTICIA EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL. NACIONES UNIDAS. REFERENCIA A LA DIMENSIÓN REGIONAL
- IV. EL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA DESDE LA PERSPECTIVA EUROPEA
- V. LA ASISTENCIA JURÍDICA COMO ELEMENTO CLAVE DEL ACCESO A LA JUSTICIA: JUSTICIA GRATUITA Y DEFENSA DE OFICIO
- VI. CONCLUSIONES
- VII. BIBLIOGRAFÍA

“Si acaso doblares la vara de la justicia, no sea con el peso de la dádiva, sino con el de la misericordia”¹

I. INTRODUCCIÓN O DE QUÉ HABLO CUANDO HABLO DE ACCESO A LA JUSTICIA

Definía el jurista romano Ulpiano la justicia como *“la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno su propio derecho”*; es por ello que, a la hora de abordar el tema de acceso a la justicia debemos partir de ese *“cada uno”* que no es otra cosa que las personas, las comunidades y las familias como sujetos activos de derechos en el marco del ordenamiento jurídico de cada estado y nación, en cuanto promotor de leyes y dotado de poder jurisdiccional para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

Así, el *acceso a la justicia* puede comprender una serie de vías o de medios utilizados para pedir o exigir al estado nuestros derechos, lo que puede abarcar tanto la protección de las víctimas, como de presunción de inocencia de los presuntos autores, el derecho a la contradicción —o derecho a un proceso contradictorio— como el derecho a usar las pruebas pertinentes para mi defensa o como impugnar las que puedan vulnerar mis derechos fundamentales como persona.

Y también ese acceso son precisamente las vías y formas de acceder. Así, el acceso a la justicia es oralidad, y a su vez, también transparencia, es empatía, es comunicar, es entender y poder usar mi lengua propia sin importar que sea minoritaria. Y es motivación y capacidad de entender por qué que se ha decidido en un determinado sentido; y, sobre todo, sobre todo es igualdad. No ya la presupuesta igualdad en el trato que nos dispensa la ley, sino una igualdad que configure una justicia igual para todos que no suponga un trato desigual a aquellos que no tienen medios suficientes para litigar y que a su vez están más necesitados de nuestra protección. (inmigrantes, personas con discapacidades, mujeres y niños víctimas de violencia).

.....

1. De Ingenioso Hidalgo Don Quijote de la Mancha, capítulo 52, De los consejos que da Don Quijote a Sancho antes de ir a gobernar la ínsula Barataria.

Así pues, ¿Que podemos entender por acceso a la justicia? A priori y cómo introducción podemos considerar que es un concepto claramente transversal y que debe tener una protección multinivel.

Es *transversal*, porque el acceso a la justicia es tan arraigado en la base de lo que podemos considerar administración de justicia, que, sin este acceso a la justicia por parte de los ciudadanos, la propia administración de justicia, como servicio público carece de sentido alguno. En realidad pues, sin un pleno acceso a la justicia no podemos considerar en sí misma la existencia del propio sistema, siendo un requisito ontológico debido precisamente a las multifunciones que dicho acceso proporciona, pues ese acceso a la justicia es como hemos señalado igualdad, es legibilidad de las resoluciones adecuadas, es uso de la lengua, es motivación, es interdicción de la arbitrariedad, es explicar las razones por las cuáles los ciudadanos son o no en su caso titulares de situaciones que merezcan ser protegidas.

Y *multinivel* porque el mismo puede aparecer a distintos niveles: estatal, de conformidad con la soberanía jurisdiccional que puede tener cada estado como miembros de la comunidad internacional, infra estatal, en comunidades de vecinos, familias, entidades derecho privado a las que el propio estado reconozca una capacidad normativa y resolutoria de conflictos, como a nivel supranacional cuando en virtud de tratados internacionales.

Por todo ello, pues, el tema del acceso a la justicia es un tema claramente interdisciplinar que toca todas y cada uno de los aspectos de nuestra vida diaria, tanto individual como colectiva y que tiene una importancia decisiva en la organización política de cada estado soberano. Por ello, el determinar los medios e instrumentos que son más eficaces y necesarios para asegurar el efectivo acceso a la justicia por parte de los ciudadanos, es una cuestión fundamental en la vida política pública y forma parte esencial de los principales objetivos de los gestores de lo público. Así, este debate, por ello, tiene un hondo calado político y filosófico, pues lejos de plantear cuestiones sencillas fácilmente contestables, pone encima de la mesa preguntas con muchas aristas y que nos obligan normalmente a ponderar y elegir qué derechos o intereses pretendemos sacrificar en favor de otros de índole superior. Así, podemos distinguir distintos ejemplos como por ejemplo en qué medida estamos dispuestos a restringir libertades o garantías procesales en pos de la eficacia del sistema de administración de justicia, o hasta qué punto debemos limitar o no el uso de abogados de oficio, o si esa limitación puede tener efectos positivos de cara a aumentar la eficacia y el carácter resolutorio de la administración de justicia, evitando los retrasos a la hora de decidir las controversias ante ella planteadas, o cuando el permitir una acción únicamente colectiva, como verbigracia se puede hacer en el seno de la Carta Social Europea del Consejo de Europa, puede ser o no un lastre para la efectividad de los derechos humanos de carácter individual.

En este camino que emprendemos es seguro que será necesario presentar las preguntas, y buscar respuestas, sin un propósito dogmático ni cortoplacista, con ánimo de plantear dudas y cuestiones diversas para finalmente hallar soluciones o, al menos, una determinada estructura sólida de principios.

II. ORÍGENES DEL ACCESO A LA JUSTICIA. CONCEPTO Y TRATAMIENTO SISTEMÁTICO

Cuando hablamos de acceso a la justicia, debemos referirnos a Mauro Cappelletti, discípulo de Piero Calamandrei, que empieza a trabajar a finales de los 70 distinguiendo tres etapas para garantizarlo. La primera es la financiación público de abogados de oficio en todo tipo de procesos. La Segunda la instauración de procesos colectivos como la class action en EEUU y la tercera en los métodos alternativos de resolución de conflictos (ADR en inglés, Alternative dispute resolutions).

A raíz de esta sistematización, el profesor Segatti identifica dos críticas: primero que la evolución en los últimos 40 años no se ha correspondido exactamente con esta evolución marcada por Capelletti, y la segunda es que Capelletti era demasiado optimista respecto a los métodos alternativos de resolución de controversias que ahora no se ha identificado con una mayoría de la doctrina que muestra escepticismo frente a dicha efectividad.

En cualquier caso, Capelletti realiza un abordaje de derecho comparado e interdisciplinar (jurídico, sociológico y económico) y reciente literatura científica lo aborda como una extensión del concepto mismo del acceso a la justicia, partiendo del mero acceso a entenderlo como la capacidad de usar el derecho para lograr objetivos valorados tanto individual como colectivamente. Así es un “paraguas” protector que puede perseguir distintos objetivos que conllevan consecuencias transformadoras de una realidad derivada de un daño previo o de la reclamación de una determinada petición.

También señala este autor que existe una vinculación del acceso a la justicia con el concepto mismo de estado de derecho, y configura este acceso como instrumental, asegurando una *predictibilidad objetiva*, como la reacción del estado protector ante el

quebrantamiento de la ley, quebrantamiento de la ley que es todas luces impredecible subjetivamente (*predictibilidad subjetiva*), ya que todos podemos ser potenciales usuarios del sistema de justicia sea cómo víctimas o como sospechosos o inculpados (pero no sabemos si lo seremos o cuando).

Es por ello, que podemos considerar el acceso a la justicia y todo lo que ella significa, precisamente por lo impredecibles de los eventos que pueden suscitar la necesidad de acceder a la justicia y de convertirnos en usuarios de la misma, lo que hace que, precisamente, la configuración de un acceso a la justicia igualitario para todas las personas sea un punto central configurador del estado de derecho, pues todos y cada uno de nosotros, podemos vernos necesitados de tener plenas y absolutas facultades para acceder a la misma.

Encuadramiento sistemático

En este contexto, podemos encuadrar el acceso a la justicia, como uno de los *derechos humanos fundamentales* que engarza plenamente con el derecho a ser oído garantizado en el art 10 de la Declaración Universal de los Derechos de Humanos², que señala que *“Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.”* Y a su vez, por su carácter transversal tiene conexión directa y fundamento en la consagración de los principios fundamentales de dicha declaración en materia de igualdad ante la ley (Art 7), presunción de inocencia (Art 11), reconocimiento de personalidad jurídica (Art 6) y derecho a un recurso judicial (art 8).

En esta línea y a nivel de Naciones Unidas también contamos con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en particular su artículo 14, en el que se afirma que *“toda persona acusada de un delito tendrá derecho a hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección o que se le nombre siempre que lo exija el interés de la justicia, a ser oída públicamente y con las debidas garantías ante un tribunal competente, independiente e imparcial establecido por la ley.”*

.....

2. Hecha en París el 10 de diciembre de 1948, Resolución 217.

Así pues, podemos considerar sin lugar a dudas, con todos estos instrumentos internacionales de reconocimiento; el “acceso a la jurisdicción” de todos los ciudadanos cómo un derecho humano de carácter fundamental que tiene una dimensión multinivel tanto en el ordenamiento internacional como en los distintos ordenamientos nacionales.

III. EL ACCESO A LA JUSTICIA EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL. NACIONES UNIDAS. REFERENCIA A LA DIMENSIÓN REGIONAL

El acceso a la justicia, como hemos señalado, permite a las personas protegerse contra la violación de sus derechos, y corregir tanto ilícitos civiles como ilícitos penales, siendo *“un elemento importante del estado de derecho que abarca el derecho civil, penal y administrativo”*³.

El derecho internacional público es, como sabemos, un sistema normativo de carácter heterogéneo que vincula a la comunidad internacional en tanto que compuesta de sujetos internacionales de distinta naturaleza (estados, minorías, naciones sin estados, organizaciones internacionales no gubernamentales), y que en la práctica viene reglado por unas normas comunes: los pactos, tratados o acuerdos internacionales que vinculan a los sujetos obligados. Pero la particularidad del derecho intencional es, cómo señaló el profesor Gutiérrez Espada, que no existe un poder legislativo ni un poder judicial central, sino que el contenido de los principios tiene que desarrollarse y concretarse mucho más lentamente, siendo los propios sujetos obligados (los estados) los que deben controlar el cumplimiento del orden internacional, a través del llamado *control de convencionalidad*⁴.

En el ordenamiento internacional, el principal texto que lo reconoce de un modo expreso es la Declaración Universal de los derechos humanos, siendo tutelada dentro de esta organización, por el Comité de Derechos Humanos, y estando contemplado en instrumentos de las Naciones Unidas como la *Convención de Aarhus* de 1998 sobre el acceso a la información y participación
.....

3. *Manual sobre el Derecho Europeo de acceso a la justicia*, (2016), Agencia europea de derecho fundamentales y Consejo de Europa.

4. Y que, v.g., en derecho constitucional español ha sido consagrado por STC 140/2018, de 20 diciembre.

del público en la toma de decisiones y acceso a la justicia o la Convención de 2006 sobre los derechos de personas con discapacidad, así como el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*.

A parte de estas normas internacionales, podemos destacar otros instrumentos importantes:

- **Las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos**, aprobadas por el Consejo Económico y Social en su resolución 663 C (XXIV) de 31 de julio de 1957, y ampliadas por el Consejo en su resolución 2076 (LXII), de 13 de mayo de 1977, conforme a las cuales persona detenida que no haya sido juzgada estará autorizada, con miras su defensa, a recibir visitas de su abogado,
- **Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión**, Resolución 43/173 que garantiza que toda persona detenida tiene el derecho de defenderse por sí misma o ser asistida por un abogado según prescriba la ley.
- **Principios Básicos sobre la Función de los Abogados** que establecen que todas las personas, cuando no dispongan de abogado, tendrán derecho, siempre que el interés de la justicia así lo demande, a que se les asignen abogados con la experiencia y competencia que requiera el tipo de delito de que se trate a fin de que les presten asistencia jurídica eficaz y gratuita, si carecen de medios suficientes para pagar sus servicios (principio 6).
- **Declaración de Bangkok sobre sinergias y respuestas:** alianzas estratégicas en materia de prevención del delito y justicia penal, donde se exhorta a los estados miembros a que adopten medidas para promover el acceso a la justicia (párrafo 18).
- **Declaración de El Salvador sobre estrategias amplias ante problemas globales**, en donde se recomienda a los estados que minimicen el recurso a la prisión preventiva y que promuevan un mayor acceso a mecanismos de administración de justicia y de asistencia letrada.
- **Resolución 2007/24 del Consejo Económico y Social**, de 26 de julio de 2007, sobre la cooperación internacional para mejorar el acceso a la asistencia judicial en los sistemas de justicia penal, particularmente en África.

En el ámbito regional podemos destacar Europa, Iberoamérica, y los países árabes. En Europa, contamos dos importantes declaraciones de derechos donde este derecho de acceso y asistencia está reconocido, como son **El Convenio Europeo de Derechos Humanos** firmado en Roma en fecha 4 de noviembre de 1950 (en adelante CEDH) y en el marco de la Unión Europea, la **Carta de los Derechos Fundamentales** (en adelante, CEDFUE). Ambos textos, sin embargo, tienen distinta naturaleza, aunque de facto están llamados a completarse. EL primero, el CEDH, tiene propiamente la naturaleza de un tratado internacional, que obliga por principio a los estados firmantes, miembros del Consejo de Europa (48 estados, hoy sin Rusia ya 47). Sin embargo la Unión Europea, tiene una condición distinta, pues en tanto organización supranacional, tiene propias órganos con capacidad legislativa, y sus normas vinculan directamente a los estados miembros, confiriendo directamente a los ciudadanos de los mismos un estatus de “*ciudadanos europeo*” con capacidad para pedir tutela directamente ante la justicia europea (TJUE). También en el ámbito regional son importantes la **Carta Interamericana de Derechos Humanos**⁵ (art 8), **Carta Árabe de los Derechos Humanos** (Art 13)⁶ y la **Carta Africana de los Derechos Humanos** (art 7)⁷.

.....

5. *Convención Interamericana sobre Derechos Humanos* (Pacto de San José), adoptada en la ciudad de San José de Costa Rica, el veintidós de noviembre de mil novecientos sesenta y nueve.

6. Liga de los Estados Árabes el 22 de mayo de 2004, afirma los principios contenidos en la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos, los Pactos Internacionales de Derechos Humanos y la Declaración de El Cairo sobre los Derechos Humanos en el Islam. Su art 13 señala que “*toda persona tiene derecho a un juicio imparcial que ofrezca garantías suficientes ante un tribunal competente, independiente e imparcial, constituido por la ley, para conocer de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para decidir sobre sus derechos u obligaciones. 1. Cada Estado Parte garantizará a quienes carezcan de los recursos financieros necesarios asistencia letrada para que puedan defender sus derechos. 2. Los juicios serán públicos, salvo en casos excepcionales que puedan justificarse por el interés de la justicia en una sociedad que respete las libertades y los derechos humanos.*”

7. Aprobada el 27 de julio de 1981, durante la XVIII Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la Organización de la Unidad Africana, reunida en Nairobi, Kenya).

Los principios y directrices de las naciones unidas que establecen normas mínimas para el derecho a la asistencia jurídica en los sistemas de justicia penal

Dentro de los hitos importantes en el marco del derecho internacional podemos destacar la **Declaración de la Reunión de Alto Nivel de la Asamblea General sobre el Estado de Derecho en los Planos Nacional e Internacional**⁸. El documento reafirma el compromiso con el estado de derecho y su importancia fundamental para el diálogo político y la cooperación entre todos los Estados, en concreto para *“para prestar servicios justos, transparentes, eficaces, no discriminatorios y responsables que promovieran el acceso a la justicia para todos, entre ellos la asistencia jurídica”* (párrafos 14 y 15).

Uno de los principales obstáculos para el acceso a la justicia, determinada por la propia ONU, ha sido el costo de la representación y el asesoramiento jurídicos. Es por ello que, a nivel de la Organización de Naciones Unidas los programas de asistencia letrada son un componente central de las estrategias para mejorar el acceso a la justicia.

En diciembre de 2012, la Asamblea General aprobó por unanimidad los **Principios y Directrices de las Naciones Unidas sobre el Acceso a la Asistencia Jurídica en los Sistemas de Justicia Penal**,⁹ el primer instrumento internacional sobre el derecho a la asistencia jurídica, cuyo objetivo es establecer un estándar de acceso a servicios eficaces de asistencia letrada en materia penal.

Estos principios y directrices comienzan invitando a los estados miembros a que *“adopten y fortalezcan medidas para asegurar que se preste asistencia jurídica eficaz”* en consonancia con dichos principios teniendo en cuenta las distintas legislaciones nacionales¹⁰.

8. En inglés: Declaration of the High-level Meeting of the General Assembly on the Rule of Law at the National and International Levels; en francés: Déclaration de la Réunion de haut niveau de l'Assemblée générale sur l'état de droit aux niveaux national et international), año 2011.

9. Resolución 67/187.

10. En definitiva, según el preámbulo de estos principios se alienta a los miembros a prestar más y mejor asistencia jurídica, solicitado a los órganos técnicos de la ONU a que presten asistencia para hacer reformas en justicia penal que consideran alternativas a la pena de prisión, la justicia restaurativa o la elaboración de planes de asistencia jurídica.

Así pues, por lo antedicho, los principios y directrices son desde luego un estándar internacional en la materia, estableciendo a su vez la necesidad de adoptar políticas presupuestarias que los hagan posibles, girando en torno a la base de que la asistencia jurídica constituye un pilar del acceso a la jurisdicción, y es por ello, fundamento para el disfrute de otros derechos, entre otros el de un juicio justo, que a su vez es condición previa para la consecución de todo derecho.

Por esta razón, podemos considerar que un sistema penal eficaz debe contar con una buena y suficiente asistencia jurídica, teniendo como objetivos no sólo reducir el crimen y la congestión de los tribunales, sino también la revictimización y los casos de condenas injustas, con el indudable coste social que ello conlleva.

Los principios parten de un concepto amplio de asistencia jurídica como *“el asesoramiento jurídico y la asistencia y representación letrada de las personas detenidas, arrestadas o presas, sospechosas o acusadas o inculpadas de un delito penal, y de las víctimas y los testigos en el proceso de justicia penal, prestados de forma gratuita a quienes carecen de medios suficientes o cuando el interés de la justicia así lo exige”*(p.8); que abarca también los concepto de capacitación jurídica, acceso a la información, mecanismos alternativos de resolución de controversias y justicia restaurativa.

Es importante destacar de estos principios que no se respalda un modelo concreto de justicia, pues los estados pueden contemplar distintos modelos (defensores públicos, privados, colegio de abogados o personal parajurídico), simplemente se quiere alentar a garantizar *el derecho básico de asistencia de un modo efectivo*, partiendo de un mínimo de derecho necesario internacional que puede ser mejorado pero no empeorado por otras normas internacionales como el pacto internacional de derechos civiles y políticos, la Convención de derechos del niño de 1989¹¹, o la Convención sobre protección de todos los trabajadores migratorios y sus familiares¹², o sobre la eliminación de todas las formas de discriminación de la mujer¹³.

Estos principios y directrices podemos dividirlos en tres grupos según se refieran al reconocimiento mismo del derecho, su eficacia, garantía o medios para hacerla efectiva y a la igualdad en el acceso a la justicia.

.....

11. La Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) es el tratado internacional adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.

12. Resolución 45/158 de la Asamblea General, de 18 de diciembre de 1990.

13. CEDAW, Resolución 34/180 de 18 de diciembre de 1979.

En relación al reconocimiento del derecho, en el primer principio, se nos habla del derecho a la asistencia jurídica: Pide a los estados miembros garantizar el máximo nivel de asistencia en el marco de un juicio justo y con todas las garantías como base de una justicia eficaz (p.14). Así en este **primer principio**, se configura claramente como un principio básico para todo estado de derecho, prestando ayuda al lego, al no profesional o experto en derecho, para solicitar lo que considere oportuno en el caso de que vea discutidos o controvertidos sus derechos.

En relación a la eficacia, el **principio 2** (P. 14 a 19) establece obligaciones para los estados miembros en el marco del cumplimiento de los tratados y acuerdos internacionales para que dicten, promulguen y desarrollen leyes, reglamentos y procedimientos que establezcan un régimen de asistencia jurídica completo y eficaz. Para ello, subraya la importancia de la información, no sólo a los individuos, sino también a los grupos de todo tipo e incluso a los nacionales de otros países que puedan viajar a dichos países. Esta última previsión, en el marco de configurar un pleno acceso a la justicia y una completa previsibilidad del sistema jurídico aplicable, es clave a la hora de crear un contexto de seguridad jurídica en contexto jurídico globalizado como el actual.

Es importante para la efectividad también del sistema, como se señala en el **principio 3** la *“Asistencia jurídica a las personas sospechosas o inculpadas”* (p. 20 a 23), estableciendo el deber de los estados de garantizar la misma especificando que debe ser aplicado a las personas detenidas o arrestadas de delitos graves susceptibles de ser castigados con penas de reclusión o de muerte. En este caso, claramente, abstrayéndose de los diferentes sistemas punitivos, subraya sin embargo que la defensa y asistencia en el caso de delitos que se consideren castigados con pena de privación de libertad deben estar contemplados con asistencia jurídica.

Es importante por ello, aquí, en el contexto de estos principios, señalar que sería deseable, en el marco del respeto a estos principios, que la posibilidad de no asistencia de abogado en procesos o procedimientos por los que se vaya a acusar a alguien con una pena de privación de libertad se viera reducida al mínimo en la medida en la que cada contexto nacional lo permitiese.

Así, dicha asistencia, en estos casos debe prestarse con independencia de la complejidad del proceso, o incluso, de las medidas de investigación que se estén llevando a cabo (con cumplimiento de ciertas prescripciones), velando por su prestación a los niños, y considerando que las autoridades deben velar por que esto se cumpla (Jueces, Fiscales y Policías); siendo dicha asistencia plenamente eficaz y rápida según el **principio 7**, lo que necesariamente conlleva la necesidad de proveer a asistencia por cua-

lesquiera de los medios previstos en cada estado en particular, garantizando la confidencialidad de las comunicaciones y el acceso a la información necesaria para preparar la defensa. Esto último está íntimamente relacionado con el derecho a ser informado que se contempla como **principio 8**, pues no sólo significa el saber los hechos sobre los que existe una sospecha o acusación, sino también tener toda la información de cuáles son los medios posibles dispuesto para la defensa de cada una de las personas, facilitando adecuadamente el acceso a dicha información.

Añaden los principios ciertos *instrumentos* que coadyuvan decididamente a la eficacia de un sistema que cumpla con este estándar de la ONU. En primer lugar, el **principio 9** nos habla de las medidas de reparación cuando no se hayan respetado estos mínimos. Hablamos de situaciones en las que no se ha otorgado las medidas previstas, o se ha privado a la víctima o al sospechoso del adecuado acceso a la justicia. Casos para los cuales se debe proveer los medios en forma de indemnización o reparación de daños, que puedan suponer, incluso la nulidad o repetición de los actos procesales (juicios o vistas) realizados sin dichas garantías. En este campo debemos destacar la independencia y protección de lo que se denominan “*los proveedores*” de Asistencia Jurídica Gratuita, para que puedan actuar sin injerencias de ningún tipo, pudiendo acceder, salvo que se acuerde otra cosa por la autoridad competente y de forma motivada, a toda la información posible para acceder a su defensa, debiendo tener los mismo la formación y experiencia suficiente y estando sometidos a responsabilidad en el caso de incurrir en negligencia en el ejercicio de su profesión, como señala el **principio 13**. Por último, el **principio 14** encomiendan a los estados la labor de reconocer y alentar la contribución de los colegios de abogados, universidades y la sociedad civil a la prestación de asistencia jurídica, debiendo en su caso, establecerse asociaciones con este fin.

Por lo que respecta a la igualdad, en el marco de la igualdad y la protección de los más necesitados tal asistencia, señalan los **principios 4 y 5** se debe prestar a las víctimas y testigos, siendo importante como veremos más adelante, en el caso de Europa e incluso de España, el tener siempre presente que el acceso a la justicia no sólo debe tener en cuenta a los posibles sospechosos de haber cometido un delito sino, también, a las víctimas. El establecer un estatuto de la víctima, garantista, accesible y protector que garantice una debida asistencia, es por ello, un pilar básico para la implementación de un sistema de acceso a la jurisdicción eficaz.

El **principio 6** nos pone en conexión la asistencia jurídica directamente con la igualdad, y con la prestación de la misma por encima de cualquier condición o circunstancia personal. Una vez más estos principios, precisamente porque están estableciendo un estándar mínimo para todos los estados miembros de Naciones Unidas, subrayan la necesidad de no poner obstáculos a dicha asistencia en virtud de orígenes étnicos, nacionales, o cualquier condición o circunstancia personal o familiar, lo que está directamente relacionado con el **principio 10**, que directamente impulsa a los estados a adoptar medidas especiales para asegurar el acceso a la justicia de las personas más necesitadas o en circunstancias más difíciles. En las mismas enumera diversos grupos, entre los que podemos distinguir *mujeres, niños, minorías, personas con discapacidad o enfermedades físicas o psíquicas* que les puedan poner en un riesgo de exclusión de la sociedad. Pensemos pues, que una de las líneas maestras de cualquier sistema jurídico es desde luego *la protección de las personas más desfavorecidas o privadas de los medios suficientes*, entre los que desde luego se encuentran esas personas que pueden estar en condición de refugiados huyendo de situaciones bélicas por razones humanitarias. Es importante tener en cuenta esta perspectiva y facilitar los medios adecuados al acceso de los mismos en condiciones de igualdad (por ejemplo contando con un servicio adecuado de traducción e información de su estatus jurídico en el país de acogida). Una práctica verdaderamente recomendable, y de ello que vemos ejemplos en el Reino de España, es el promover campañas en los medios de comunicación, o a base de folletos informativos accesibles en las distintas sedes de los juzgados, en las que se informe a los ciudadanos de sus respectivos derechos tanto al acceso a la justicia como a la asistencia o a los medios de resolución amigable de conflictos.

Dentro de esta igualdad protectora, encontramos el **principio 11** (niños), que deberán tener en cuenta desde luego la Convención de derechos del niño y la defensa del *“interés superior del menor”*.

Con relación a las *directrices*, las mismas desarrollan más detalladamente estos principios y pretenden establecer una orientación más específica, relativa a cómo se pueden dar plena efectividad a los principios antes mencionados. De entre las mismas, que dejaremos indicadas para su consulta, podemos destacar las siguientes:

Directrices sobre la prestación de la asistencia jurídica relativa a los *“medios de vida”* o la insuficiencia de medios a tener para obtener la Justicia Gratuita (criterios, recursos, asistencia urgente, cuando sea necesario...), derecho a ser informado u otros derechos de las personas detenidas, asistencia previa, durante y posterior al juicio, a las víctimas, testigos, mujeres, niños, abordaje

de los sistemas de asistencia jurídica nacional y su financiación, los recursos humanos, el personal parajurídico, reglamentación y supervisión de los proveedores de asistencia jurídica, asociaciones, y la necesidad de investigación, tratamiento de datos y asistencia técnica.

El acceso a la justicia en el ámbito del Consejo de Europa y de la Unión Europea

De conformidad con la legislación europea sobre derechos humanos, podemos partir de un concepto de acceso a la justicia o la jurisdicción que obliga a los Estados a garantizar a todas las personas el derecho de acudir tanto instancias jurisdiccionales como a instrumentos de resolución alternativa de conflictos cuando se han conculcado sus derechos.

Según el **Manual de acceso a la justicia elaborado conjuntamente por el Consejo de Europa y la Agencia Europea de derechos fundamentales (UE)**¹⁴ es necesario partir como línea de principio lo siguiente en este marco jurídico: 1) El derecho de acceso a la justicia comprende varios derechos humanos fundamentales, como el derecho a un proceso *equitativo* según el artículo 6 del CEDH y el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE y el derecho a un recurso efectivo según el artículo 13 del CEDH y el artículo 47 CDFUE. 2) Los derechos de acceso a la justicia recogidos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE pueden equipararse con los del CEDH. Por tanto, la jurisprudencia del TEDH es importante para interpretar los derechos de la Carta. Y 3) Aunque la aplicación del CEDH y de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE está sujeta a regímenes diferentes, ambos hacen hincapié en que los derechos a un recurso efectivo y a un proceso equitativo deben cumplirse fundamentalmente en el ámbito nacional.

Así pues, en este contexto europeo y resumidamente, podemos centrar el derecho de acceso a la justicia en dos grandes bloques. Por un lado, el derecho a un *proceso equitativo y público* ante un órgano jurisdiccional independiente e imparcial y otros órganos, y por otro el *derecho a un recurso efectivo*. Ambos suponen pues el verdadero leitmotiv de un sistema que pretenda implementar un sistema eficaz que permita una adecuada tutela de todos los ciudadanos.

.....

14. VV. AA. Agencia Europea de Derechos Fundamentales y Consejo de Europa, Luxemburgo, 2016.

Las principales normas en este contexto son el art 6 del CEDH y el art 47 de la CDFUE¹⁵, que garantizan el derecho a un proceso equitativo como derecho al acceso a un órgano jurisdiccional, con la diferencia de que el CEDH se refiere exclusivamente a los procesos penales y el CDFUE a todo tipo de procesos y derechos, tanto civiles como penales o administrativos (ante la administración pública). Este derecho al acceso a los órganos jurisdiccionales implica desde luego el denominado derecho a la tutela judicial efectiva en el mencionado artículo de la CDFUE así como en el Protocolo 7 de la CEDH¹⁶.

Todos estos aspectos han sido desarrollados ampliamente por la jurisprudencia tanto del TEDH, como del TJUE, y han configurado, junto con la legislación concreta de los distintos países del entorno europeo, unas notas esenciales de lo que debe considerarse el sistema de acceso a la justicia en el ámbito europeo.

IV. EL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA DESDE LA PERSPECTIVA EUROPEA

El acceso a la justicia, desde la perspectiva europea y de conformidad con los estándares de derecho internacional comprende, al menos, los siguientes temas: Acceso a los órganos jurisdiccionales, acceso a un proceso público y equitativo, acceso a otras vías de resolución de conflictos, derecho efectivo a los recursos y duración razonable de los procesos.

.....

15. El primero señala que “Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella”, El segundo señala que “Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley. Toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar.” (el equivalente en la carta árabe de los derechos humanos el art. 13 que señala que “todos y todas tienen derecho a un juicio justo en el que se le aseguren las debidas garantías, conducido por un tribunal establecido por ley, que sea competente, independiente e imparcial al juzgar los motivos delictivos de los cargos en su contra o al determinar sus derechos y obligaciones. Los Estados Parte deberán asegurar ayuda financiera a aquellos sin los medios necesarios para pagar por asistencia jurídica a fin de permitirles defender sus derechos.

16. STEDH Golder c. Reino Unido 4451/70 de 21 de febrero de 1975.

Acceso a los órganos jurisdiccionales

Como premisa, este acceso se debe facilitar ante órganos que deben cumplir unos requisitos de independencia e imparcialidad. Añadir, además, que es importante, en ocasiones, y puede ser acorde con los mínimos exigidos por el derecho internacional, limitar este acceso mediante determinados instrumentos, como la imposición de plazos (por motivos de seguridad jurídica), o incluso la imposición de tasas judiciales que pueden limitar demandas que se consideren frívolas, pudiendo estar justificado por razones presupuestarias. El único límite será no atentar contra la misma “esencia del derecho”¹⁷.

En relación con el concepto de *órganos jurisdiccionales* es importante para delimitarlo señalar que no es una práctica recomendable el establecer un sistema de acceso a la justicia que otorgue la competencia para resolver conflictos jurídicos a órganos de tipos administrativo que no pertenezcan al poder judicial, debiendo a su vez estos órganos estar previamente establecidos por la ley (el juez predeterminado por la ley como derecho fundamental.¹⁸)

A su vez, deben cumplir requisitos de independencia e imparcialidad, pudiendo ser nombrados por el poder ejecutivo, pero no recibiendo instrucciones de cómo deben realizar su trabajo y contar con ciertas garantías de inamovilidad¹⁹, siendo una práctica aconsejable establecer causas objetivas para apartar a los jueces y juezas incursos en las mismas.

.....
17. STEDH Ashindage c. Reino Unido, 88225/78, de 28 de mayo de 1985.

18. Esta garantía en derecho penal se extiende el principio de tipicidad es decir que nadie pueda ser castigado por conductas que al tiempo de su perpetración estén determinadas como delictivas (Vid art 7.2 de la Convención Africana de derechos humanos).

19. STEDH Campbell y fell c. Reino Unido 7819/77 Y 7878/77 de 28 de junio de 2984 aptado. 80.

Un proceso público y equitativo²⁰

Para contemplar un sistema de acceso a la justicia eficaz de acuerdo con los estándares internacionales que hemos indicado, la verdadera piedra angular que contiene los aspectos más esenciales de este acceso es la vehicular del procedimiento mediante el cual el ciudadano accede a los órganos jurisdiccionales, un proceso que debe tener las notas de publicidad y equidad.

La publicidad, consigue que la judicatura esté sometida a escrutinio, exigiendo que una persona tenga derecho a asistir y a conocer las pruebas que existe en un determinado procedimiento, que la vista sea pública (salvo excepciones)²¹, y que, al menos en los procesos penales más graves, el acusado tenga que asistir a juicio.

Con relación a la existencia de un proceso equitativo, depende de múltiples factores, incluyendo desde luego la capacidad de la persona para acceder a la justicia, debiendo ser considerado el proceso en su conjunto. La principal característica de la equidad se basa desde luego en la *igualdad de armas*, que tiene a su vez múltiples manifestaciones, siendo la Justicia Gratuita, de la que hablaremos después, una de las principales, así como la contradicción, es decir la posibilidad de discutir y emitir un juicio valorativo previo por medio de alegaciones acerca de todos los elementos de prueba que pueda incidir o tener trascendencia en la resolución final del litigio, así como presentar alternativos y tener tiempo para analizarlos²². También es importante el derecho a ser informado en el más breve plazo posible de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada y de la necesidad de tiempo para preparar la propia defensa (Art 6 apartados 2 y 3)²³, con exigencia de que se entregue al detenido, sospechoso o investigado una “declaración de derechos” (según la Directiva 2012/13/UE), que en el caso del Reino de España, viene cumplida con las

20. Art 6,1 CEDH, Art 47 CEDF, Directiva relativa al derecho de información en los procesos penales (2012/13/UE), Directiva relativa al derecho a la interpretación y traducción 2010/64), Directiva sobre el derecho a la asistencia de letrado (2013/48/UE).

21. El Art 6 apartado 1, del CEDH permite la prohibición de acceso a la prensa y al público e interés de la moralidad, orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática; por interés de los menores o protección de la vida privada o por razones de interés público.

22. El art 6, apartado 3 del CEDH, contempla el derecho a “interrogar o hacer interrogar a los testigos que se citen en su contra y a obtener la citación e interrogatorio de los testigos que declaren a su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra”.

23. Este derecho a la información aparece desarrollado a su vez en la Directiva 2012/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales.

indicaciones previstas en el art. 520 LEcrim, que puede ser un ejemplo de cumplimiento de todos los estándares internacionales en derecho penal, pues contempla el derecho a la información, a comunicarse, a ser asistido por abogado, a la traducción e interpretación, información a las autoridades consulares...

A su vez es esencial para la configuración de un proceso equitativo, el posibilitar el acceso práctico y efectivo a los tribunales de las víctimas o las personas que reclamen la tutela o protección de sus derechos, existiendo ejemplos de ello, en la existencia de protocolos de acceso a la justicia de las personas con discapacidad²⁴, o un estatuto especial de las víctimas de delitos en derecho español²⁵. Se trata de adecuar la comprensión del proceso, hacer saber los derechos a aquellos que deben ser protegidos.

Finalmente apuntar, que un proceso equitativo debe permitir poder corregir errores derivados de la indudable falibilidad de la justicia a través de un adecuado sistema de recursos, y desde luego, permitir un sistema en donde la larga duración de los procesos no impida la efectividad de las resoluciones que se puedan dictar en los mismos.

Vías alternativas de acceso a la justicia

Es importante también subrayar que pueden existir vías alternativas de acceso a la justicia mediante órganos no jurisdiccionales como instituciones nacionales de derechos humanos, organismos de igualdad, o autoridades de protección de datos, sindicatos, o incluso a través de la figura del defensor del pueblo. Son instituciones, organizaciones u organismos a los que la ley de cada estado, en función de los intereses colectivos que defienden, les otorga una legitimación especial o bien para acudir a los tribu-

.....

24. El artículo 26 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea –que en 2019 celebra sus 10 años de entrada en vigor— establece que “la Unión reconoce y respeta el derecho de las personas con discapacidad a beneficiarse de las medidas diseñadas para garantizar su independencia, integración social y laboral y participación en la vida de comunidad”. En este precepto de la Carta “se encuentra el reconocimiento de la legalidad de las medidas positivas que sean necesarias para asegurar su igualdad de oportunidades y su integración plena en la sociedad”¹¹. Por tanto, para proteger los derechos, satisfacer las necesidades básicas y promover la participación ciudadana de las personas con discapacidad, es necesario garantizar el acceso más amplio posible a la justicia de este colectivo

25. Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito.

nales o bien para impulsar una resolución extrajudicial del conflicto en cuestión²⁶. En este punto destacar que se han detectado prácticas muy positivas como la existencia en países como Italia o España de asesores de igualdad que atienden reclamaciones, prestan asesoramiento e incluso ofrecer servicios de mediación.

Por último, en relación con estas vías alternativas, hay que destacar lo que, en sus siglas en inglés es ADR (Alternative dispute resolutions), que constituye un medio efectivo de satisfacción de los intereses de los ciudadanos en relación con la administración de justicia y, a su vez desde el punto de vista del interés general, descarga de asuntos a los órganos jurisdiccionales. Es importante destacar aquí la Directiva europea 2008/52 de 21 de mayo de 2008 sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles. Esta solución desde luego se ha demostrado como más efectiva en materias civiles, contratos y familia (siendo especialmente recomendable en esta última). Podemos destacar finalmente su aplicación en la jurisdicción social donde es obligatoria la conciliación previa a la vía judicial, salvo en determinados supuestos²⁷.

V. LA ASISTENCIA JURÍDICA COMO ELEMENTO CLAVE DEL ACCESO A LA JUSTICIA: JUSTICIA GRATUITA Y DEFENSA DE OFICIO

En este punto debemos destacar dos aspectos que son distintos: Uno, es el derecho a la asistencia letrada, que corresponde a todos los ciudadanos el marco de un proceso jurídico, permitiendo su renuncia salvo en determinados casos señalados por la ley (por ejemplo, en procesos penales con penas de prisión); y otro es el derecho a la Asistencia Jurídica Gratuita que es el derecho concedido a determinadas personas tanto por criterios económicos como de fondo.

.....

26. Son múltiples los ejemplos que podemos encontrar en esta vía pues en el ámbito de la UE se han creado organismos por la igualdad racial o étnica, y por la igualdad de género con arreglo a la Directiva igualdad 2000/43 o incluso a la Directiva de protección de datos del año 2018. En derecho español el defensor del pueblo está legitimado para interponer recursos ante el Tribunal Constitucional, las ONGs en el procedimiento de reclamaciones colectivas ante El Comité Europeo de derechos sociales, o, determinado sindicato puede ejercer incluso acciones en nombre de sus afiliados en el marco de la jurisdicción laboral, según la Ley 36 /2011 de la jurisdicción Social.

27. Arts 63 a 65 LRJS 36/2011.

En el primer caso, partiendo de la afirmación que Licoln hizo sobre el juicio a Sócrates²⁸, podemos dejar por sentado que existe un axioma universalmente aceptado en relación a los evidentes beneficios que tiene una asistencia técnica en un proceso, en comparación con la defensa por uno mismo. Es por ello, que con base a los estándares internacionales en determinados casos en los que están en juego derechos personales más básicos y fundamentales, como los penales con penas graves, la defensa y asistencia letrada sea obligatoria.

Cosa distinta, aunque conexas desde luego, es la Justicia Gratuita²⁹, que gira en torno a la complejidad del caso, su importancia y la capacidad de las personas para representarse, no descartándose la posibilidad de que en determinados casos ciertas personas jurídicas tengan acceso a la misma, facilitándola a grupos vulnerables, víctimas y personas desfavorecidas.

El modelo español³⁰ en consonancia con estos principios gira en base a unos determinados principios o líneas generales, que lo que brevemente y para concluir me gustaría destacar:

- Parte del concepto de “insuficiencia de medios para litigar” y se refiere a la insuficiencia de medios económicos valorados según determinados parámetros económicos (que en el Reino de España es el doble de salario mínimo interprofesional).
- Contempla a la persona como integrante de la unidad familiar, y lo examina según estén integradas o no en una unidad familiar, y también dependiendo del número de miembros de esta.
- Tiene en cuenta especiales circunstancias para concederlo.

.....
28. *“Quien se defiende a sí mismo tiene un tonto por cliente y un imbécil por abogado”.*

29. Viene regulado normativamente en el ámbito europeo este derecho en los arts 6, 1 y 6, 3 letra c) procesos penales CEDH y en el art 47 y 48,2 de la CEDF, Directiva 2002/87CE y Reglamento 604/2013, artículo 27, apartados 5 y 6.

30. Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita y Real Decreto 141/2021, de 9 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Asistencia Jurídica Gratuita.

- Otorga, per se, a determinadas personas jurídicas, que por sí mismas tienen como función y objetivos sufragar, subvencionar o financiar determinados gastos en aras de remover los obstáculos que impiden una plena y efectiva igualdad entre las personas. Así, las entidades gestoras de la Seguridad Social gozan en el orden social de este derecho.

Utiliza como orientador, a su vez, el criterio de tutela de determinadas personas a las que el ordenamiento jurídico les otorga un “plus de protección” por determinadas circunstancias, loas cuáles las podemos dividir en dos grupos:

- Por un lado, las víctimas de violencia de género, de terrorismo y de trata de seres humanos en aquellos procesos que tengan vinculación, deriven o sean consecuencia de su condición de víctimas, así como a las personas menores de edad y las personas con discapacidad necesitadas de especial protección cuando sean víctimas de delitos de determinados delitos que enumera.
- En el campo del derecho del “contrato de trabajo” (Derecho del trabajo autónomo el algún ordenamiento europeo), concede a la parte más débil de la relación (el trabajador), el beneficio de la Justicia Gratuita de modo objetivo, sin requerirle circunstancias adicionales.
- Permite en determinados casos, extraerse de esta obligación en casos de “insostenibilidad de la pretensión”.

VI. CONCLUSIONES

Para concluir, me gustaría muy brevemente, llamar la atención sobre la importancia vital, de este conjunto de normas y principios que hemos indicado para todos los profesionales de la justicia. En particular, y por lo que a mi experiencia personal se refiere, es nuclear el concienciar a los todos los miembros del poder judicial tanto jueces como fiscales de la importancia de contar con un sistema de justicia que sea eficaz y protector. Y dicha eficacia, entiendo, sólo puede sostenerse sobre la base de un *sistema en el que todos los ciudadanos tengamos una protección (cómo decía el autor mencionado al inicio) previsible ante lo imprevisible*, y que dicha protección sea lo más completa posible, para reducir al mínimo los costes sociales de una posible ineficacia del sistema manifestada a través del error, del retraso, de la falta de información o de la imposibilidad de practicar todas las pruebas necesarias.

Es por ello, que en nuestra tarea debemos encomendarnos siempre con humildad y dedicación no ya sólo al estudio pleno de los casos, sino a velar y exigir un proceso particular en el no quepa duda alguna de carácter objetivo acerca de nuestra sufrida labor como órganos sobre los que reside la resolución de conflictos en la sociedad.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- Cátedra de Cultura de la Universidad de Girona, t de marzo de 2022), *de qué hablamos cuando tratamos el tema "acceso a la justicia"* (Entrevista a Marco Segatti): ¿De qué hablamos cuando tratamos el tema "acceso a la justicia"? - YouTube
- Cappelletti, M. Garth B. *El acceso a la justicia. La tendencia del movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*, Ed. Fondo de Cultura económica, CDMX, 1996.
- Cavas Martínez F. *Control de convencionalidad e indemnización por despido improcedente*, Revista de jurisprudencia, Madrid, 2021.
- Fernández Martínez, J.M y VVAA, *Guía de Buenas prácticas sobre el acceso a la justicia de las personas con discapacidad*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2020.
- Gutiérrez Espada, C. *Derecho internacional público*, Trotta, Madrid 1995.
- Preciado Domenech, C.H., *La carta social europea y su aplicación práctica. Los derechos sociales en serio*, Bomarzo, Albacete, 2021.
- Ramis, J.P., *Reflexiones sobre el trasfondo político en el juicio a Sócrates*, Atenea, 495, semana 1-2005, pp. 57 a 69.
- VV.AA, *Manual sobre el derecho europeo relativo al acceso a la justicia*, Consejo de Europa y la Agencia Europea de derechos fundamentales, Luxemburgo 2016.

EL ABOGADO COMO ELEMENTO ESENCIAL DEL PROCESO

Lourdes Carballo Fidalgo
Abogada

Sumario

- I. INTRODUCCIÓN: EL ABOGADO Y EL DERECHO DE DEFENSA
- II. ORIGEN Y FUNCIÓN DEL ABOGADO
- III. EL DERECHO DE DEFENSA Y LA ASISTENCIA JURÍDICA EN LOS TEXTOS INTERNACIONALES
- IV. EL DERECHO DE DEFENSA EN EL DERECHO ESPAÑOL
- V. LA DESIGNACIÓN DE ABOGADO. ABOGADO DE OFICIO
- VI. EL ABOGADO, ELEMENTO ESENCIAL DEL PROCESO

I. INTRODUCCIÓN: EL ABOGADO Y EL DERECHO DE DEFENSA

En las sociedades modernas, los abogados desempeñan una función pública esencial para el buen funcionamiento del servicio de justicia, contribuyendo activamente a la consecución de una sociedad más justa.

La función del abogado es útil para la sociedad. Es el interlocutor entre el poder y el pueblo, al que sirve de voz ante los tribunales y al que traduce el mensaje del legislador, ayudando a difundir la cultura jurídica, tan útil a los ciudadanos para conducirse correctamente en sus relaciones sociales, económicas, familiares y de toda índole.

La abogacía es, además, necesaria para la paz social, pues gestiona y contribuye a la solución del conflicto mediante el asesoramiento técnico, el consejo responsable y la defensa profesional de los derechos e intereses de sus ciudadanos, evitando en muchas ocasiones la contienda judicial.

La función del abogado es imprescindible para garantizar un proceso judicial justo, en el que la persona juzgada goce de todas las garantías de defensa. Sin la intervención de abogado, el derecho de defensa queda seriamente comprometido, por ello debe ser obligatoria, al menos en los casos de detención o prisión provisional, y en los juicios en los que la pena solicitada sea prisión o muerte. Sin una defensa profesional puede producirse indefensión, lo que ha de evitarse para garantizar el derecho al acceso a la justicia y a un juicio justo. El abogado es, por tanto, un elemento esencial en el proceso.

El reconocimiento del derecho a la defensa ejercitado a través un abogado se hace además obligado si se quiere respetar el principal de los derechos humanos, recogido en el artículo 1 de la Declaración de Derechos Humanos de 1948, cuál es el de la igualdad de todos los seres humanos en dignidad y en derechos.

Gozan del derecho a ser tratados con dignidad todas las personas, incluidas aquellas sobre las que pesa una acusación por la comisión de un crimen, y el respeto que como seres humanos merecen exige que sean juzgados preservando todos sus derechos durante el proceso. El resultado, de ser el fallo condenatorio, supondrá la privación de derechos tan fundamentales como es el de la libertad o la vida (en aquellos sistemas judiciales en los que existe la pena de muerte), por lo que es justo que, para la im-

posición de la condena resultante del enjuiciamiento, se le ofrezca (e incluso obligue) a defenderse, en condiciones de calidad y con todas las garantías, quedando de esta forma protegido su derecho a ser tratado dignamente durante el proceso.

II. ORIGEN Y FUNCIÓN DEL ABOGADO

España y Jordania, como otros Estados de Oriente y Occidente, comparten raíces jurídicas y un antepasado común: el abogado romano, considerado por muchos autores origen del actual profesional de la abogacía. Según diversos estudios, se entiende que nace el abogado, como persona que asume la defensa de un tercero, en el Derecho Romano (siglo II a.C. a siglo VI d.C.), en donde surge la figura del *patronus* (facultado para el ejercicio de la defensa de su protegido en base a su prestigio personal y elevada posición social); desplazado después por el *orator*, (llamado a desempeñar la función de la defensa por el poder de convicción que le procura el hábil manejo de la retórica); sustituidos ambos por el *causidicus* o *advocatus*, tras la profesionalización del ejercicio de la defensa y su conversión en un oficio que requiere la conjunción del dominio de la oratoria y formación jurídica; para llegar a la figura de los *scholastici*, abogados organizados en colegios, con objetivos propios en defensa de una profesión organizada y regulada.

Es razón del surgimiento de la función de defensa el principio y deber humano de ayudar al desamparado, por ese motivo originariamente la defensa no era una actividad remunerada, sino una actuación altruista llevada a cabo por quién, por su situación personal o sus habilidades en el debate, reunía condiciones para realizar tal tarea. El abogado desempeñaba en el Derecho Romano una función pública esencial para el buen funcionamiento de la justicia, y se le exigían, entre otras obligaciones, las cualidades de honorabilidad, rectitud, brevedad, igualdad entre colegas y dignidad. Su tarea era la de presentar los medios de prueba que lleven al convencimiento de la existencia de los hechos, explicando su finalidad e interviniendo en su práctica, y formular un discurso persuasivo, para convencer de la justicia de la resolución que para el caso enjuiciado solicita.

Inicialmente el ejercicio de la defensa era un servicio gratuito, pero con la profesionalización de la función, los honorarios (no salarios, sino remuneraciones para honrar) que ya se venían recibiendo por algunos abogados, se convirtieron en obligatorios. Aun

así, los abogados no traicionaron sus orígenes y la razón de su función: el deber de ayudar al desamparado, por lo que asumían como principio deontológico la asistencia jurídica obligatoria para aquél que no dispone de medios económicos suficientes para pagar los servicios de un abogado, al igual que se asume la defensa de quienes no tienen capacidad procesal.

La asistencia jurídica obligatoria se convierte en el Derecho Romano en un deber público, que ULPIANO concibe como garantía de justicia para el débil y medio para alcanzar la igualdad entre ciudadanos: *“Nadie debe ser oprimido por el poder de su adversario, pues también redundaría en descrédito del que gobierna permitir que alguien se conduzca de forma que los abogados teman asumir la defensa contra él”* Digesto. (Ulpianus, libro I. De officio Proconsulis).

Reconocido el derecho a la asistencia jurídica en las constituciones imperiales (*“Debe darse abogado a quien no lo encuentra”* Justiniano: *Codex Iustinianus: De postulando*), el pretor está obligado a nombrar defensor si la parte no lo tiene, y el abogado nombrado está obligado a defender, conforme a sus principios deontológicos y a la función pública y social que desempeña.

Son, por tanto, las funciones del abogado romano las mismas que tienen los abogados de nuestros días, que están llamados a desempeñar, al igual que entonces, una función pública esencial para el buen funcionamiento de la justicia.

III. EL DERECHO DE DEFENSA Y LA ASISTENCIA JURÍDICA EN LOS TEXTOS INTERNACIONALES

Los Estados de España y Jordania no solo tienen raíces comunes en la historia de sus respectivos Derechos, sino que actualmente comparten principios y valores regulados en normas internacionales que, ratificadas por ambos países, inspiran y orientan sus respectivos ordenamientos jurídicos, y el modelo de sus procesos judiciales.

El objetivo común a ambos Estados es el de disponer de un servicio de justicia accesible y de calidad, que tutele los derechos de los ciudadanos y les garantice el derecho a un juicio justo.

La **Declaración Universal de Derechos Humanos** de 10 de Diciembre de 1948, ratificada por España y Jordania, incluye en su artículo 10 el derecho de toda persona *“en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”*; y en su artículo 11, el derecho de toda persona acusada de delito ... *“a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”*.

El **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos** de 16 de diciembre de 1969, ratificado por España y Jordania propugna en su artículo **14.1** que *“Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.”*

Y establece en el **apartado 3** del mismo artículo 14 que *“Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:*

d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o 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 careciere de medios suficientes para pagarlo.”

Más recientemente, en el año 2013, se proclamaron los **Principios y Directrices de las Naciones Unidas Sobre el Acceso a la Asistencia Jurídica en los Sistemas de Justicia Penal**, cuyo objetivo es garantizar que los sospechosos, detenidos, acusados y encarcelados tengan acceso a la asistencia jurídica.

La asistencia jurídica comprende el asesoramiento jurídico y la asistencia y representación letrada de las personas detenidas, arrestadas o presas, sospechosas o acusadas o inculpadas de un delito penal, y de las víctimas y los testigos en el proceso de justicia penal, y deben ser prestados de forma gratuita a quienes carecen de medios suficientes o cuando el interés de la justicia así lo exige.

El **Principio 1**, dedicado al Derecho a la asistencia jurídica, propugna en su **apartado 14**, que *“los Estados deben garantizar el derecho a la asistencia jurídica en su sistema jurídico nacional al más alto nivel posible, incluso, cuando sea aplicable, en la constitución”,* partiendo del reconocimiento *“de que la asistencia jurídica es un elemento esencial de un sistema de justicia penal eficaz que se base en la primacía del derecho, así como un fundamento para el disfrute de otros derechos, como el derecho a un juicio justo, y una salvaguardia importante que asegura la equidad fundamental y la confianza pública en el proceso de justicia penal”*.

En el **Principio 3**. Dedicado a la Asistencia jurídica a las personas sospechosas o inculpadas de un delito penal, el apartado 20 conmina a los Estados a *“...garantizar que toda persona detenida, arrestada, sospechosa o inculpada de un delito penal susceptible de ser castigado con pena de reclusión o de muerte tenga derecho a asistencia jurídica en todas las etapas del proceso de justicia penal”*.

En el afán de que nadie quede indefenso, se incluyen obligaciones como la de prestarse asistencia jurídica, independientemente de los medios de la persona, cuando así lo requieran los intereses de la justicia (p.ej. urgencia o complejidad de un caso, o por la severidad de la posible pena); acceso a la asistencia jurídica a los niños en condiciones iguales o más favorables que las que se aplican a los adultos; y el desplazamiento a la policía, a los fiscales y a los jueces de la obligación de velar por que las personas que comparezcan ante ellos y que no puedan sufragar los gastos de un abogado o sean vulnerables tengan acceso a asistencia jurídica.

El **Principio 10**, titulado Equidad en el acceso a la asistencia jurídica, impone la adopción de medidas especiales para asegurar el acceso real a la asistencia jurídica *“...a las mujeres, los niños y los grupos con necesidades especiales, tales como las personas de edad, las minorías, las personas con discapacidad, las personas con enfermedades mentales, las personas que viven con el VIH y otras enfermedades contagiosas graves, los consumidores de drogas, las poblaciones indígenas y aborígenes, los*

apátridas, los solicitantes de asilo, los ciudadanos extranjeros, los migrantes y los trabajadores migratorios, los refugiados y los desplazados internos, entre otros. Tales medidas deben tener en cuenta las necesidades especiales de esos grupos y adecuarse al sexo y la edad de las personas”.

Y obliga a los Estados a “...velar también por que se preste asistencia jurídica a las personas que viven en zonas rurales, alejadas y social y económicamente desfavorecidas y a los miembros de los grupos en situación de desventaja económica y social”.

Como se reconoce en el texto referido, “la asistencia jurídica es un elemento esencial de un sistema de justicia penal justo, humano y eficiente que se base en la primacía del derecho. La asistencia jurídica es el fundamento para el disfrute de otros derechos, como el derecho a un juicio justo, definido en el artículo 11, párrafo 1, de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y es una condición previa para el ejercicio de esos derechos, así como una salvaguardia importante que asegura la equidad fundamental y la confianza pública en el proceso de justicia penal.

Las directrices establecen que los Estados deben considerar la prestación de asistencia jurídica como su responsabilidad y deben establecer un sistema integral de asistencia jurídica que sea accesible y eficaz, tenga alcance nacional y esté disponible para todos sin discriminación”.

España, además, integrada en la Unión Europea, tiene incorporados a su Ordenamiento normas internacionales europeas que propugnan el respeto al derecho de defensa y Asistencia Jurídica Gratuita:

El **Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales** de 1950 recoge en su artículo **Artículo 6.3.c)** el *“Derecho del acusado a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección, y, si no tiene los medios para remunerarlo, poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio cuando los intereses de la justicia lo exijan”.*

La **Carta de Derechos Europea** del año 2000 también incluye entre el elenco de derechos de las personas el de defensa y Asistencia Jurídica Gratuita que desarrolla en su artículo 47, titulado *“Derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial”*

en el que se reconoce que *“Toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar. Se prestará Asistencia Jurídica Gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia”*.

IV. EL DERECHO DE DEFENSA EN EL DERECHO ESPAÑOL

El derecho de defensa y la asistencia jurídica tienen en España rango de derechos fundamentales, expresamente reconocidos en la Constitución española como garantes, junto a otros, del derecho a un proceso justo. El mismo texto legal reconoce, indirectamente, el derecho de defensa como parte integrante del derecho al acceso a la justicia, al consignarse expresamente en la regulación del derecho a la tutela judicial efectiva la prohibición de causar indefensión. Cualquier privación o minoración del derecho de defensa constituye una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, por lo que no puede concebirse el derecho al acceso a la justicia sin el derecho de defensa.

El derecho a la tutela judicial queda vinculado al también fundamental derecho a la no indefensión, que en términos positivos es, derecho de defensa.

Es una ecuación: sin tutela judicial efectiva no es posible una defensa real y sin una defensa efectiva es inviable el ejercicio de una real tutela judicial efectiva.

El ordenamiento jurídico español extiende la obligatoriedad de comparecer en juicio asistido de letrado a la mayoría de los procedimientos judiciales, en todos los órdenes jurisdiccionales, excusando solamente la preceptividad de asistencia letrada a procedimientos de escasa cuantía o inferior complejidad.

En lo que respecta a los procedimientos penales -en los que, por sus consecuencias, con más celo ha de vigilarse el cumplimiento de todas las garantías procesales- la asistencia jurídica es obligatoria en todos los supuestos de detención y prisión provisional, así como en los juicios en que se solicita pena de privación de libertad; aunque también puede el Juez considerar que

la parte debe ser asistida de letrado en procedimientos en que se pida otra tipo de pena (pecuniaria, de privación de derechos, de localización, de trabajos para la comunidad...), si considera que se puede causar indefensión si la parte no es defendida por un profesional de la abogacía.

El derecho de defensa, garantizado a través de la asistencia jurídica, se reconoce en España tanto a las personas detenidas o presas provisionalmente, como a las que se les atribuye un hecho punible, aunque no pese sobre ellas una orden de detención o prisión.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal (ley procesal penal), reconoce en su artículo 118 a toda persona a quien se atribuya un hecho punible el derecho de defensa.

Para el ejercicio de este derecho se le autoriza a intervenir en las actuaciones desde que se le comunique su existencia, haya sido objeto de detención o de cualquier otra medida cautelar o se haya acordado su procesamiento, a cuyo efecto se le instruirá, sin demora injustificada, de manera accesible y en lenguaje comprensible, de todos los derechos que le asisten, todos ellos encaminados a hacer efectivo el derecho de defensa:

- A ser informado con grado de detalle suficiente para permitir el ejercicio efectivo del derecho de defensa.
- A examinar las actuaciones con la debida antelación para salvaguardar el derecho de defensa y en todo caso, con anterioridad a que se le tome declaración.
- A actuar en el proceso penal para ejercer su derecho de defensa de acuerdo con lo dispuesto en la ley.
- A designar libremente abogado, sin perjuicio de lo dispuesto para los supuestos de incomunicación.
- A solicitar Asistencia Jurídica Gratuita, procedimiento para hacerlo y condiciones para obtenerla.

El derecho de defensa y la asistencia jurídica de la persona detenida o presa provisionalmente se regula en el artículo 520 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el que se le reconoce el derecho a designar abogado, sin perjuicio de lo dispuesto en los supuestos de incomunicación, y a ser asistido por él sin demora injustificada. En caso de que, debido a la lejanía geográfica no sea posible de inmediato la asistencia de letrado, se facilitará al detenido comunicación telefónica o por videoconferencia con aquél, salvo

que dicha comunicación sea imposible. También se le reconoce el derecho a solicitar Asistencia Jurídica Gratuita, procedimiento para hacerlo y condiciones para obtenerla.

La preceptividad de asistencia jurídica implica que si el detenido no designa libremente abogado (por voluntad propia o por imposibilidad de hacerlo), será asistido por un abogado de oficio.

La detención en España no puede durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas el detenido debe ser puesto en libertad o a disposición judicial, por lo que la autoridad que tenga bajo su custodia al detenido comunicará inmediatamente al Colegio de Abogados el nombre del abogado designado por el detenido para asistirle a los efectos de su localización y transmisión del encargo profesional o, en su caso, le comunicará la petición de nombramiento de abogado de oficio.

Si el detenido no hubiere designado abogado, o el elegido rehusare el encargo o no fuere hallado, el Colegio de Abogados procederá de inmediato al nombramiento de un abogado del turno de oficio, que acudirá al centro de detención con la máxima premura, siempre dentro del plazo máximo de tres horas desde la recepción del encargo.

Si en dicho plazo no compareciera, el Colegio de Abogados designará un nuevo abogado del turno de oficio que deberá comparecer a la mayor brevedad y siempre dentro del plazo indicado, sin perjuicio de la exigencia de la responsabilidad disciplinaria en que haya podido incurrir el incompareciente.

La asistencia del abogado consistirá en:

- Solicitar, en su caso, que se informe al detenido o preso de los derechos establecidos en el apartado 2 y que se proceda, si fuera necesario, al reconocimiento médico señalado en su letra i).
- Intervenir en las diligencias de declaración del detenido, en las diligencias de reconocimiento de que sea objeto y en las de reconstrucción de los hechos en que participe el detenido. El abogado podrá solicitar al juez o funcionario que hubiesen practicado la diligencia en la que haya intervenido, una vez terminada ésta, la declaración o ampliación de

los extremos que considere convenientes, así como la consignación en el acta de cualquier incidencia que haya tenido lugar durante su práctica.

- Informar al detenido de las consecuencias de la prestación o denegación de consentimiento a la práctica de diligencias que se le soliciten.
- Entrevistarse reservadamente con el detenido, incluso antes de que se le reciba declaración por la policía, el fiscal o la autoridad judicial, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 527.

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 4 del artículo 118.

En otros órdenes jurisdiccionales también se contempla la preceptividad de la defensa a través de abogado en los procedimientos en función de su cuantía, para que todos los ciudadanos, cuyos intereses puedan verse afectados por una resolución judicial, tengan la posibilidad de intervenir a lo largo del proceso en el que se dicte, realizando las alegaciones oportunas y proponiendo los medios de prueba pertinentes, y garantizarlos los derechos de audiencia, contradicción e igualdad de armas en el proceso.

V. LA DESIGNACIÓN DE ABOGADO. ABOGADO DE OFICIO

Para el ejercicio del derecho de defensa las partes pueden elegir libremente su abogado, siendo ésta la mejor opción en tanto en cuanto la confianza es uno de los elementos fundamentales -por no decir principal- de la relación entre el abogado y el cliente.

Siendo la libre designación de defensor de confianza lo deseable, no siempre puede ser así por distintos motivos. En ocasiones no se designa abogado por voluntad propia (pasividad, desobediencia, o ánimo de obstaculizar la labor de la justicia), o porque ningún profesional quiere asumir la defensa (por la alarma social causada por el delito, el reproche unánime de la sociedad, la trascendencia mediática, o cualquier otra circunstancia que provoque la negativa de quien goza de libertad e independientemente para rechazar el encargo). En ambos supuestos el Juez ordena el nombramiento de un abogado “de oficio”, cuyos honorarios

serán finalmente abonados por el cliente si dispone de medios para pagarlos. A tal efecto, existe un procedimiento judicial especial sumario a través del que el abogado puede reclamar sus honorarios al cliente.

Pero lo causa más común de designación de abogado de oficio es la carencia de recursos para contratar un abogado particular. En tal caso, la única forma con la que el Estado puede garantizar el derecho de defensa es proporcionando un abogado de oficio con carácter gratuito. El derecho a disponer de un abogado sin coste para el justiciable forma parte del beneficio a la Justicia Gratuita, que en España tiene también el rango de derecho constitucional, al resultar necesario para garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva a aquéllos que carecen de capacidad económica para contratar los servicios de un abogado. Aparece así recogido en el artículo 119 de la Constitución Española, que establece que la justicia será gratuita, cuando así lo disponga la ley y, en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar. El derecho a la Justicia Gratuita se desarrolla en la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, que reconoce el beneficio a todas las personas que demuestren un nivel de ingresos inferior al que el legislador determine, bajo el cual se considera que puede resultar excesivamente dificultosa -y a veces imposible- la contratación de los servicios de un abogado.

Al igual que en los supuestos anteriores, es el Juez el que ordena la designación del abogado de oficio, cuya labor no será retribuida por el cliente, al que se le reconoce el derecho a ser defendido gratuitamente, pero sí indemnizada por el Estado.

Todos los Colegios de la Abogacía de España cuentan con un servicio de asistencia jurídica de oficio, pues se incluye entre sus funciones la de organizar y gestionar dicho servicio, integrado por abogados obligados a asumir la defensa de las personas que no pueden designar un abogado particular de su confianza, bien porque carecen de recursos económicos para contratarlo, bien porque no encuentran a un abogado dispuesto de defender su causa, bien porque no designan a ninguno. En todos estos casos la designación del abogado se realiza por el juez, de oficio, por mandato legal (la defensa por abogado es obligatoria), pero solo en el supuesto de que el justiciable carezca de ingresos serán gratis sus servicios, pues en otro caso deberá pagarlos.

VI. EL ABOGADO, ELEMENTO ESENCIAL DEL PROCESO

La defensa ejercida a través de un profesional de la abogacía constituye una de las garantías fundamentales de un juicio justo. La función defensiva en un proceso requiere conocimientos jurídicos, destrezas y habilidades técnicas. Sin ellas, la parte no dispone de una defensa de la calidad que exige un procedimiento judicial, en donde las funciones de acusación se ejercen por juristas altamente cualificados. ¿Acaso no ha de proporcionarse al justiciable una defensa igualmente cualificada?

La parte carece de conocimientos suficientes para discernir si un hecho es relevante o no para su defensa, desconoce los medios de prueba de qué puede valerse y cómo ha de presentarlos o intervenir en su práctica, y, tampoco sabe qué derecho puede proporcionar o en qué normas puede basarse para obtener la resolución que pretende o que más le favorezca. Puede, incluso, que desconozca cuál puede ser de las posibles soluciones la más beneficiosa para él, en atención a las consecuencias de cada una, que solamente con conocimientos técnicos se conocen y se consideran.

El ciudadano no conoce la técnica para formular un recurso.

El profesional de la abogacía diseña una estrategia defensiva en función de los hechos y el derecho que entran en juego en el juicio, seleccionando los que interese aplicar para la mejor defensa de su cliente. Conoce las leyes y los procedimientos y sabe pedir justicia conforme a ellos, para que la resolución sea la más favorable a su cliente.

Solamente si la parte actúa defendida por un profesional estará en un plano de igualdad en el proceso frente a quién dirige contra ella la acusación.

Es cierto que el juez, además de juzgar, garantiza que el juicio será acorde al procedimiento reglado y que la resolución de la se dictará conforme a ley, pero en su función garantista, no puede suplir al defensor. El Juez es imparcial, y no puede tomar partido por la parte enjuiciada. Solo la defensa puede tomar partido por el ciudadano enjuiciado, implicarse en su causa y bucear en ella hasta encontrar los hechos y las pruebas en las que pueda basar su defensa. El Juez no puede ignorar ni prescindir de los hechos que perjudican al acusado, ni buscar por su cuenta los que le benefician, es el abogado al que corresponde la misión de mitigar y

ocultar lo que perjudica y amplificar lo que beneficia. El Juez debe mantenerse equidistante de las partes, y permanecer solo, junto a la ley. El juez persigue la Justicia, es ella su único interés, mientras el defensor tiene como interés el de su cliente y su defensa.

El Juez, desde su superior posición de resolutor del litigio, solo juzga, no defiende, y al hacerlo debe preservar, proteger y garantizar la dignidad de la persona a la que juzga reconociéndole todos los derechos que ostenta antes de condenarle, y cuando lo haga le privará de los derechos que la pena implica (libertad, vida, ...), pero nunca, ni durante el proceso si tras la condena se verá despojado de derecho a un trato digno e igualitario.

Todos los Estados deberían incluir como derecho procesal irrenunciable la asistencia jurídica, pues la intervención de abogado como garante del derecho de defensa eleva la calidad y bondad de la justicia, lo que se traduce en una mayor confianza de la sociedad en el sistema judicial.

Como decíamos al inicio de esta exposición, el más fundamental de los derechos humanos es el de la igualdad en dignidad y en derechos en todos los ámbitos. En el seno de un proceso judicial debe respetarse al ciudadano el derecho a un trato digno e igualitario, lo que exige que el proceso cuente con todas las garantías de un juicio justo. Y solamente será justo si se respeta el derecho a la defensa mediante abogado, proporcionándolo el Estado si el justiciable no puede designarlo libremente.

Corresponde al Juez aplicar la ley con justicia y en esa labor necesita al Abogado, quién a través de la función de la defensa, contribuirá con él a procurar que la ley se aplica igual para todos, y todos son iguales ante la ley, para acabar con la creencia popular que el poeta argentino Jose Hernandez puso en boca de Martin Fierro (El Gaucho Martin Fierro), un gaucho trabajador víctima de injusticias sociales:

*“La ley es tela de araña,
en mi ignorancia lo explico:
no la tema el hombre rico,
nunca la tema el que mande,
pues la rompe el bicho grande
y sólo enreda a los chicos”*

EL PAPEL Y LA ÉTICA DEL ABOGADO

Fernando Candela Martínez
Abogado

Sumario

- I. INTRODUCCIÓN
- II. DEONTOLOGÍA PROFESIONAL
- III. PRINCIPALES OBLIGACIONES DEONTOLÓGICAS
- IV. EL SECRETO PROFESIONAL
- V. ESPECIAL REFERENCIA A LA TESTIFICACIÓN DEL ABOGADO
- VI. LA INTERCEPTACIÓN POR EL JUEZ DE LAS ENTREVISTAS CONFIDENCIALES ABOGADO-CLIENTE. LA SENTENCIA DE BALTASAR GARZÓN
- VII. LA ÉTICA EN EL SISTEMA DE JUSTICIA GRATUITA
- VIII. RELACIÓN DE INFRACCIONES DE LA ÉTICA PROFESIONAL DE LOS ABOGADOS

I. INTRODUCCIÓN

La profesión de Abogado es la única profesión liberal a la que en España se hace mención expresa en el texto de la **Constitución**. Y, además, se hace referencia por dos veces:

En primer lugar y al referirse al conjunto de derechos y libertades públicas, el **artículo 17.3** al hablar de los derechos de las personas que son detenidas, dice que:

“3. Toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar. Se garantiza la asistencia de ABOGADO al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca.”

Si seguimos avanzando en la lectura del texto constitucional, vemos como el **artículo 24**, consagra el derecho a la tutela judicial efectiva disponiendo que:

- “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 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.”

El derecho de defensa es reconocido como principio fundamental en la Constitución Española, pero también la Carta Magna proclama en su **artículo 119** que la esa tutela judicial será gratuita *“...cuando así lo disponga la Ley y, en todo caso, respecto*

de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar”, sentando como fundamental el turno de oficio y la Justicia Gratuita, que ve su plasmación constitucional como corolario al derecho de defensa.

En idénticos términos se pronuncia el artículo 6.3.c) del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante, CEDH), de 4 de noviembre de 1950 y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966, en su artículo 14.3.d) declara el derecho de todo acusado a hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistido por un defensor de su elección; a ser informado, 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 careciere de medios suficientes para pagarlo.

Siguiendo con el papel del abogado, la **Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985**, de 1 de julio que es la ley que rige a jueces y tribunales le dedica a la abogacía el esencial artículo 542 en el que se dice:

- “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”.*

Nos define como profesionales que ejercemos la dirección y defensa en toda clase de procesos o el asesoramiento y consejo jurídico. Se proclama también que en nuestra actuación ante los Tribunales somos libres e independientes, se reconoce la dignidad de nuestra función y se proclama que los Tribunales nos ampararán en nuestra libertad de expresión y defensa. Termina este artículo de la Ley de los jueces con la proclamación de la defensa del secreto profesional, del que luego hablaré, como pilar sobre el que se levanta la ética y deontología de la abogacía, en su doble vertiente de derecho y deber. El secreto profesional es un deber y así dice que los profesionales de la abogacía deben guardar secreto de todos los hechos y noticias por razón de

cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, pero también es un derecho, no pudiendo ser obligados a declarar sobre aquellos hechos o noticias que conocieren por razón de cualesquiera (esto es todas, añado yo) de las modalidades de su actuación profesional, y ese derecho de la abogacía es exigible ante los tribunales. Es por tanto un deber, pero al mismo tiempo un derecho, del que trataré al desarrollar más en detalle la ética del abogado.

Si hablamos de la regulación de la abogacía y de su papel en la España de 2023 nos hemos de referir a un texto normativo cuyo Anteproyecto ha sido aprobado por el Ministerio de Justicia y está en trámite de aprobación en el Congreso de los Diputados, promovido por el Consejo General de la Abogacía y muy especialmente por nuestra presidenta Victoria Ortega. Se trata de la Ley del Derecho de Defensa, una ley que aborda única y exclusivamente este derecho de defensa, no como norma que regule la profesión ya que para eso está nuestro Estatuto General que tiene carácter legal al estar aprobado por Real Decreto Ley, en este caso el 1035 de 2021 de 2 de marzo, ni como un Código Deontológico, sino como ley orgánica del derecho de defensa ligado al básico de protección de la ciudadanía y como exponente máximo de un Estado democrático de Derecho. El Anteproyecto de Ley Orgánica, que tiene el máximo rango normativo, del Derecho de Defensa se publicó el pasado 1 de septiembre de 2022 previa su aprobación por el Consejo de Ministros el 30 de agosto de 2022. Según nuestro Consejo sigue siendo un texto insuficiente pero hay que reconocer que aborda con mayor amplitud determinadas reivindicaciones de la Abogacía y refuerza no solo la protección del secreto profesional, sino también el papel de los Colegios de la Abogacía que en España en número de 83 se sitúan en las capitales de provincia y en algunos otros históricos partidos judiciales y que junto con los Consejos de las Comunidades Autónomas y el Consejo General constituyen nuestra organización profesional.

Una vez resumido el papel de la abogacía como profesión exclusiva para ejercer el derecho de defensa en todos los órdenes jurisdiccionales, así como el asesoramiento y consejo jurídico, debiendo los tribunales respetar la dignidad de su función y su libertad e independencia, así como el secreto profesional, voy a entrar en la vertiente ética de la profesión.

II. DEONTOLOGÍA PROFESIONAL

En España hablamos de deontología profesional, y así se hace comúnmente en todos los países del mundo, porque a finales del siglo XIX, concretamente en el año 1889, el filósofo Jeremy Bentham acuñó este término por primera vez en su obra Deontología o Ciencia de la moralidad.

Pero la primera pregunta que nos plantea el término ética o moralidad es si las normas deontológicas son simples deberes morales, entendidos como aspectos interiores de nuestra conciencia, y debemos responder: no. Las normas deontológicas son normas de obligado acatamiento, y su incumplimiento es castigado con una sanción que puede ir en ocasiones hasta la expulsión de la profesión. La ética del abogado normativiza, por tanto, no conductas que se mantienen en la esfera íntima o personal, a ella entendemos referida la moral, sino que regula las relaciones del profesional de la abogacía con terceros, esto es, con clientes, contrarios, tribunales, colegio y con los otros profesionales.

Cabe destacar que frente a intentos de algún Ministerio de Justicia de atribuir esa facultad sancionadora a los jueces o residen- ciándolo en las organizaciones de consumidores, en España el Estado otorga el poder disciplinario a la propia Abogacía.

Esta atribución de poderes públicos como son los disciplinarios y sancionadores a los Colegios y Consejos de la Abogacía se hace patente en la **Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 3/2013**, de 17 de enero de 2013 dictada en el recurso de inconstitucionalidad 1893-2002 cuando dice: *“La razón de atribuir a estas entidades, y no a la Administración, las funciones públicas sobre la profesión, de las que constituyen el principal exponente la deontología y ética profesional y, con ello, el control de las desviaciones en la práctica profesional, estriba en la pericia y experiencia de los profesionales que constituyen su base corporativa”*.

Por ello la jurisprudencia del Tribunal Constitucional presta a las normas deontológicas un fuerte respaldo de legalidad afirmando que las normas deontológicas no son un catálogo de deberes éticos o morales, sino que tienen consecuencias de tipo disciplinario al establecer una serie de deberes de obligado cumplimiento, por lo que no pueden reducirse a consejos acerca de un comportamiento deseable; y que, tanto en la tradición colegial como en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo se les

otorga cualidad de ley para los colegiados, de ley de obligado cumplimiento, en términos figurados son el código penal de la profesión, si infringes las obligaciones deontológicas se te condena desde un apercibimiento, esto es una llamada al orden verbal o por escrito, pasando por la suspensión en el ejercicio profesional hasta dos años o en su caso la expulsión de la profesión.

También el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo se ha pronunciado en el sentido de considerar a las normas deontológicas como obligatorias, cuyo incumplimiento es por tal motivo sancionado desde la Sentencia del caso Barthold de 25 de marzo de 1985.

Las conductas infractoras se sancionan por los Colegios de la Abogacía a través de unas Comisiones, denominadas Comisiones de Deontología que, tras instruir un procedimiento sancionador dando audiencia a denunciante y denunciado, resuelven bien el archivo de la denuncia si se entiende que no ha habido infracción de las normas que regulan la profesión o en caso contrario imponen una sanción, pero somos nosotros mismos la Abogacía que se juzga y se sanciona. Esta potestad disciplinaria de los Colegios o Consejos de la Abogacía nada tiene que ver con lo que llamamos en España *“policía de estrados”* o *“policía en la sala de justicia”* que confiere al juez la potestad para imponer una sanción si se falta al buen orden o al comportamiento correcto en el concreto desarrollo del juicio.

Nadie pone en duda que los abogados puedan ser corregidos disciplinariamente por su actuación en estrados ante los juzgados y tribunales, como así lo atestiguan los artículos 552 a 557 Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), y que tales correcciones corresponde imponerlas en los propios autos o en procedimiento aparte por la autoridad judicial ante la que se sigan las actuaciones (artículo 555 LOPJ); ahora bien, como ha venido a corroborar la jurisprudencia tal potestad no es obstáculo para que el Colegio o Consejos de la Abogacía ejerzan sus reconocidas competencias disciplinarias respecto de los abogados cuando proceda conforme a sus Estatutos, sin que por ello se conculque el principio non bis in ídem, esto es ser sancionado dos veces por el mismo hecho.

El Tribunal Supremo de España sostuvo en la sentencia de 16 de diciembre de 1993 que la policía de *“sala de juicio”* constituye un mero instrumento en manos de los jueces para hacer posible que el proceso cumpla su función, mientras que en el ámbito colegial las sanciones deontológicas disciplinarias operan con la finalidad de contribuir al mantenimiento de un nivel de comportamiento basado en los estándares éticos de la profesión letrada, por lo que ya una sentencia anterior de fecha 3 abril 1990 había asumido sin reparos que en este último caso la sanción debería corresponderle al colegio de abogados aunque la infracción se

hubiera cometido en el curso de un proceso, porque preservan distintos bienes jurídicos, en un caso el buen orden del proceso y en otro la infracción de las normas deontológicas de conducta de la abogacía, doctrina reiterada en múltiples sentencias citando a modo de ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2000.

A través de las Comisiones de Deontología, las Juntas de Gobierno ejercen la competencia de control deontológico y, si procede, disciplinario por la actuación profesional de los abogados y abogadas, pudiendo actuar también de oficio si tienen conocimiento de que se ha cometido una infracción, aunque no se hubiera presentado denuncia. Es parte del Plan Estratégico de la Abogacía separar la instrucción de los expedientes y la sanción que corresponde a la Junta de Gobierno, por lo que es deseable que las Comisiones de Deontología esté integrada por abogados con experiencia pero que no formen parte del órgano decisor.

Actualmente, las normas que regulan las profesiones gozan de gran atención en el panorama internacional. Por ejemplo, a nivel europeo, las instancias comunitarias promueven la elaboración de códigos de conducta por parte de los colegios profesionales. Así en 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 se señala en el considerando 114 que *“Los Estados miembros deben fomentar la elaboración de códigos de conducta, en particular por parte de los colegios, las asociaciones y los organismos profesionales a nivel comunitario. Estos códigos de conducta deben incluir, teniendo en cuenta la naturaleza específica de cada profesión (...) normas de deontología y conducta profesional de dichas profesiones, con vistas a garantizar, en particular, la independencia, la imparcialidad y el secreto profesional”*.

Las organizaciones profesionales europeas llevan varias décadas compilando códigos de conducta o principios comunes. Por ejemplo, son de citar sin ánimo exhaustivo, el Código de Conducta para Abogados de la Unión Europea, elaborados por el Consejo de la Abogacía Europea (CCBE) adoptado en la Sesión Plenaria del CCBE de 28 de octubre de 1988 y modificados en las Sesiones Plenarias de 28 de noviembre de 1998 y de 6 de diciembre de 2002. Incluye además un memorándum explicativo de 19 de mayo de 2006.

Vemos, pues, en este Código Deontológico de la Abogacía Europea ve a la profesión como garantía de la sociedad en la defensa de sus derechos, lo que no sucedería si no sancionáramos a los que incumplen las reglas, al hacerlo nos convertimos frente a todos en una profesión digna de confianza.

Al ser una potestad sancionadora le son de aplicación todos los principios del derecho penal. A saber: El principio de legalidad y tipicidad por el que no se puede imponer una infracción si sus características no están previamente fijadas en la norma, el principio de proporcionalidad ajustando la sanción al caso concreto y regulándola a la gravedad del reproche o el principio de presunción de inocencia, esto es, nadie podrá ser condenado sin prueba de cargo, esto es, todos somos inocentes mientras no se demuestre lo contrario.

III. PRINCIPALES OBLIGACIONES DEONTOLÓGICAS

Dos normas contienen las obligaciones deontológicas de los abogados en España y son el Código Deontológico que no necesita rango legal y que es aprobado por el Pleno del Consejo General de la Abogacía, lo que se hizo el día 6 de marzo de 2019 derogando el anterior del año 2002, código que es un básicamente tratado de obligaciones con un carácter imperativo, pero también didáctico. La propia Abogacía institucional le dice a abogados y abogadas cuáles son sus obligaciones para con el cliente, el contrario, los demás abogados, el propio Colegio de la Abogacía y los Tribunales de Justicia, esto es, regulan nuestras relaciones con terceros, en especial con nuestro propio cliente y con los demás compañeros de profesión. El Anteproyecto de Ley Orgánica del Derecho de Defensa le da a este texto un indudable valor, promoviendo su permanente difusión para conocimiento de abogados y abogadas.

Se proclaman en él principios básicos, el de libertad, el de mutua confianza abogado-cliente, la independencia frente a cualquier poder fáctico, la libertad de expresión y defensa, la integridad y el respeto al contrario, la realización de una publicidad de los servicios veraz y acorde con la alta dignidad de la profesión, veracidad que se extiende a la prohibición de traducir el título a otro idioma sin no se cumplen los requisitos de ese país, publicidad que no puede incitar al pleito, ni prometer resultados que dependen del tribunal, ni hacer publicidad encubierta disfrazándola de noticia o haciéndola pasar por una campaña solidaria pro bono, prohibiendo terminantemente la publicidad cuando afecta, aunque sea mínimamente al secreto profesional, y sancionando especialmente como muy grave la publicidad que se dirige a víctimas recientes de una catástrofe, pandemia o suceso con un número

elevado de afectados, lo que no impide que estos se busquen abogado, lo que se prohíbe es ofertar los servicios publicitándolos a personas que están en una situación que les incapacita decidir rectamente, como desgraciadamente ha ocurrido con el COVID19.

Otras infracciones consistirían en defender intereses de un cliente que pudieran entrar en conflicto con los del que va a ser nuestro contrario, bien por haber sido previamente este cliente nuestro y por ello tener conocimiento de datos que pudiéramos utilizar en su contra, como también si la defensa supone ir contra los propios intereses del abogado.

En una disposición muy extensa se impone la obligación del abogado de informar del estado del asunto, de los trámites esenciales del procedimiento, del coste de los servicios, de las expectativas de éxito etc. y de identificarse para que el cliente sepa siempre quién o quiénes lo están defendiendo.

IV. EL SECRETO PROFESIONAL

El Estatuto de la Abogacía recoge lo que dispone la Ley Orgánica del Poder Judicial que, como se ha dicho, es la Ley que gobierna a los Jueces y que en su artículo 542.3 impone el deber de guardar secreto de todos los hechos o noticias que conozca por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, no pudiendo ser obligado a declarar sobre ellos.

Es claro que es un deber amplio porque no solo prohíbe revelar las noticias y confidencias del cliente, sino que debe guardar secreto de los hechos que conozca o se refieran a su actuación profesional como abogado, es decir, si se le pretende preguntar en juicio si estuvo en algún sitio cuyo reconocimiento implique desvelar expresa o presuntamente datos que afectan a su actuación profesional y pueden afectar al cliente, está obligado a no declarar sobre estos.

Este deber de no afectar el secreto profesional se hace más patente en el procedimiento penal cuya ley de procedimiento criminal dice (artículo 416) que están dispensados de la obligación de declarar el Abogado del procesado respecto a los hechos que éste le hubiese confiado en su calidad de defensor, y es tal la dispensa de la obligación de declarar que no admite ninguna excepción, al contrario de los familiares del procesado que están también dispensados de declarar en su contra pero que lo pueden hacer si advertidos por el Juez insisten en declarar. El abogado, nunca.

Es más tampoco deben denunciar a sus clientes si conocen que ha cometido un delito y así la obligación que se impone a cualquier ciudadano de poner en conocimiento de la policía o el juez un hecho delictivo, el artículo 263 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para los abogados es un derecho de no denunciar a su cliente respecto de las instrucciones o explicaciones que reciben de sus clientes.

Se plantea por la doctrina si el abogado debe denunciar a un cliente que le confiesa que va a cometer un delito, o su secreto profesional le impediría denunciarlo y el delito podría terminar cometiéndose. En estos casos el secreto profesional decae, primero por una ponderación de los intereses en juego y segundo porque el abogado debe guardar secreto de lo que su cliente le cuenta que ha hecho no de lo que va a hacer porque, en tal caso, aún no sería su cliente porque el hecho todavía no se ha dado y no está sujeto a confidencialidad. Es un hecho futuro y los hechos que todavía no se han cometido no es posible defenderlos.

En España dentro de lo que se considera secreto profesional están las comunicaciones entre abogados. Estas comunicaciones correos electrónicos, WhatsApp, correos postales también están protegidos por el secreto profesional en los textos deontológicos de la abogacía, lo que también se contempla con carácter general en la jurisdicción penal. Los jueces de la jurisdicción civil vienen admitiendo como prueba estos correos confidenciales entre abogados como prueba válida si uno de ellos lo presenta en juicio, sin perjuicio de su sanción disciplinaria por los Colegios y Consejos de la Abogacía. Esto plantea un gravísimo problema porque desprotege la confidencialidad de las comunicaciones entre los profesionales. Si un abogado le manda un correo a otro abogado debe estar seguro de que este no acabará en el juzgado, en caso contrario y ante la posibilidad de que se utilice en juicio no le pondrá en él todo lo relativo al asunto, que piense que le perjudica. Por ejemplo, reconocer una deuda y ofrecer pagar a plazos, porque si ese documento es traído al pleito supondrá ya de principio el reconocimiento de que su cliente adeuda el dinero, todo ello sin perjuicio de que se le sancione deontológicamente.

El secreto profesional y la confidencialidad de las comunicaciones entre profesionales de la abogacía, verdadero eje de la ética del abogado se ven ampliados en el **Anteproyecto de la Ley de Defensa** que en su **artículo 15**, cuando prevé que:

“1. Todas las comunicaciones mantenidas entre un profesional de la abogacía y su cliente tienen carácter confidencial y sólo podrán ser intervenidas en los casos y con los requisitos expresamente recogidos en la ley.

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

Esto es muy importante porque se establece que, si se presenta una comunicación entre abogados en juicio, el juez no la tendrá en cuenta al ser una prueba ilícita, a lo que suma el siguiente párrafo del artículo:

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

V. ESPECIAL REFERENCIA A LA TESTIFICAL DEL ABOGADO

Está terminantemente prohibido que un abogado llame como testigo a otro para abogado para que declare sobre actos o documentos que tengan que ver con su actuación profesional. Si se hace el abogado que lo propone comete una infracción deontológica.

Así el **Estatuto General de la Abogacía**, en su **Artículo 59** que se titula “*Deberes para con los otros profesionales de la Abogacía*” regula en el apartado e: “*Abstenerse de pedir la declaración testifical del profesional de la Abogacía de la parte contraria o de otros profesionales de la abogacía que hubieran tenido alguna implicación profesional en el asunto*”.

El **Código Deontológico** en su **artículo 11. 12** dice que “*Será obligatorio abstenerse de pedir la declaración testifical del Abogado o Abogada sobre hechos relacionados con su actuación profesional*”.

Y de nuevo el **Estatuto General de la Abogacía** sanciona como grave en su **artículo 125 VII**: *“La citación de un profesional de la Abogacía como testigo de hechos relacionados con su actuación profesional”*.

VI. LA INTERCEPTACION POR EL JUEZ DE LAS ENTREVISTAS CONFIDENCIALES ABOGADO-CLIENTE. LA SENTENCIA DE BALTASAR GARZON

La Sala Segunda del Tribunal Supremo dictó la sentencia 79/2012 sobre la causa 20716/2009 incoada con la querrela presentada por el abogado Ignacio Peláez contra el magistrado Baltasar Garzón. Dicho procedimiento se abrió por delito continuado de prevaricación judicial y delito cometido por funcionario público de uso de artificios de escucha y grabación con violación de las garantías constitucionales, sobre las conversaciones mantenidas entre presos preventivos y abogados en los locutorios del centro penitenciario.

Posteriormente se sumaron al procedimiento las acusaciones particulares de otros investigados por el magistrado.

El Tribunal Supremo condena al Juez de la Audiencia Nacional Baltasar Garzón como autor responsable de un delito de prevaricación a once años de inhabilitación especial para el cargo de juez o magistrado, porque no existían indicios de actividad criminal por parte de los abogados

Volviendo al esencial papel del derecho de defensa, en la citada sentencia del Tribunal Supremo se le asigna la condición de 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 totalmente el derecho de defensa, de forma que las posibles restricciones deben estar especialmente justificadas.

Hace el Alto Tribunal una valoración jurídico penal de dos resoluciones del juez que, incidiendo directamente sobre el derecho a la defensa suprimiendo la confidencialidad, acordaron la escucha y grabación de las comunicaciones entre los imputados presos

y sus abogados defensores, sin que existieran datos de ninguna clase que indicaran que los letrados mencionados en los hechos probados estaban aprovechando el ejercicio de la defensa para cometer nuevos delitos. Y dice:

“La confidencialidad de las relaciones entre el imputado y su letrado defensor, que naturalmente habrán de estar presididas por la confianza, resulta un elemento esencial (STEDH Castravet contra Moldavia, de 13 de marzo de 2007, p. 49; y STEDH Foxley contra Reino Unido, de 20 de junio de 2000, p. 43) En la STEDH de 5 de octubre de 2006, caso Viola contra Italia (61), se decía que “... *el derecho, para el acusado, de comunicar con su abogado sin ser oído por terceras personas figura entre las exigencias elementales del proceso equitativo en una sociedad democrática y deriva del artículo 6.3 c) del Convenio. Si un abogado no pudiese entrevistarse con su cliente sin tal vigilancia y recibir de él instrucciones confidenciales, su asistencia perdería mucha de su utilidad* (Sentencia S. contra Suiza de 2 noviembre 1991, serie A núm. 220, pg. 16, ap. 48)”.

La Sala reitera su doctrina (STS nº 245/1995, de 6 de marzo y STS nº 538/1997, de 23 abril, y también, aunque como obiter dicta, la STS nº 513/2010, explica que las comunicaciones entre los internos y sus letrados defensores o los expresamente llamados en relación con asuntos penales solo pueden acordarse en casos de terrorismo y previa orden de la autoridad judicial competente, y nunca cuando no había ningún dato que pudiera indicar mínimamente, en una valoración razonable, que la condición de letrado y el ejercicio del derecho de defensa se estaban utilizando como coartada para facilitar la comisión de nuevos delitos... causando un daño totalmente injustificado y difícilmente reparable en los derechos de defensa de los imputados y, en su medida, en los derechos de los letrados afectados, especialmente al derecho-deber al secreto profesional como esencial para una correcta defensa.

En la **STEDH** de 5 de octubre de 2006, **caso Viola contra Italia** (61), se decía que “...*el derecho, para el acusado, de comunicar con su abogado sin ser oído por terceras personas figura entre las exigencias elementales del proceso equitativo en una sociedad democrática y deriva del artículo 6.3 c) del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Si un abogado no pudiese entrevistarse con su cliente sin tal vigilancia y recibir de él instrucciones confidenciales, su asistencia perdería su utilidad*”.

VII. LA ÉTICA EN EL SISTEMA DE JUSTICIA GRATUITA

Las obligaciones éticas o deontológicas de la abogacía se hacen más exigibles cuando estamos ante un asunto en el que el cliente es beneficiario del sistema de Justicia Gratuita, hasta el punto de que el Tribunal Constitucional de España creó jurisprudencia a partir de un Auto de 19 de Julio de 2006 (**ATC 284/2006**) que declaraba que la comisión de una falta deontológica grave o muy grave en el Turno de Oficio suponía la exclusión a perpetuidad del servicio dice el Tribunal Constitucional: *“Se trata de asegurar que ninguna persona quede procesalmente indefensa por carecer de recursos para litigar”* (por todas, STC 187/2004, de 2 de noviembre, FJ 3).

El Tribunal Constitucional respondiendo a una cuestión de inconstitucionalidad planteada por un Juez que consideraba que excluir a perpetuidad a un abogado del turno de oficio por haber cometido una infracción deontológica grave o muy grave en el desempeño de esa designación era excesivo, teniendo en cuenta que también se le sancionaba disciplinariamente con la suspensión en el ejercicio de la profesión por días o meses, resuelve que, dado que a la Justicia Gratuita acuden los más vulnerables económicamente, que, por ello, no tienen la posibilidad de contratar a un abogado particular, se debe ser especialmente exigente, admitiendo la posibilidad de la exclusión a perpetuidad, ya que en ese servicio no caben los abogados negligentes, ni infractores de la deontología. Además, la designación de los profesionales de la abogacía en la Asistencia Jurídica Gratuita la hacen los Colegios de la Abogacía que asumen una responsabilidad subsidiaria en caso de daño al justiciable.

El nuevo **Estatuto General de la Abogacía** mitiga el tiempo de exclusión y ya no es a perpetuidad, sino que en las infracciones deontológicas graves. Así el **artículo 127.4** del Estatuto dice que:

“Las sanciones que se impongan por infracciones graves o muy graves relacionadas con actuaciones desarrolladas en la prestación de los servicios del Turno de Oficio, llevarán aparejada, en todo caso, la exclusión del profesional de la Abogacía de dichos servicios por un plazo mínimo de seis meses e inferior a un año si la infracción fuera grave y de entre uno y dos años si fuera muy grave.”

Infracciones específicas de la Asistencia Jurídica Gratuita como muy graves, que llevarían aparejada también además de la exclusión del servicio, la suspensión en el ejercicio de la profesión por plazo superior a un año e inferior a dos o la expulsión son la del art. 124. j del EGAE *“La indebida percepción de honorarios, derechos o beneficios económicos por los servicios derivados de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita.”*

Respecto de las infracciones graves el **artículo 125.k** castiga como infracción específica del turno de oficio *“El incumplimiento injustificado del encargo contenido en la designación realizada por el Colegio de la Abogacía en materia de Asistencia Jurídica Gratuita.”*

También se contempla como falta leve en el **artículo 127.g** *“No atender con la diligencia debida los asuntos derivados del Turno de Oficio, cuando el incumplimiento no constituya infracción grave o muy grave.”*

Además de ello los Colegios tienen un Reglamento del Turno de Oficio en el que se sancionan los comportamientos, que, sin constituir infracción deontológica, entorpecen el servicio. A título de ejemplo el no recoger el terminal telefónico para atender las llamadas de los centros de detención, no comunicar las sustituciones etc.

VIII. RELACION DE INFRACCIONES DE LA ETICA PROFESIONAL DE LOS ABOGADOS

Estas infracciones, que responden al principio de tipicidad del **artículo 121 del Estatuto General de la Abogacía**, se dividen en muy graves, graves y leves.

Así en el **artículo 124** se dicen cuáles son las infracciones **muy graves**:

“a) La condena en sentencia firme por delitos dolosos, en cualquier grado de participación, como consecuencia del ejercicio de la profesión.

- b) *La condena en sentencia firme a penas graves conforme al artículo 33.2 del Código Penal.*
- c) *El ejercicio de la profesión en vulneración de resoluciones administrativas o judiciales firmes de inhabilitación o prohibición del ejercicio profesional.*
- d) *La colaboración o el encubrimiento del intrusismo profesional.*
- e) *El ejercicio de la profesión estando incurso en causa de incompatibilidad.*
- f) *La vulneración del deber de secreto profesional cuando la concreta infracción no esté tipificada de forma específica.*
- g) *La renuncia o el abandono de la defensa que le haya sido confiada cuando se cause indefensión al cliente.*
- h) *La negativa injustificada a realizar las intervenciones profesionales que se establezcan por Ley, conforme a lo previsto en el artículo 17 del presente Estatuto General.*
- i) *La defensa de intereses contrapuestos con los del propio profesional de la Abogacía o con los del despacho del que formara parte o con el que colabore.*
- j) *La indebida percepción de honorarios, derechos o beneficios económicos por los servicios derivados de la Ley 1/1996, de 10 de enero.*
- k) *La retención o apropiación de cantidades correspondientes al cliente y recibidas por cualquier concepto.*
- l) *La apropiación o retención de documentos o archivos relativos a clientes del despacho en el que haya estado integrado previamente, salvo autorización expresa del cliente.*
- m) *El quebrantamiento de las sanciones impuestas.*
- n) *La publicidad de servicios profesionales con incumplimiento de los requisitos del artículo 20.2.c) de este Estatuto General.”*

En el **artículo 125** se relacionan las **infracciones graves** de los profesionales de la Abogacía, que son:

- a) La vulneración de los deberes deontológicos en los casos siguientes:*
 - i. La infracción de los deberes de confidencialidad y de las prohibiciones que protegen las comunicaciones entre profesionales en los términos establecidos en el artículo 23 de este Estatuto General.*
 - ii. El incumplimiento de los compromisos formalizados entre compañeros, verbalmente o por escrito, en el ejercicio de sus funciones profesionales.*
 - iii. La falta de respeto debido o la realización de alusiones personales de menosprecio o descrédito, en el ejercicio de la profesión, a otro profesional de la Abogacía o a su cliente.*
 - iv. La inducción injustificada al cliente a no abonar los honorarios devengados por un compañero en caso de sustitución o cambio de profesional de la Abogacía.*
 - v. La retención de documentación de un cliente contra sus expresas instrucciones.*
 - vi. La falta de remisión de la documentación correspondiente al profesional de la Abogacía que le sustituya en la llevanza de un asunto.*
 - vii. La citación de un profesional de la Abogacía como testigo de hechos relacionados con su actuación profesional.*
- b) La publicidad de servicios profesionales con incumplimiento de los requisitos del artículo 20 de este Estatuto General, salvo lo previsto en el artículo 124.n), en relación con el artículo 20.2.c).*
- c) El incumplimiento de los deberes de identificación e información que se recogen en los artículos 48 y 49 del presente Estatuto General.*
- d) El incumplimiento de las obligaciones en materia de reclamaciones recogidas en el artículo 52 del presente Estatuto General.*
- e) La falta de respeto debido a quienes intervengan en la Administración de Justicia.*

- f) *La falta de pago de las cuotas colegiales, sin perjuicio de la baja en el Colegio por dicho motivo.*
- g) *La falta de respeto debido o la incomparecencia injustificada a las citaciones efectuadas, bajo apercibimiento, por los miembros de los órganos corporativos o de gobierno de la Abogacía en el ejercicio de sus funciones.*
- h) *La falta de cumplimiento de sus funciones como miembros de órganos de gobierno corporativo que impida o dificulte su correcto funcionamiento.*
- i) *La condena penal firme por la comisión de delitos leves dolosos como consecuencia del ejercicio de la profesión.*
- j) *La defensa de intereses en conflicto con los de otros clientes del profesional de la Abogacía o despacho del que formara parte o con el que colaborase, en vulneración de lo establecido en el artículo 51 del presente Estatuto.*
- k) *El incumplimiento injustificado del encargo contenido en la designación realizada por el Colegio de la Abogacía en materia de Asistencia Jurídica Gratuita.*
- l) *El incumplimiento de la obligación de comunicar la sustitución en la dirección profesional de un asunto al compañero sustituido, en los términos previstos en el artículo 60 de este Estatuto General.*
- m) *La relación o comunicación con la parte contraria cuando le conste que está representada o asistida por otro profesional de la Abogacía, salvo su autorización expresa.*
- n) *El abuso de la circunstancia de ser el único profesional de la Abogacía interviniente causando una lesión injusta.*
- ñ) *La incomparecencia injustificada a cualquier diligencia judicial, siempre que cause un perjuicio a los intereses cuya defensa le hubiera sido confiada.*
- o) *El pago, cobro, exigencia o aceptación de comisiones u otro tipo de compensación de otro profesional de la Abogacía o de cualquier persona, infringiendo las normas legales sobre competencia o las reguladoras de la deontología profesional.*
- p) *La negativa o el retraso injustificado a rendir cuentas del encargo profesional o a hacer la correspondiente liquidación de honorarios y gastos que le sea exigida por el cliente.*

- q) *La compensación de honorarios con fondos del cliente que no hayan sido recibidos como provisión, sin su consentimiento.*
- r) *La falsa atribución de un encargo profesional.*
- s) *La embriaguez o consumo de drogas cuando afecten al ejercicio de la profesión.*
- t) *La falta de contratación de seguro o garantía cuando la obligación de contar con dicho régimen de garantía para cubrir las responsabilidades por razón del ejercicio profesional así esté prevista por ley.*
- u) *Los demás actos u omisiones que constituyan ofensa grave a la dignidad de la profesión y a las reglas que la gobiernan, conforme a lo establecido en el presente Estatuto General y otras normas legales.”*

Y finalmente en su **Artículo 126** cuales son las **infracciones leves**:

- “a) Ofender levemente en cualquier comunicación privada oral o escrita al profesional de la Abogacía de la parte contraria, siempre que no haya trascendido la ofensa.*
- b) Comprometer en sus comunicaciones y manifestaciones con el profesional de la Abogacía de la parte contraria al propio cliente con comentarios o manifestaciones que puedan causarle desprestigio.*
- c) Impugnar reiterada e injustificadamente los honorarios de otros profesionales de la Abogacía.*
- d) No atender con la debida diligencia las visitas, comunicaciones escritas o telefónicas de otros profesionales de la Abogacía.*
- e) No comunicar oportunamente al Colegio el cambio de domicilio profesional o cualquier otra circunstancia personal que afecte a su relación con aquel.*
- f) No consignar en el primer escrito o actuación su identificación, el Colegio al que estuviese incorporado y el número de colegiado.*
- g) No atender con la diligencia debida los asuntos derivados del Turno de Oficio, cuando el incumplimiento no constituya infracción grave o muy grave.”*

A estas infracciones les corresponden las **sanciones** que están recogidas en el artículo **127 del EGAE**:

1. *Por la comisión de infracciones muy graves, atendiendo a criterios de proporcionalidad, podrá imponerse la expulsión del Colegio o la suspensión del ejercicio de la Abogacía por plazo superior a un año sin exceder de dos.*
2. *Por la comisión de infracciones graves podrá imponerse la sanción de suspensión del ejercicio de la Abogacía por un plazo superior a quince días sin exceder de un año o multa pecuniaria por importe de entre 1.001 y 10.000 euros.*
3. *Por la comisión de infracciones leves podrá imponerse la sanción de apercibimiento escrito, o suspensión del ejercicio de la Abogacía por un plazo no superior a quince días, o multa pecuniaria por importe de hasta 1.000 euros.*
4. *Las sanciones que se impongan por infracciones graves o muy graves relacionadas con actuaciones desarrolladas en la prestación de los servicios del Turno de Oficio, llevarán aparejada, en todo caso, la exclusión del profesional de la Abogacía de dichos servicios por un plazo mínimo de seis meses e inferior a un año si la infracción fuera grave y de entre uno y dos años si fuera muy grave. En los supuestos de infracciones leves, podrá imponerse también la exclusión del profesional de la Abogacía de dichos servicios por un plazo no superior a seis meses. Incoado un expediente disciplinario como consecuencia de una denuncia formulada por un usuario de los servicios de Asistencia Jurídica Gratuita, cuando la gravedad del hecho denunciado lo aconseje, podrá acordarse la separación cautelar del servicio del profesional de la Abogacía presuntamente responsable por un periodo máximo de seis meses hasta que el expediente disciplinario se resuelva.”*

Para concluir, traer la reflexión de **Nielson Sánchez Stewart**: *“Como escribió Alan Dershowitz, no hay profesión más preocupada de su buen hacer que la abogacía, a pesar de la mala fama que siempre la ha perseguido.”*

Y una reflexión propia que incluí en la presentación del **Código Deontológico**: *“Una profesión, en este caso la abogacía, no puede exigir el reconocimiento de la sociedad sin mostrar públicamente una deontología que constituya una garantía para la ciudadanía, unas normas cuyos fundamentos éticos se han convertido en el principal referente de las sociedades avanzadas.*

La deontología como clave y fundamento de la existencia de la profesión y de la pervivencia de la abogacía institucional. Sin la potestad disciplinaria quedaría vacío de contenido el papel de los Colegios y de los Consejos de la Abogacía. Si queremos seguir siendo necesarios ha de ser subidos en el poderoso alazán de la ética y de la deontología profesional.”

LA ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA COMO ORGANIZACIÓN EN ESPAÑA

Antonio Morán Durán
Abogado

Sumario

- I. LA JUSTICIA GRATUITA EN ESPAÑA. CUESTIONES GENERALES
- II. CRITERIOS PARA LA CONCESIÓN DEL BENEFICIO DE JUSTICIA GRATUITA A LOS CIUDADANOS
- III. PAPEL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA EN LA JUSTICIA GRATUITA. EXTENSIÓN A OTROS ÁMBITOS SOCIALES VULNERABLES DE LA ASISTENCIA Y DEFENSA JURÍDICA GRATUITA
- IV. VALOR AÑADIDO DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA EN LA JUSTICIA GRATUITA
- V. BIBLIOGRAFÍA

I. LA JUSTICIA GRATUITA EN ESPAÑA. CUESTIONES GENERALES

Datos de la Justicia Gratuita en el ámbito europeo

La Comisión Europea realiza anualmente un estudio denominado “Evaluación sobre los Sistemas Judiciales Europeos 2022” para la Eficiencia de la Justicia del Consejo de Europa (CEPEJ).

En este estudio se analizan los sistemas judiciales de 44 países europeos y tres estados observadores (Israel, Marruecos y Kazajistán).

Del mismo se desprende que España es el país europeo con más asuntos de Justicia Gratuita por cada 100.000 habitantes: 3.379 frente a 734 de media.

España destina a Justicia Gratuita solo un 6,9% de su presupuesto en Justicia, frente a la media europea del 8,8% (Noruega le dedica un 31%, por ejemplo). En cambio, la inversión española en el sistema judicial, un 0,37% del PIB, es superior a la media europea del 0,30%. Por habitante, España invierte 87,9 euros en justicia, frente a los 64,5 de media europeos.

Estos datos evidencian la extensión del sistema de Justicia Gratuita en España, si bien con un déficit presupuestario para su mantenimiento. No obstante, el sistema funciona eficazmente y con un alto grado de satisfacción entre los ciudadanos.

El hecho de que la inversión en España en el sistema judicial sea mayor que en otros países europeos, quizás revele el esfuerzo que, en los últimos años, está realizando el Gobierno especialmente en la implantación de instrumentos telemáticos y digitales para tramitar los procesos judiciales, así como en la renovación de las sedes judiciales.

En todo caso, y según se desprende del “**Cuadro de indicadores de la justicia de la Unión Europea**”:

“La eficiencia, calidad e independencia son parámetros esenciales de un sistema judicial eficaz, independientemente del modelo de sistema judicial nacional o de la tradición jurídica en que se fundamente.” (Pág. 3)

“Los sistemas judiciales eficaces que defienden el Estado de Derecho tienen un impacto económico positivo. Cuando los sistemas judiciales garantizan la tutela de los derechos, es más probable que se concedan créditos, se disuade a las empresas de conductas oportunistas, se reducen los costes de transacción y es más probable que las empresas innovadoras inviertan. El efecto beneficioso del buen funcionamiento de los sistemas judiciales nacionales para la economía se ha constatado en diversos estudios y publicaciones académicas, en particular del Fondo Monetario Internacional, el Banco Central Europeo, la OCDE, el Foro Económico Mundial y el Banco Mundial.” (Pág. 5)

Lo anterior evidencia la importancia que tiene un buen funcionamiento de los sistemas judiciales en los Estados, siendo la Justicia Gratuita un factor más a considerar.

Marco europeo y español

La Asistencia Jurídica Gratuita es un derecho fundamental en la Unión Europea, constando en la *Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea* (artículo 47.3), así como está reconocido por el *Consejo de Europa en el Convenio Europeo de Derechos Humanos* (artículo 6.2.c).

En España el acceso de los ciudadanos a los tribunales de justicia, así como a la defensa letrada son derechos con rango constitucional (artículo 24 de la *Constitución Española* de 1978, ubicado este precepto entre los *derechos fundamentales y libertades públicas*, que son de especial protección). Y el artículo 119 de la *Constitución Española* contempla expresamente la institución de la Justicia Gratuita para todo tipo de procesos, no solo los penales, y está destinada a aquellas personas que acrediten insuficiencia de recursos para litigar.

La Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, regula esta institución. Ha sido, y es, la única norma legal del periodo constitucional español en la materia.

Objetivo de la Asistencia Jurídica Gratuita

El derecho a la Asistencia Jurídica Gratuita está configurado como un servicio público que presta el Estado español, concretándose en una actividad prestacional consistente en la puesta a disposición del ciudadano de los medios necesarios para hacer real y efectivo el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a ser defendido por un abogado.

Dado que en España los litigantes no han de abonar tasas judiciales (excepción hecha de las empresas y ello en determinados procedimientos), los costes de los litigios se limitan a los profesionales que han de intervenir, esencialmente los abogados y los peritos o técnicos que han de aportar datos técnicos o científicos especializados.

Como se ha expresado el beneficio de Justicia Gratuita no solo pueden obtenerlo los ciudadanos para los procesos penales, sino para los litigios de todos los órdenes o jurisdicciones, e incluso para los recursos.

Organización

Esta Ley diseñó el sistema de la Justicia Gratuita de una forma acertada, con independencia de que, actualmente, en España procedería una revisión debido a los cambios sociales y normativos habidos en los 26 años de su vigencia.

El sistema de Justicia Gratuita descansa sobre dos Administraciones responsables de su organización y dispensación:

- Por un lado, la Administración del Estado (el Ministerio de Justicia y el Ministerio de Administraciones Públicas, responsable este último de la organización de los funcionarios del Estado).
- Y, por otro lado, el Consejo General de la Abogacía Española y los 83 Colegios de Abogados.
- Procede añadir que los tribunales de justicia en todo caso pueden revisar la actuación de la Administración para controlar en última instancia el proceso decisorio sobre la concesión o denegación de la Justicia Gratuita.

La Administración del Estado es responsable del reconocimiento o denegación del beneficio de Justicia Gratuita (a través de unos órganos de ámbito provincial), y los Colegios de Abogados son los responsables tanto de la información previa a los ciudadanos, de la preparación del expediente documental donde se recogerán los datos del ciudadano peticionario de Justicia Gratuita, así como de la organización, dispensación y control de los servicios jurídicos que se prestan a los beneficiarios del sistema. Asimismo, los Colegios de abogados se encargan de proporcionar formación jurídica actualizada a los abogados que prestan los servicios propios de la Asistencia Jurídica Gratuita.

Obligatoriedad y extensión de los servicios de la Justicia Gratuita

La Justicia Gratuita, por imperativo legal, es un servicio obligatorio y no remunerado para la Abogacía, si bien, respecto a esto último, se contemplan compensaciones económicas para los profesionales y los Colegios a modo de indemnización.

El carácter obligatorio de la prestación por parte de la Abogacía tiene una matización importante: si en los Colegios de Abogados existen voluntarios suficientes para el mantenimiento eficaz y continuado de los servicios, se cubre con éstos —con los abogados voluntarios—.

Actualmente en todos los Colegios de España se cubren los servicios con abogados voluntarios. Lo anterior responde a la tradición histórica en nuestro país, pues desde tiempo inmemorial la Abogacía prestaba apoyo y asesoramiento a sectores de población con carencias económicas o de otro orden.

La adjudicación de cada proceso judicial a los abogados que prestan estos servicios se hace por riguroso orden a través de los listados de los abogados voluntarios que cada Colegio confecciona anualmente. Esto es, que se hace por turno.

Dado el elevado número de abogados inscritos en los servicios, así como que las designaciones a estos se hacen por turno, se propicia con ello la imparcialidad en las defensas y su profesionalidad pues, a este respecto, son los Colegios y el Consejo General

de la Abogacía quienes asumen y controlan la capacitación y formación de los profesionales, así como velan por su independencia profesional.

Los servicios que ampara el sistema de Justicia Gratuita son:

1. Asesoramiento y orientación gratuitos previos al procedimiento judicial, incluso información sobre medios alternativos extrajudiciales de resolución de conflictos.

Este asesoramiento lo prestan los Colegios de Abogados mediante un servicio diario por personal especializado.

2. La asistencia letrada al detenido, preso o investigado, si éste no hubiera designado un abogado de su libre elección. Asimismo, asistencia y orientación a las mujeres objeto de violencia ejercida por su marido o pareja.

Esta asistencia al detenido se realiza desde el momento en el que se produce la detención por la autoridad policial y, por supuesto, cuando el detenido es puesto a disposición judicial.

La asistencia y asesoramiento a las mujeres víctimas de violencia se produce incluso con carácter previo a la interposición de denuncia por parte de éstas.

Para estos servicios los Colegios de Abogados organizan un sistema de guardia permanente, en el que un determinado número de abogados están a disposición de las autoridades, policial y judicial, todas las horas del día y todos los días del año.

3. La defensa y representación en todo tipo de proceso judicial en los que las leyes exijan la intervención de abogado o, en otro caso, cuando lo solicite un juez al Colegio de abogados por estimarlo oportuno o conveniente.

Las designaciones de los abogados que han de llevar los procesos judiciales las realiza el Colegio de abogados por un turno predeterminado, como se ha indicado.

4. Intervenciones periciales o de otros técnicos.

5. Reducciones de otros costes relacionados con los procesos judiciales (depósitos judiciales, publicaciones en diarios oficiales y aranceles notariales y registrales).

La Abogacía Española elaboró hace años una aplicación informática destinada a la gestión de los asuntos de Turno de Oficio mediante un expediente electrónico, que es utilizado por buena parte de los Colegios de abogados del Estado. El esfuerzo de esta iniciativa, realizado por la Abogacía española, se ha evidenciado como un éxito.

Asimismo, la experiencia de las instituciones colegiales durante décadas en la organización y dispensación de los servicios propios de la Justicia Gratuita, propiciando que el sistema sea ágil y eficaz, genera que, actualmente, la Abogacía sea insustituible.

Apoyo económico del Estado

La financiación de los servicios de Justicia Gratuita corre a cargo del Estado, si bien no se cubre la totalidad de los servicios que presta la Abogacía.

Tal y como se ha adelantado, el Estado compensa económicamente a los abogados que prestan los servicios, tanto la asistencia letrada al detenido o preso y a las mujeres objeto de violencia por su esposo, como compensa por la llevanza de los procesos judiciales asignados a cada abogado.

Estas cantidades son de limitada cuantía pues no se ajustan a los precios que los abogados cobrarían al resto de sus clientes en su actividad habitual.

También el Estado compensa por los gastos de infraestructura que se generan en los Colegios y en el Consejo General de la Abogacía Española que, como se ha expuesto, son las instancias encargadas de la organización del sistema y dispensación de los servicios.

Por último, igualmente se abonan los honorarios de los peritos o técnicos.

II. CRITERIOS PARA LA CONCESIÓN DEL BENEFICIO DE JUSTICIA GRATUITA A LOS CIUDADANOS

Es digno de destacar que la legislación procesal española es de las más garantistas, especialmente en la jurisdicción penal, y la regulación de la Justicia Gratuita es una muestra de ello.

La concesión del beneficio de Justicia Gratuita va destinada, como regla general, a las personas físicas, y la Ley establece unos módulos económicos por unidad familiar dependiendo del número de componentes. No obstante, existe la posibilidad de que se reconozca este derecho en otros supuestos en los que, aun sobrepasando esos módulos, se adviertan circunstancias especiales.

Este beneficio se extiende a todo tipo de procesos judiciales, no solo los penales, y en los que nuestras leyes procesales establecen la obligatoriedad de que los litigantes sean defendidos por un abogado (que son la mayor parte de los procesos).

Actualmente los límites económicos para el reconocimiento de este derecho son de 1.158'04 € mensuales para personas que no constituyen unidad familiar, esto es, que viven solas; de 1.447'55 €/mes para unidades familiares de hasta 3 miembros; y de 1.737'06 €/mes para familias de 4 miembros o más.

Lo anterior supone que, en el ámbito europeo, España sea considerada como uno de los estados que más amparo concede al beneficio de Justicia Gratuita (Informe "Marcador de la Justicia", año 2018, elaborado por la Comisión Europea, que destaca la accesibilidad y calidad del servicio de Asistencia Jurídica Gratuita en España).

Sin embargo, hay casos tasados en los que, con independencia de la situación económica, se goza en todo caso de este beneficio:

- Los trabajadores y beneficiarios de la Seguridad Social, en procesos judiciales en la jurisdicción laboral y administrativa;
- Víctimas de violencia de género, de terrorismo y de trata de seres humanos, así como los menores de edad y las personas con incapacidad intelectual o enfermedad mental cuando sean víctimas de abuso o maltrato;
- Víctimas de accidentes con gran invalidez cuando litiguen en reclamación de sus indemnizaciones;
- Asociaciones de víctimas de terrorismo.

En la Ley 1/1996 se contemplan, además, supuestos de especial protección para personas en situaciones de vulnerabilidad o de compromisos familiares:

- En atención a las circunstancias familiares, número de hijos o familiares a cargo del solicitante, obligaciones económicas que pesen sobre éste, u otras análogas, se puede conceder los beneficios de la Justicia Gratuita al solicitante aun excediendo los límites económicos estándares.
- De la misma forma se tratará las solicitudes de personas con discapacidad (Ley 51/2003) o de las personas que tengan a éstas a su cargo.

No gozan de este beneficio las personas jurídicas (las empresas mercantiles y otras instituciones públicas y privadas) a excepción de la Seguridad Social (entidad estatal prestadora de servicios a los trabajadores), Asociaciones de utilidad pública y Fundaciones.

III. PAPEL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA EN LA JUSTICIA GRATUITA. EXTENSIÓN A OTROS ÁMBITOS SOCIALES VULNERABLES DE LA ASISTENCIA Y DEFENSA JURÍDICA GRATUITA

Otros servicios gratuitos para los ciudadanos

La Abogacía española fue impulsora de la Ley 1/1996. La defensa de los ciudadanos carentes de recursos económicos para litigar ha sido, y es, una tradición mantenida por nuestra profesión desde tiempo inmemorial, como se ha expresado.

Podemos decir, además, que la Abogacía española ha sido precursora de otros servicios de Asistencia Jurídica Gratuita para los ciudadanos que van allá de los supuestos que establece la actual Ley y que, de hecho, supone una extensión razonable y actualizada de estos servicios.

Así, y desde hace más de tres décadas, en varios Colegios de Abogados se empezaron a prestar servicios de orientación jurídica, de carácter gratuito, a sectores de población en situación de riesgo o de marginalidad y que, además, carecían de recursos económicos.

De esta forma, y sin que entonces existiera una cobertura legal ni reconocimiento de las Administraciones gubernativas, se crearon servicios de orientación jurídica penitenciaria dirigidos a los reclusos. De la misma forma se inició un servicio de asistencia jurídica a inmigrantes y refugiados. Estas actuaciones fueron extendiéndose entre los distintos Colegios de Abogados de España hasta que, en la actualidad, algunas Administraciones han venido a reconocer e incluso apoyar y financiar total o parcialmente, algunas de estas prestaciones.

Especial mención procede hacer respecto a las iniciativas de la Abogacía española en la defensa de la igualdad entre hombres y mujeres, y en la lucha contra la violencia ejercida contra la mujer. Igualmente fue la iniciativa abogados en estas materias hace años el germen que propició la creación en varios Colegios de servicios integrales de asesoramiento y orientación jurídicos para la mujer.

En este sentido el legislador español publicó en el año 2004 la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

Como se ve la sensibilidad del legislador español es mucho más tardía que las iniciativas que fue adoptando la Abogacía Española en estas materias.

Seguimiento del sistema: “Observatorio de la Asistencia Justicia Gratuita”

Por otro lado, y a fin de tener un conocimiento más exacto de la situación de la Justicia Gratuita en España, desde hace más de dos décadas el Consejo General de la Abogacía Española creó el denominado “Observatorio de la Justicia Gratuita” que anualmente emite un amplio informe analizando la labor desarrollada por los 83 Colegios de Abogados de España (procesando para

ello más de 7.500 datos) así como haciendo propuestas de mejora que elabora un Comité de Expertos, la mayor parte de ellos ajenos a la Abogacía. Además, se aprovecha la oportunidad para pulsar el estado de opinión tanto de abogados como de los ciudadanos, y ello a través de encuestas elaboradas por empresas especializadas.

Estos informes se han convertido en un referente no sólo nacional, sino que es demandado por instancias gubernamentales de países de nuestro entorno europeo, Francia especialmente.

Del informe del pasado año 2022 se extraen datos significativos como los siguientes, que se mencionan a modo ilustrativo:

- De los 4.000 millones de euros que aproximadamente podemos calcular que el Estado español viene destinando para la Administración de Justicia en los últimos años, solo 284 millones se dedicaron en 2022 a la Justicia Gratuita.
- La Abogacía atendió alrededor de 1.920.000 asuntos (no solo procesos judiciales). La inversión por ciudadano fue de 6 €/año.
- Se recibieron 988.072 solicitudes de Justicia Gratuita en los Colegios de abogados, de las cuales 785.520 se enviaron a la Administración por estimar que procedía conceder el beneficio (el 87% fueron confirmados por la Administración).
- De los 144.642 abogados de España, 43.696 estaban inscritos en los distintos servicios del Turno de Oficio, alrededor de la tercera parte de la Abogacía.
El 48% son mujeres.
El perfil medio del abogado del Turno de oficio es un profesional de alrededor de 41 años y con más de 13 años de ejercicio profesional.
- El número total de quejas derivadas de estos servicios recibidas por los Colegios de Abogados fue de 5.234. De ellas tan solo 297 tuvieron alguna justificación, lo que motivó la incoación de otros tantos expedientes sancionadores. Dicho en términos porcentuales, alrededor del 0'67% del total de abogados adscritos al Servicio de Justicia Gratuita fueron expedientados.
- La retribución media por asunto que percibieron los abogados fue de unos 147 € por caso.

Asimismo, la Abogacía española realiza con regularidad un sondeo de opinión a los ciudadanos sobre este sistema, a través de empresas especializadas en esta materia, cuyas conclusiones igualmente se publican en el informe del Observatorio de Asistencia Jurídica Gratuita. Los resultados de este sondeo son altamente positivos, y revelan un alto grado de satisfacción de los ciudadanos, especialmente aquellos que han hecho uso de los servicios.

Así, y como dato significativo, el 82% de las personas que han hecho uso de los servicios de Justicia Gratuita muestran una evaluación positiva, otorgando una nota media de 7.1 sobre 10.

IV. VALOR AÑADIDO DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA EN LA JUSTICIA GRATUITA

De las opiniones de los expertos —especialmente los ajenos a la Abogacía— que anualmente se contienen en el Observatorio de Justicia Gratuita, se evidencia que este sistema es valorado igualmente de manera muy satisfactoriamente. El entramado organizativo del Consejo General de la Abogacía Española y de los Colegios permite garantizar, de forma efectiva y real, el derecho constitucional de la Defensa y del Acceso a la Justicia.

Esta labor se hace con independencia de las limitaciones presupuestarias de las Administraciones responsables del pago de estos servicios.

El mantenimiento de un servicio eficaz y ágil de Justicia Gratuita genera un clima social de paz y, sobre todo, genera la confianza de los ciudadanos en la Justicia y sus instituciones. Ésta, la Justicia, no es solo un poder del Estado ni uno de los principios rectores de nuestro Derecho —que ya es más que suficiente—, sino que es una exigencia de la dignidad y respeto que merecen los ciudadanos. Y en tal labor la Abogacía española siempre ha colaborado de forma decidida y responsable.

V. BIBLIOGRAFÍA

- Ficha especial - Informe “Sistemas judiciales europeos - CEPEJ Informe de evaluación - Ciclo de evaluación 2022” (datos 2020) - Comisión Europea para la Eficiencia de la Justicia (CEPEJ) (coe.int)
- Cuadro de Indicadores de la Justicia de la Unión Europea: https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/policies/justice-and-fundamental-rights/upholding-rule-law/eu-justice-scoreboard_en
- Consejo General de la Abogacía. “XVI Informe del Observatorio de la Justicia Gratuita”: <https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2022/07/XVI-OBSERVATORIO-JUSTICIA-GRATUITA.pdf>

ACCESO A LA JUSTICIA DE COLECTIVOS VULNERABLES

Eva Ribó Fenollós
Abogada



Sumario

I. INTRODUCCIÓN: EL DERECHO DE DEFENSA

II. PERSONAS CON DISCAPACIDAD

I. INTRODUCCIÓN: EL DERECHO DE DEFENSA

La **Declaración Universal de Derechos Humanos**¹, en adelante DUDH, que fue proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948 en su Resolución 217 (III) A², resulta el ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, de modo que es el patrón de medir el grado de respeto y aplicación de las normas internacionales de derechos humanos. La Declaración Universal ha sido desde 1948 la fuente que inspira todos los esfuerzos nacionales e internacionales para promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales, proyectándose en diferentes Declaraciones universales y Pactos internacionales.

La DUDH nació a consecuencia del horror de la Segunda Guerra Mundial, y constituye una conquista de la condición humana que establece, por vez primera, la fijación de un modo sistemático los derechos humanos fundamentales que deben protegerse en el mundo entero para alcanzar la paz, tanto entre las naciones como entre sus ciudadanos. La proyección de la DUDH es el marco común en la adopción de más de setenta tratados de derechos humanos, con aplicación directa que se aplican hoy en día de manera permanente a nivel mundial y regional.

La DUDH recoge la voluntad de las naciones y sus gobiernos de promover el progreso social y elevar el nivel de vida de las personas, enmarcado en una meta de libertad, justicia y paz. (Declaración de Virginia: libertad, igualdad, felicidad; Revolución Francesa: Libertad, igualdad y fraternidad)

Y para ello, resulta imprescindible *“el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”*, como reafirma la Carta.

.....
1. Declaración Universal de Derechos Humanos: [snp.pdf \(ohchr.org\)](#)

2. Resolución 217 (III) A de la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948: [NR004682.pdf \(un.org\)](#)

Con base a lo anterior, el derecho de defensa se abandera como una vía sine qua non, es decir un medio que no un fin en el camino hacia la libertad y la justicia, y por ende la paz, y se entreteje a lo largo de su articulado hasta su configuración, clara y determinada.

En primer lugar, la DUDH parte de dos derechos intrínsecos al ser humano: el derecho a la vida y a la libertad, que tiene su proyección en la seguridad de su persona, y el derecho a la igualdad, constituido como derecho absoluto en el que no cabe distinción por motivo alguno (raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición, ...).

En el artículo 3, se proclama el derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de la persona, derecho esencial para el disfrute de todos los demás derechos enunciados.

Tiene su proyección en los artículos 4 a 21 en los que se enuncian los otros derechos civiles y políticos, entre ellos, el derecho a no estar sometido a esclavitud ni a servidumbre; el derecho a no ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes; el derecho del ser humano al reconocimiento de su personalidad jurídica en todas partes; el derecho a un recurso judicial efectivo; el derecho a no ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado; el derecho a ser oído públicamente y con justicia por un Tribunal independiente e imparcial; el derecho de toda persona a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad; el derecho de toda persona a no ser objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia; el derecho a la libertad de circulación o de residencia; el derecho de asilo; el derecho a una nacionalidad, el derecho a casarse y fundar una familia; el derecho a la propiedad; la libertad de pensamiento, conciencia y religión; la libertad de opinión y expresión; el derecho de reunión y asociación pacíficas; el derecho a participar en el gobierno del propio país y el derecho de igual acceso a las funciones públicas en su propio país.

Especial relevancia tiene entre ellos el derecho de defensa que se consagra en los art. 8, 10, 11, 12 y 28, en tanto que garantizan: a) el derecho a un recurso efectivo, b) el derecho de toda persona a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal, c) el derecho a la presunción de inocencia mientras no se pruebe la culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa, d) el derecho a la protección de la ley contra injerencias arbitrarias en la vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, y e) el derecho a la tutela judicial efectiva.

Finalmente, el art. 7 avanza en el derecho a la igualdad, promulgando un derecho “sin distinción” a la igual protección de todo individuo ante la ley, introduciendo por tanto el derecho a la Asistencia Jurídica Gratuita de todas las personas que carezcan de medios económicos o aquellas que, como veremos más adelante, se hallen en una especial situación de vulnerabilidad reconocida por la ley.

De las proyecciones normativas que proporciona el sustrato de la DUDH, nace la Carta Internacional de Derechos Humanos, englobando también el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos³ (PIDCP) con sus dos Protocolos Facultativos, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁴ (PIDESC), que entraron en vigor en 1976. Ambos Pactos desarrollan la mayoría de los derechos reconocidos en la Declaración, haciéndolos efectivamente vinculantes para los Estados que los han ratificado. Junto con la Declaración, los Pactos comprenden la Carta Internacional de Derechos Humanos. Concretamente, Jordania ratificó el PIDCP el 28-05-1975, centrado principalmente —a los efectos que nos ocupan— en el derecho inherente a la vida, a la libertad, a la tutela judicial efectiva, a la igualdad ante la ley y la justicia, a la presunción de inocencia y al derecho de defensa.

Una de las características esenciales de estas declaraciones es la vocación de universalidad de la DUDH. Los tratados internacionales de derechos humanos se han ido enfocando en diferentes grupos sociales especialmente vulnerables que precisan de una especial protección y sensibilización. La discriminación racial, la tortura, las desapariciones forzosas, las personas con discapacidad, y los derechos de la mujer, los niños, los migrantes, las minorías y los pueblos indígenas, son un claro ejemplo de ello.

Dicha vocación de universalidad tiene su arraigo en los cuerpos legislativos nacionales en la fase de ratificación de los tratados internacionales de derechos humanos, y de ese modo los Estados se comprometen a incorporar los deberes y obligaciones inherentes a esos tratados en el sistema jurídico interno. Por ello el Informe del Secretario General del Consejo de Seguridad de 3 de agosto de 2004 (S/2004/616)⁵ pone de relieve que en el “Estado de Derecho” todas las personas, instituciones y entidades, públicas y privadas, incluido el propio Estado, están sometidas a las leyes, públicamente promulgadas, bajo el principio de igualdad

.....

3. [Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos | ACNUDH \(ohchr.org\)](#)

4. [Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales | OHCHR](#)

5. (5) Informe del Secretario General del Consejo General de las NNUU, de 3 de agosto de 2004, S/2004/616

ante la ley, rendición de cuentas ante la ley, equidad en la aplicación de la ley, separación de poderes, participación en la adopción de decisiones, legalidad, no arbitrariedad, y transparencia procesal y legal.

En el ámbito de la Unión Europea, el derecho de defensa en términos generales queda consagrado en el art. 6 del Convenio de Roma, de 4 de noviembre de 1950, para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH)⁶ y en los art. 47 y 48 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE⁷, que garantizan el derecho a un proceso equitativo y a un recurso efectivo, según la interpretación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), respectivamente⁸. Posteriormente, la Directiva 2013/48/UE profundiza sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales.

En la vía penal, ha quedado instaurado el derecho a una defensa efectiva. Y entender el término de la efectividad resulta clave, ya que la referencia a la “efectividad” implica que, a pesar de que el art. 6 de la CEDH introduce el derecho de toda persona acusada de un delito a contar con asistencia letrada u optar por la autodefensa, esta última opción debe ser interpretada bajo los criterios de limitación de la autodefensa en interés de la justicia. Así, la garantía de protección de los derechos de una persona sospechosa o acusada, o el requisito de representación para que la administración de justicia sea efectiva, son, entre otros, elementos limitantes de la autodefensa.

En este sentido, de la STEDH, *Galystan c. Armenia*, nº 26986/03, de 15 de noviembre de 2007, se deduce que la falta de intervención por el sistema judicial frente al rechazo de asistencia letrada por un detenido sometido a engaño, amenazas o violencia física, con tal fin, constituiría una violación del CEDH.

.....
6. [Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales](#) (CEDH) (Roma, 4 de noviembre de 1950) - Fundación ACCIÓN PRO DERECHOS HUMANOS (www.derechoshumanos.net)

7. [Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea](#) (boe.es)

8. [Manual sobre el Derecho europeo relativo al acceso a la justicia](#) (coe.int)

La efectividad y la universalidad del derecho de defensa se plasman en el acceso de todo ciudadano al derecho a la Asistencia Jurídica Gratuita, que se constituye como una garantía imprescindible para evitar que la falta de medios económicos constituya una brecha social de desigualdad en el derecho de defensa.

También el acceso al abogado o abogada debe ser efectivo y práctico, pues en cualquier diligencia policial o judicial con derecho a su asistencia, el acusado debe poder contactar y comunicarse con su defensor, incluidos sin duda los casos en que corresponda el beneficio de Asistencia Jurídica Gratuita, en que el abogado o abogada son designados por el sistema (v.gr. STEDH, Salduz c. Turquía, nº 36391/02, de 27 de noviembre de 2008, de la que se deduce que constituye violación del art. 6 CEDH la privación del derecho de acceso inicial a un abogado, concretamente mientras el sospechoso permanece bajo custodia policial).

En este contexto, adquiere especial relevancia el derecho a consultar y recibir instrucciones confidencialmente con el abogado o abogada, pues en caso contrario, el derecho de defensa pierde la efectividad de su propia naturaleza o incluso puede quedar totalmente desvirtuado (v.gr. STEDH, Lanz c. Austria, nº 24430/94, de 31 de enero de 2002, declarando la vulneración del art. 6 CEDH -derecho a comunicarse con el abogado defensor a salvo de intromisiones de terceros. STJUE, C-305/05, *Ordre des barreaux francophones et germanophone y otros c. Conseil des Ministres*, de 26 de junio de 2007, observó que los abogados no podían desempeñar satisfactoriamente sus funciones de asesoramiento, defensa y representación de sus clientes si estaban obligados a cooperar con las autoridades pasándoles la información obtenida durante el curso del asesoramiento jurídico correspondiente).

En la vía civil, el derecho de defensa no es absoluto, sin embargo, el derecho a un proceso equitativo incluye el derecho de acceso a un órgano jurisdiccional, y es la abogacía la que cuenta con los conocimientos y habilidades necesarias para garantizar la correcta defensa de los justiciables. Por tanto, salvo en procesos restringidos por razones fundamentadas de coste y trascendencia del pleito o falta de preceptividad, el Estado debe prestar Asistencia Jurídica Gratuita a las personas, que, necesitadas de defensa técnica, carezcan de medios económicos para ello.

En este sentido, encontramos la STEDH, *Airey c. Irlanda*, nº 6289/73, de 9 de octubre de 1979, que concluye que la posibilidad de actuar personalmente ante la «High Court» no provee a la demandante de un efectivo derecho de acceso y que, por tanto, ha habido una violación del artículo 6.1.

penal para contemplar reparaciones éticas —en la restitución de su dignidad— y económicas para ellas, todo ello mediante la oportuna defensa letrada.

Estos apoyos también vienen recogidos respecto de los menores, las personas con discapacidad, las mujeres, las personas mayores y los grupos étnicos e inmigrantes.

En concreto: la Convención sobre los Derechos del Niño de 29 de agosto de 1990, ratificada por Jordania el 24 de mayo de 1991; así como sus Protocolos facultativos relativos a la participación de niños en conflictos armados de 6 de septiembre de 2000 (ratificado por Jordania el 23 de mayo de 2007) y sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía de 6 de septiembre de 2000 (ratificado por Jordania el 4 de diciembre de 2006), respectivamente.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006, ratificada por Jordania el 31 de marzo de 2008.

Y la Convención para la eliminación de todas las formas de Discriminación para la Mujer de 3-12-1980, ratificada por Jordania el 1 de julio de 1992.

La obligación de los Estados de garantizar los derechos humanos, como el derecho a la vida o la prohibición de la tortura y del trato inhumano y degradante, comporta la adopción de medidas de protección, prevención y castigo que resulten disuasorias de la comisión de tales delitos, hasta conseguir su erradicación. Y en la lucha por la correcta aplicación de la ley es necesario el apoyo técnico de un letrado.

La controversia existente entre el derecho de defensa de los acusados y el alcance del derecho de defensa de las víctimas ha ralentizado la adecuación de las normativas nacionales a los derechos de las víctimas hasta los últimos años, pero citando a **Mario Spangenberg**, Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Humanas en la Universidad Católica del Uruguay, *“El derecho penal no sólo debe asegurar las garantías del indagado. También debe ser capaz de proteger a las víctimas y de procurar la convivencia pacífica. Ésa y no otra, es la solución de una democracia constitucional moderna”*.

Finalmente, en relación con la situación en España, indicar que con base en los **art. 24 y 119 de la Constitución Española** y la **Ley 1/1996**, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, pueden acceder al beneficio de la Justicia Gratuita los siguientes colectivos vulnerables:

- **art. 2e.** Orden contencioso administrativo y vía administrativa previa: ciudadanos extranjeros con insuficiencia de recursos para litigar en los procedimientos que puedan llevar a la denegación de su entrada en España, a su devolución o expulsión del territorio español, y en todos los procedimientos en materia de asilo
- **art. 2h.** Con independencia de los recursos para litigar:
 1. Víctimas de VIGE, de terrorismo y de trata de seres humanos
 2. Menores de edad y Personas con Discapacidad, víctimas de delitos de homicidio, de lesiones (149, 150 CP), de maltrato habitual (173.2 CP), delitos contra la libertad, delitos contra la libertad e indemnidad sexual, delitos de trata de seres humanos.
 3. Se mantiene el mismo letrado en los distintos procesos que puedan iniciarse como consecuencia de la condición de víctima, siempre que con ello se garantice su derecho de defensa.
 4. Quienes a causa de un accidente acrediten secuelas permanentes que les impidan totalmente la realización de las tareas de su ocupación laboral o profesional habitual y requieran la ayuda de otras personas para realizar las actividades más esenciales de la vida diaria, cuando el objeto del litigio sea la reclamación de indemnización por los daños personales y morales sufridos.
- **art. 5.** Reconocimiento excepcional del derecho:

Atendiendo a las circunstancias de salud del solicitante y a las personas con discapacidad señaladas en el apartado 2 artículo 1 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (*“son personas con discapacidad aquellas que presenten deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás”, y en todo caso “aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento”*), así como a

las personas que los tengan a su cargo cuando actúen en un proceso en su nombre e interés, siempre que se trate de procedimientos que guarden relación con las circunstancias de salud o discapacidad que motivan este reconocimiento excepcional.

II. PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Según datos publicados por la Organización Mundial de la Salud, se calcula que 1300 millones de personas (es decir, 1 de cada 6 personas en todo el mundo) sufren una discapacidad importante, y el envejecimiento de la población y el aumento de las enfermedades crónicas se presenta como un efecto multiplicador de estos datos.

Se trata de un colectivo que a lo largo de la historia ha sido escondido, rechazado, perseguido, maltratado e incluso exterminado por la sociedad, con la aquiescencia y la complicidad de los gobiernos. No fue hasta principios del siglo XX, tras la gran cantidad de jóvenes que regresaron de la Primera Guerra Mundial con graves secuelas físicas y psicológicas, que surgieron con fuerza algunos movimientos para la protección de las personas con discapacidades congénitas o adquiridas.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, estableció el pleno reconocimiento de la igualdad de todas las personas ante la ley y a ser protegidas por ella frente a toda discriminación. Parece que ello debería haber sido suficiente para garantizar el disfrute y la incorporación social en todos los aspectos de la vida de las personas con discapacidad; sin embargo, las costumbres socialmente arraigadas y la falta de conciencia, conocimiento y, en definitiva, de interés, sobre la realidad y las necesidades de las personas con discapacidad, seguían constituyendo su verdadero obstáculo para desarrollar y alcanzar una vida en plenitud. Podría afirmarse que las políticas gubernamentales y la propia sociedad son las que discapacitan a las personas con discapacidad.

- **art 6. DUDH:** *Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica*

En este escenario, diversos Pactos Internacionales de DDHH y Declaraciones sobre los Derechos de las personas con concretas discapacidades, empezaron a dar contenido a los principios establecidos por la Declaración Universal de

DDHH. Y en 1982, la ONU aprobó el Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad, reconociendo que las barreras físicas y sociales sumen a estos hombres y mujeres en clara situación de desventaja, e introduciendo los objetivos de igualdad y plena participación en la sociedad.

Todo ello generó ciertos indicios de sensibilización social, pero el prisma bajo el que se pasó a brindar la protección o garantía legal de los derechos y principios fundamentales al colectivo, estaba teñido de un paternalismo que de nuevo se alejaba del espíritu de la plena igualdad reconocida en la declaración Universal de los DDHH.

Fue la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006, la que supuso un punto de inflexión en el enfoque de este colectivo, destacando especialmente una doble cuestión:

De forma absolutamente innovadora, el art. 12 tiene un especial impacto en el derecho sustantivo al considerar plenamente a las personas con discapacidad como *“sujetos titulares de derechos”* y no como *“meros objetos de tratamiento y consideración social”*; les reconoce su personalidad jurídica con plena capacidad para ejercer todos sus derechos, y se prevé la adopción de las medidas de apoyo que en su caso sean necesarias para ello, con absoluto respeto a su dignidad inherente.

Asimismo, el articulado impulsa la obligación de los Estados Miembros de promover, proteger y garantizar el pleno disfrute de los derechos humanos de las personas con discapacidad en términos absolutos de igualdad.

No es necesario ahondar en la **Convención** para ver con claridad que la discapacidad es una cuestión de Derechos Humanos: *“Art. 1.- El propósito de la presente Convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente”*.

Jordania ratificó la Convención el 31 de marzo de 2008, pasando a formar parte plenamente de su ordenamiento jurídico, por tanto, no podemos entender el derecho de las personas con discapacidad sin invocar su contenido, que debe inspirar y reinterpretar cualquier disposición normativa.

Centrándonos en el derecho al acceso a la justicia, consagrado en el artículo 13, los Estados Parte deben asegurar que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones que las demás.

A estas alturas ha sido internacionalmente reconocido que el origen de la desigualdad de las personas con discapacidad no es otro que las barreras que impone el sistema y la propia sociedad. Y no me refiero tan sólo a las barreras arquitectónicas. Hemos convertido en normalidad aquello que sirve o resulta suficiente para el pleno movimiento de las personas que no presentan necesidades especiales. Pero si regresamos a las estadísticas, si 1 de cada 6 personas en el mundo presenta una discapacidad, ¿qué es la normalidad? Sin duda, este concepto merece una revisión inclusiva. Aunque el ejemplo más fácil es el de la necesidad de establecer elementos arquitectónicos accesibles para acceder a los juzgados, a las salas de vistas, ¿qué ocurre con las personas invidentes o con las personas sordas o sordomudas o con las personas con discapacidad intelectual? ¿Cómo vamos a conseguir que su paso por un procedimiento judicial sea IGUAL al del resto de los justiciables?

La Convención nos indica el camino en su **artículo 13** con la introducción de los ajustes de procedimiento:

“1. Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares.

2. A fin de asegurar que las personas con discapacidad tengan acceso efectivo a la justicia, los Estados Parte promoverán la capacitación adecuada de los que trabajan en la administración de justicia, incluido el personal policial y penitenciario.”

Ajustes procedimentales individualizados, adecuados a la edad y a las necesidades específicas de las personas con discapacidad que participan en un procedimiento judicial, sea cual sea el papel que les corresponda, en todas las vías jurisdiccionales —civil, penal, contencioso-administrativa, laboral, ...— y en cualquier instancia, incluida la fase de policial. Y ello con la finalidad de garantizar que su intervención en el procedimiento sea efectiva, no sólo para el sistema judicial sino también para la persona. La intervención de las personas con discapacidad en un procedimiento quedaría

sesgada si no pudieran comunicarse —comprender y hacerse entender—, conocer el objeto del procedimiento y la trascendencia de cada una de las diligencias en que intervengan o conocer el alcance y significado de la sentencia y de la ejecución de la misma y sus fases.

No debemos pasar por alto la gran importancia que adquiere la garantía del derecho de acceso a la justicia de víctimas y testigos con discapacidad, que se incluyen de forma absoluta en el citado precepto. La pérdida de derechos de cualquier parte del procedimiento por causa de su discapacidad resulta inaceptable y constituye un fracaso del sistema judicial. Es imprescindible superar los estereotipos, estigmas y prejuicios asentados en la sociedad, que no son más que otras barreras discriminatorias que les impiden el disfrute de una vida en plenitud en toda su extensión, incluida la administración de justicia.

Este cambio de paradigma exige la formación especializada de todos los operadores jurídicos, desde jueces y magistrados, fiscales, abogados, médicos forenses, administrativos, policía y personal penitenciario. Y los Estados Parte que se han comprometido formalmente a adoptar las medidas necesarias para ello, hacerlas efectivas. Debemos capacitarnos en discapacidad.

En España se ha producido una importante reforma legislativa a través de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

Esta ley integra los mandatos de la CDPD al ordenamiento interno, y adopta completamente el artículo 12, garantizando la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. Desarrolla los mecanismos para la provisión de los apoyos que sean necesarios para la toma de decisiones en ejercicio del principio de autonomía y libre elección, reservándose los supuestos de representación sólo para el caso de ser necesario, todo ello ajustado al principio de proporcionalidad y de intervención mínima de la autoridad judicial. Así, supera el anterior modelo asistencial de protección por un nuevo modelo social, basado en el empoderamiento y el respeto por la voluntad de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás.

Desde el punto de vista del derecho material, es una reforma sustancial y a la vez transversal, puesto que no sólo modifica nuestro Código Civil, sino también la Ley del Notariado, la Ley Hipotecaria, la Ley de Protección patrimonial de personas con discapacidad, la Ley del Registro Civil o la Ley de Jurisdicción Voluntaria.

Por lo que acontece al derecho procesal, introduce el artículo 7bis a la Ley de Enjuiciamiento Civil, relativo a los ajustes de procedimiento para las personas con discapacidad. Bajo el paraguas del derecho de toda persona con discapacidad a entender y ser entendida en cualquier actuación que deba llevarse a cabo, establece la obligación de realizar las adaptaciones y los ajustes que sean necesarios para garantizar su participación en condiciones de igualdad, en todas las fases y actuaciones procesales que resulte necesario, incluyendo los actos de comunicación. Su finalidad es garantizar la comunicación, la comprensión y la interacción con el entorno de las personas con discapacidad.

En cuanto a la Comunicación, exige la utilización de un lenguaje claro, sencillo y accesible en todas las comunicaciones, sean orales o escritas, teniendo en cuenta las características personales y necesidades de la persona concernida, utilizando medios como la “lectura fácil” (utilizar un lenguaje simple y directo, expresar una sola idea por frase, evitar los tecnicismos, las abreviaturas y las iniciales, estructurar el texto de manera clara y coherente, ...). Este sistema no es excluyente de cualquier otro que resulte más adecuado para las necesidades específicas de la persona, como podrían ser los pictogramas. Además, en su caso, se prevé la posibilidad de realizar la comunicación a través de la persona que preste los apoyos a la discapacidad.

Con el fin de que la persona con discapacidad pueda hacerse entender, se prevé facilitar la asistencia o apoyos necesarios, lo que incluye la interpretación en las lenguas de signos reconocidas legalmente y los medios de apoyo a la comunicación oral de personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas.

También permite la participación de un profesional experto que a modo de facilitador realice tareas de adaptación y ajuste necesarias para que la persona con discapacidad pueda entender y ser entendida.

Y finalmente, ofrece la posibilidad de la persona con discapacidad esté acompañada de una persona de su elección desde el primer contacto con las autoridades y funcionarios.

El establecimiento de los ajustes de procedimiento supone un salto cualitativo y exponencial de derecho de defensa de las personas con discapacidad.

Más allá del derecho de toda persona investigada (donde, como no podía ser de otro modo, se incluyen las personas con discapacidad) a designar un abogado de oficio para su defensa —con algunas excepciones para los delitos leves—

en el caso de que no disponga de un abogado de su confianza o que carezca de medios económicos para contratarlo, el ordenamiento jurídico español confiere el derecho absoluto a la Asistencia Jurídica Gratuita a las personas con discapacidad que hayan sido víctimas de delitos de homicidio, de lesiones (149, 150 CP), de maltrato habitual (173.2 CP), delitos contra la libertad, delitos contra la libertad e indemnidad sexual, delitos de trata de seres humanos. Y también para litigar en procedimientos que guarden relación con las circunstancias de salud o discapacidad de la persona concernida.

A pesar de lo anterior y en relación con estos últimos procedimientos, debemos aclarar que, en el ámbito de la Jurisdicción Voluntaria, no resulta preceptiva la intervención de abogado en los expedientes iniciales (no contenciosos) de petición de medidas de apoyo para personas con discapacidad, motivo por el que, salvo excepciones expresamente refrendadas por el juzgador, no es posible efectuar una designación de oficio.

Ante ello, el Consejo General de la Abogacía Española, junto con las principales entidades del tercer sector, reclama al legislador que considere la falta de asesoramiento y asistencia letrada como primera barrera al derecho de acceso a la justicia de las personas con discapacidad, exigiendo la preceptividad de su intervención y, por tanto, la posibilidad de defensa para personas sin recursos económicos.

No debemos olvidar que el colectivo de las personas con discapacidad, debido a los problemas de acceso a una educación profesional o superior y al mercado laboral, a las insuficientes remuneraciones de trabajo que perciben o al escaso montante de las prestaciones públicas que les pueda corresponder, y a los costes que les suponen determinados tratamientos o terapias necesarias, es un sector en situación de extrema vulnerabilidad económica al que resulta mayoritariamente imposible la contratación de abogados particulares.

Finalmente, en cumplimiento de la Disposición adicional segunda de la mencionada Ley 8/2022, de 3 de junio, sobre la Formación en medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica, podemos indicar que el Consejo General de la Abogacía Española está impartiendo cursos de especialización en Derecho de la Discapacidad para los abogados/as de toda España desde el año 2020.

ACCESO A LA JUSTICIA DE MIGRANTES, EXTRANJEROS Y DESPLAZADOS

Blas Jesús Imbroda Ortiz
Abogado

Sumario

- I. EL DERECHO DE DEFENSA PILAR BÁSICO Y ESENCIAL DE UN ESTADO DE DERECHO
- II. FUNCIÓN ESENCIAL DE LA ABOGACÍA EN LA DEFENSA DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS MIGRANTES
- III. TRABAJO DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA EN EL ÁMBITO DE LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL
- IV. ASISTENCIA JURÍDICA DE LOS ABOGADOS EN EL ÁMBITO DEL DERECHO DE EXTRANJERÍA
- V. DERECHO DE LAS PERSONAS MIGRANTES A LA ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA. EL APOYO JURÍDICO DE LOS ABOGADOS
- VI. SERVICIO DE CALIDAD Y APOYO DE LA SUBCOMISIÓN DE EXTRANJERÍA Y PROTECCIÓN INTERNACIONAL DEL CGAE
- VII. CONCLUSIÓN

I. EL DERECHO DE DEFENSA PILAR BÁSICO Y ESENCIAL DE UN ESTADO DE DERECHO

En España el artículo 1 de la Constitución consagra un estado social y democrático de derecho. El estado de derecho se ha de sostener sobre pilares esenciales, siendo uno de los principales el derecho de defensa, que se ha de ejercer de forma libre e independiente, debiendo quedar plenamente garantizado en el ordenamiento jurídico. El artículo 24 de la Constitución Española consagra el derecho de defensa como derecho fundamental, en consonancia con los textos internacionales que declaran y protegen los derechos humanos.

Para que todos los ciudadanos puedan acceder al derecho de defensa, se debe garantizar que aquellas personas que carezcan de medios económicos, o por cualquier otra circunstancia no hayan designado un abogado particular en determinados ámbitos, como en la jurisdicción penal, se les asigne un abogado del turno de oficio sufragado por el estado, mediante la correspondiente indemnización. La Constitución Española establece 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.”*

Otros pilares del estado de derecho son el derecho a la tutela judicial efectiva con todas las garantías que comporta, entre otras, el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley y el derecho al proceso con las debidas garantías, sometido a los principios de contradicción, publicidad e igualdad de armas entre el Fiscal y el Abogado.

También es esencial e indispensable el derecho fundamental a la presunción de inocencia, que solo puede quedar desvirtuado mediante una sentencia condenatoria dictada tras un juicio con respeto pleno a las garantías del proceso, y acreditada la responsabilidad penal mediante la articulación de prueba de cargo obtenida lícitamente.

Los jueces deben ser independientes, y en el desarrollo de su actividad deben ser estrictamente profesionales y no ser instrumentalizados.

Otro derecho fundamental que constituye también una nota distintiva del estado de derecho, lo es el sometimiento pleno de todos los ciudadanos a la ley.

II. FUNCIÓN ESENCIAL DE LA ABOGACÍA EN LA DEFENSA DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS MIGRANTES

En España para ejercer la profesión de abogado, además de superar la formación universitaria de la carrera de Derecho, es necesario cursar a continuación un Máster de acceso a la profesión de abogado en el que se recibe formación específica y se desarrollan prácticas, y, por último, superar un examen de estado que le habilita para el ejercicio de la abogacía. Una vez obtenida la habilitación, es obligatorio para ejercer la abogacía estar inscrito en un Colegio de Abogados. En España hay 83 Colegios de Abogados, que a su vez integran la institución principal de toda la Abogacía Española, que es el Consejo General de la Abogacía Española (CGAE).

La Abogacía Española a través del CGAE y de los Colegios de la Abogacía¹, y fundamentalmente con el trabajo que miles de abogados desarrollan día a día, lleva años ocupándose y trabajando intensamente en la defensa de las personas migrantes, garantizando su asistencia jurídica y protegiendo sus derechos. Para ello a través de los turnos de oficio especializados en materia de extranjería y protección internacional, se garantiza que ninguna persona que entra en el territorio español quede sin asistencia jurídica.

Se han dictado directrices desde el Consejo y elaboradas propuestas por la Subcomisión de Extranjería y Protección Internacional del CGAE, para la organización de estos turnos de oficio y que, por ejemplo, se garantice el derecho de defensa limitando el número de personas a asistir por los letrados de guardia, a fin de que puedan prestar la mejor asistencia y hacerlo con dedicación. Se han organizado numerosos cursos y jornadas a fin de asegurar la formación continua a los abogados. Se han organizado foros de debates y aprendizajes, donde se compartan experiencias que mejoren la calidad de los servicios jurídicos que se prestan, siendo referencia las Jornadas Nacionales de Extranjería y Protección Internacional, que con carácter anual se organizan por el CGAE. Se han aprobado y publicado protocolos de asistencia jurídica ante las diferentes situaciones que se producen como consecuencia de los procesos migratorios, que en nuestro país se desarrollan con más intensidad por su situación geográfica.

.....

1. En algunas Comunidades Autónomas de España existen también los Consejos Autonómicos de Colegios de Abogados.

Es objetivo del CGAE trabajar para facilitar instrumentos que ayuden, faciliten y apoyen el derecho fundamental de defensa de las personas migrantes, y que este se desarrolle de la mejor forma posible y que tienda siempre, porqué no, a la excelencia. Ese horizonte nos debe motivar y guiar, y que la asistencia jurídica sea de calidad.

Nos ocupamos del ámbito de la Extranjería protegiendo los derechos de las personas migrantes e interviniendo en la defensa de las personas que son objeto de un expediente de devolución o expulsión del país.

Sabemos el papel esencial que tiene en el estado de derecho el derecho de defensa, uno de sus pilares imprecindibles. Sabemos que esa función la tenemos encomendada los Abogados. Y sabemos que en este ámbito estamos ante personas especialmente vulnerables y que la primera mano a la que se van agarrar las personas migrantes para poder recibir amparo y tutela, es la de los abogados.

Es por ello, que los Colegios de Abogados en España deben tener organizados las asistencias y los turnos de oficio de extranjería y protección internacional de forma precisa, y preveyendo también las distintas contingencias o circunstancias que puedan suscitarse, (por ejemplo, entradas masivas por vía terrestre o vía marítima, etc), a fin de que se dé respuesta inmediata y todas las personas tengan garantizado el derecho de defensa.

III. TRABAJO DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA EN EL ÁMBITO DE LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL

Además del trabajo en el ámbito de extranjería, cobra también especial relevancia la asistencia en materia de protección internacional (asilos y protección subsidiaria), que ostenta una identidad propia y precisa de una preparación específica, además de que el desarrollo de la protección internacional se ha hecho indispensable en los últimos años con los desplazamientos masivos de personas, como consecuencia de los conflictos en tantos lugares del mundo o sufriendo todo tipo de persecuciones.

Una realidad manifiesta es que vivimos momentos históricos con desplazamientos masivos de miles y miles de personas, huyendo de la violencia, de las masacres, de las miserias, de la persecución.

El informe anual de ACNUR², muestra que un número sin precedentes de 89.3 millones de personas estaban desplazadas a fines de 2021. Es la cifra más alta jamás registrada por ACNUR.

Por ello desde la Subcomisión de Extranjería y Protección Internacional del CGAE se hace un trabajo continuo no solo en el ámbito estricto de la extranjería sino también en el de la protección internacional, como a su vez se hace en los distintos Colegios de Abogados a través de los turnos de oficio especializados.

Por citar un ejemplo, el Colegio de Abogados de Melilla colaboró con el Ministerio de Interior en la creación de Oficinas de Asilo en la frontera de Beni Enzar, paso principal de España con Marruecos desde Melilla³. Comenzaron a funcionar en noviembre de 2014.

Para la creación de las oficinas, el Colegio de Abogados de Melilla desarrolló también un papel importante pues desde el primer momento apoyó la creación de las mismas y participó en reuniones con la Administración para tal fin. Para ello se reorganizó el turno de oficio especializado, a fin de facilitar la asistencia jurídica a los peticionarios de protección internacional. Desde el Colegio se han seguido marcando las directrices en la organización del turno, a fin de adaptarlos a las necesidades que han ido surgiendo como fue la creación de esta Oficina de Asilo en la frontera de Beni Enzar.

El número de asilos que se han tramitado se describen a continuación, correspondiendo a la Oficina de Asilo, las relacionadas en el apartado “En frontera”:

.....

2. Agencia de la ONU para los refugiados.

3. Melilla es una ciudad española desde 1497, situada en el norte de África y que es fronteriza con Marruecos.

Asilos en frontera

	2014		2015		2016		2017	
	EN FRONTERA	EN TERRITORIO	EN FRONTERA	EN TERRITORIO	EN FRONTERA	EN TERRITORIO	EN FRONTERA	EN TERRITORIO
ENERO		0	406	4	194	37	149	18
FEBRERO		2	296	7	76	45	132	28
MARZO		0	575	11	98	12	175	34
ABRIL		0	805	12	148	24	125	20
MAYO		0	516	23	164	17		
JUNIO		3	603	11	83	22		
JULIO		3	410	15	162	11		
AGOSTO		9	457	7	311	2		
SEPTIEMBRE	4	23	582	29	256	21		
OCTUBRE	28	30	561	78	279	19		
NOVIEMBRE	134	7	591	65	237	27		
DICIEMBRE	238	30	245	65	191	11		
TOTAL	404	107	6.047	327	2.199	248	581	100

Como se puede comprobar más de nueve mil solicitudes de asilo se tramitaron en algo más de dos años en la nueva Oficina de Asilo asistidos por Abogados, siendo la inmensa mayoría personas procedentes del conflicto de Siria.

Ya el día 2 de abril de 2014 el Colegio había presentado un informe al CGAE a fin de que se remitiera al Ministerio de Justicia para que se autorizara incrementar a un total de cinco los abogados que estuvieran diariamente de guardia para las asistencias en el turno de extranjería, lo que fue autorizado⁴.

Desde septiembre del año 2014 en el que comenzaron a acudir a nuestra frontera ciudadanos extranjeros, principalmente sirios, solicitando asilo, el Colegio de Abogados de Melilla cuenta con cinco letrados de guardia diarios, con guardias de disponibilidad 24 horas y cinco sustitutos, más la lista de incidencias integrada por más de cien abogados, para los casos que sean necesaria su asistencia porque nos encontremos con una entrada masiva de extranjeros. Hay que tener en cuenta que cada abogado solo puede prestar asistencia jurídica a seis inmigrantes al día para que puedan dedicarle atención a cada caso. Así acudirá el número de abogados que sean necesarios cada día en función a su vez del número de personas extranjeras que haya que asistir jurídicamente.

Además, hay permanentemente dos letrados coordinadores que son miembros de la Junta de Gobierno, que coordinan la prestación de estos servicios, apoyan a los abogados en su servicio diario, mantienen relación directa con las instituciones responsables en este ámbito (Juzgados, Fiscalía y Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado), y acuden ante cualquier incidencia que surja diariamente a fin de solucionarla.

Este servicio jurídico se dedica, como se ha expuesto, a asistir todos los casos de protección internacional (asilos y protección subsidiaria). En estos procedimientos la asistencia del abogado es obligatoria en virtud de lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley de Asilo⁵.

El CGAE firmó un convenio de colaboración con ACNUR, mediante el cual se crean también en Colegios de Abogados equipos de apoyo en protección internacional formados por un abogado y un asistente que dan orientación legal y apoyo a los solicitantes de asilo.

.....

4. La Junta de Gobierno del Colegio acordó en fecha 20 de marzo de 2014 solicitar al CGAE y al Ministerio de Justicia la ampliación a un número de cinco los abogados que estuvieran de guardia diaria para la asistencia jurídica en materia de extranjería.

5. Ley 12/2009, de 30 de octubre reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, publicada en BOE 263/2009 de 31 de octubre. Artículo 16. 2. Para su ejercicio, los solicitantes de protección internacional tendrán derecho a asistencia sanitaria y a Asistencia Jurídica Gratuita, que se extenderá a la formalización de la solicitud y a toda la tramitación del procedimiento, y que se prestará en los términos previstos en la legislación española en esta materia, así como derecho a intérprete en los términos del art. 22 de la Ley Orgánica 4/2000. La asistencia jurídica referida en el párrafo anterior será preceptiva cuando las solicitudes se formalicen de acuerdo al procedimiento señalado en el art. 21 de la presente Ley.

Los abogados españoles han apoyado y siguen apoyando a las personas que llegan a nuestro país en desplazamientos masivos como consecuencia de sufrir persecuciones o conflictos en sus respectivos países. Así, por ejemplo, han sido numerosos los ciudadanos de Venezuela que, se han desplazado a España por ser víctimas de persecución política, o por padecer la crisis política y económica que en los últimos años ha sufrido el país. En febrero de 2019 las autoridades españolas anunciaron públicamente la puesta en marcha de un proceso para la concesión de residencia por razones humanitarias de protección internacional a personas de nacionalidad venezolana que hubieran solicitado asilo en España después del 1 de enero de 2014 y no se les hubiera concedido. Estas personas han contado con el apoyo jurídico de la abogacía española.

Otro caso reciente se ha producido tras la invasión de Ucrania por Rusia y la agresión a ese país, en el que la Abogacía española reaccionó mostrando su total solidaridad con las personas víctimas de la misma y su apoyo jurídico a los refugiados desplazados de Ucrania.

En este caso, la Unión Europea (UE) activó la Directiva 2001/55/CE⁶ de Protección Temporal que establece normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas procedentes de terceros países que no pueden volver a su país de origen, y fomentar un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros de la UE para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida.

Obliga esta Directiva a establecer en los países un sistema extraordinario de reconocimiento de permisos de trabajo y permanencia.

En España se han dictado normas⁷ para otorgar esta protección temporal a los refugiados de Ucrania y facilitarles autorización de residencia y de trabajo.

.....

6. Se incorporó al ordenamiento jurídico español a través del Reglamento sobre régimen de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas, aprobado por el Real Decreto 1325/2003, de 24 de octubre.

7. Orden PCM/169/2022, de 9 de marzo, por la que se desarrolla el procedimiento para el reconocimiento de la protección temporal a personas afectadas por el conflicto en Ucrania.

Orden PCM/170/2022 de 9 de marzo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 8 de marzo de 2022, por el que se amplía la protección temporal otorgada en virtud de la Decisión de Ejecución (UE) 2022/382 del Consejo de 4 de marzo de 2022 a personas afectadas por el conflicto de Ucrania que puedan encontrar refugio en España.

IV. ASISTENCIA JURÍDICA DE LOS ABOGADOS EN EL ÁMBITO DEL DERECHO DE EXTRANJERÍA

Junto al trabajo que se realiza en materia de protección internacional, los abogados españoles trabajan prestando asesoramiento jurídico y amparando en sus derechos a las personas migrantes. Nos referimos al ámbito del derecho de extranjería, que regula los derechos de las personas que acceden a nuestro país y no son solicitantes de asilo, ni susceptibles de obtener protección internacional. Estamos ante personas que se desplazan buscando un mundo mejor que les ofrezca una oportunidad de vida, y otras muchas sencillamente buscando poder sobrevivir.

Con independencia de todo el trabajo que realiza la abogacía en los procesos de obtención de los permisos de residencia de estas personas, autorizaciones de trabajo, o reagrupaciones familiares, entre otros, también se encarga de realizar las asistencias jurídicas a los extranjeros en situaciones de denegación de entrada, devolución, expulsión del país, así como en los procedimientos sancionadores.

Desde que accede al territorio español el extranjero de forma irregular, tiene derecho a un abogado que lo asistirá en los procedimientos de devolución o expulsión que en su caso pueda dirigir la Administración contra él.

Este asesoramiento lo realiza el turno de oficio especializado en materia de extranjería, que a su vez organizan, de la misma forma que se ha expuesto anteriormente, los Colegios de Abogados. Para ello diariamente habrá Abogados de guardia 24 horas.

Al ser turnos de oficio especializados para formar parte de los mismos es necesario que los letrados realicen cursos específicos sobre derecho de extranjería, infracciones y sanciones.

En los Colegios de Abogados la formación es continua, para lo que se realizan jornadas, talleres y conferencias, contando para ello con frecuencia con la colaboración de ACNUR en la formación sobre derecho de asilo (protección internacional).

Se han trabajado los protocolos de actuación para el derecho de defensa de las personas migrantes, instrumentos que se han puesto a disposición de toda la abogacía.

Para ello, fueron aprobados por el CGAE y remitidos a los Colegios de Abogados estos protocolos de actuación letrada en materia de extranjería, coordinados por la Subcomisión de Extranjería y Protección Internacional. Se han elaborado con la finalidad de facilitar y agilizar la asistencia letrada en el ámbito de actuación de las distintas jurisdicciones en las que se despliega el ejercicio profesional, en concreto en materia administrativa, penal, extranjeros en prisión y menores no acompañados.

En estos últimos años desde el CGAE, se ha centrado también parte del trabajo en el desarrollo de plataformas digitales que faciliten el trabajo de los abogados y que sirvan para dar un mejor servicio a los ciudadanos.

V. DERECHO DE LAS PERSONAS MIGRANTES A LA ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA. EL APOYO JURÍDICO DE LOS ABOGADOS

En España todas las personas migrantes tienen derecho de acceso a los tribunales, es decir, derecho a la tutela judicial efectiva. También tienen derecho a presentar recursos contra los actos administrativos que les afectan, como puede ocurrir en los casos de resoluciones de la Administración que acuerdan devoluciones o expulsiones.

Para todo ello, también tienen derecho a la Asistencia Jurídica Gratuita en virtud de lo dispuesto en los artículos 2 e) de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita⁸ y 22 de la LOEx⁹.

.....

8. Artículo 2. Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita: En los términos y con el alcance previstos en esta ley y en los tratados y convenios internacionales sobre la materia en los que España sea parte, tendrán derecho a la Asistencia Jurídica Gratuita:

e) En el orden contencioso-administrativo, así como en la vía administrativa previa, los ciudadanos extranjeros que acrediten insuficiencia de recursos para litigar tendrán derecho a la asistencia letrada y a la defensa y representación gratuita en los procedimientos que puedan llevar a la denegación de su entrada en España, a su devolución o expulsión del territorio español, y en todos los procedimientos en materia de asilo.

9. Artículo 22 Ley Orgánica 4/2000, de Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

1) Los extranjeros que se hallen en España tienen derecho a la Asistencia Jurídica Gratuita en los procesos en los que sean parte, cualquiera que sea la jurisdicción en la que se sigan, en las mismas condiciones que los ciudadanos españoles.

2) Los extranjeros que se hallen en España tienen derecho a asistencia letrada en los procedimientos administrativos que puedan llevar a su denegación de entrada, devolución, o expulsión del territorio español y en todos los procedimientos en materia de protección internacional, así como a la asistencia de intérprete si no comprenden o hablan la lengua oficial que se utilice. Estas asistencias serán gratuitas cuando carezcan de recursos económicos suficientes según los criterios establecidos en la normativa reguladora del derecho de Asistencia Jurídica Gratuita.

3) En los procesos contencioso-administrativos contra las resoluciones que pongan fin a la vía administrativa en materia de denegación de entrada, devolución o expulsión, el reconocimiento del derecho a la Asistencia Jurídica Gratuita requerirá la oportuna solicitud realizada en los términos previstos en las normas que regulan la Asistencia Jurídica Gratuita. La constancia expresa de la voluntad de interponer el recurso o ejercitar la acción correspondiente deberá realizarse de conformidad con lo previsto en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, o en caso de que el extranjero pudiera hallarse privado de libertad, en la forma y ante el funcionario público que reglamentariamente se determinen.

A los efectos previstos en este apartado, cuando el extranjero tuviera derecho a la Asistencia Jurídica Gratuita y se encontrase fuera de España, la solicitud de la misma y, en su caso, la manifestación de la voluntad de recurrir, podrán realizarse ante la misión diplomática u oficina consular correspondiente.

Como se ha expuesto, estas asistencias se prestan a través de los turnos de oficio organizados por los Colegios de Abogados.

Junto a estos derechos, son muchos otros los que se reconocen en el ordenamiento jurídico español, debiendo destacar, por ejemplo, el derecho a la libertad de circulación, el derecho a la educación, el derecho al trabajo y el derecho a la asistencia sanitaria.

Nuestro ordenamiento jurídico garantiza que toda persona migrante que llega a nuestro país pueda recibir asistencia letrada. Esta asistencia precisa que haya una entrevista previa, individualizada y reservada del Abogado con la persona que asiste jurídicamente, y con la asistencia de un servicio efectivo de traducción.

Toda persona que entra en territorio español es titular, como hemos expuesto, del derecho de defensa reconocido en la Constitución y desarrollado en la normativa interna y reconocido en los Tratados y normas internacionales. Los Servicios de asistencia letrada especializada en extranjería y protección internacional de los Colegios de Abogados cumplen una función fundamental a la hora de hacer efectivo ese derecho y son esenciales para realizar una detección temprana de necesidades individualizadas de especial protección de personas en situación de vulnerabilidad cualificada: refugiados, víctimas de trata y menores no acompañados.

Los abogados en el ejercicio efectivo del derecho de defensa deben intentar identificar personas que tengan necesidades de protección internacional, personas objeto de persecución en sus países de origen por motivos políticos, de género, entre otras. También se debe intentar detectar si son víctimas de trata de seres, y por supuesto si se está ante menores migrantes¹⁰, pues tienen un tratamiento jurídico distinto al ser personas sumamente vulnerables que precisan una especial protección.

Para el ejercicio efectivo del derecho de defensa de la persona migrante se requiere también que haya infraestructuras e instalaciones públicas que permitan a los letrados realizar las entrevistas previas, individualizadas y reservadas preceptivas, y que se faciliten servicios de traducción que permitan comunicarse con la persona migrante en su lengua de origen.

El apoyo jurídico de los abogados es esencial para que se protejan los derechos de todas las personas migrantes.

.....

10. La Constitución Española en su artículo 39.4 declara: *“Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”*.

Artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, que dispone que *“todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado”*.

VI. SERVICIO DE CALIDAD Y APOYO DE LA SUBCOMISIÓN DE EXTRANJERÍA Y PROTECCIÓN INTERNACIONAL DEL CGAE

Se ha creado en el seno de la Subcomisión del CGAE un “Servicio de calidad y apoyo”, cuya finalidad es efectuar un seguimiento de calidad de los servicios de extranjería y protección internacional de los Colegios de Abogados, en aquellas ciudades donde se producen llegadas numerosas de inmigrantes. Con ello se homogenizan los criterios de calidad a tener en cuenta en los servicios jurídicos en materia de extranjería y se detectan las deficiencias en las asistencias que se prestan a los inmigrantes en la Asistencia Jurídica Gratuita (turno de oficio).

Este servicio realiza una visita al Colegio de Abogados en el que se examina la organización de los turnos de oficio en materia de extranjería. Se reúne con los responsables de este ámbito, con los coordinadores del turno de extranjería y con otros operadores jurídicos. Con todo ello, se comprueba la situación con la finalidad de canalizar desde el Consejo General de la Abogacía los sistemas de apoyo necesarios para la prestación de las asistencias jurídicas con plenas garantías.

VII. CONCLUSIÓN

Los abogados que se dedican en su trabajo a la defensa en este ámbito de la extranjería y de la protección internacional, se caracterizan por su entrega y compromiso diario en la defensa de las personas más necesitadas de protección, y por su constante compromiso con la defensa de los Derechos Humanos.

Los flujos migratorios no cesarán mientras haya las grandes desigualdades económicas en el mundo. Mientras un país sea devastado por la guerra, como ha ocurrido por ejemplo con Siria y recientemente en Ucrania, su población precisará de la protección internacional.

Los flujos migratorios los desplazamientos serán constantes, y todas esas personas precisarán apoyo y solidaridad.

La Abogacía a través del turno de oficio especializado en materia de extranjería y protección internacional que organizan los Colegios de Abogados con el apoyo del CGAE, expresa su apoyo y solidaridad en el trabajo constante y profesional que desarrolla, en las asistencia jurídicas a las personas migrantes.

En la función social trascendente que tiene encomendada la abogacía de apoyar y asistir a las personas desfavorecidas y carentes de medios económicos, y en consecuencia de salvaguardar para todas las personas el derecho de defensa, cobra especial atención y dedicación el ámbito de la extranjería y de la protección internacional. Los Colegios de Abogados, como corporaciones de derecho público, tienen la competencia y la obligación de organizar el servicio del turno de oficio especializado en estas materias. Organización que debe estar orientada a que los servicios se atiendan con la máxima dedicación, y acudiendo a ellos con la máxima celeridad. También, que las personas que los prestan estén preparados y formados para ello, y que esta formación sea continua.

ACCESO A LA JUSTICIA Y DERECHO DE DEFENSA

MODELO DE JUSTICIA GRATUITA EN ESPAÑA Y CONTROL DE LA CALIDAD DEL SERVICIO

Luis F. Nieto Guzmán de Lázaro
Abogado



Sumario

- I. ACCESO A LA JUSTICIA, DERECHO DE DEFENSA Y JUSTICIA GRATUITA
- II. PRINCIPIOS SOBRE ACCESO A LA JUSTICIA Y DERECHO DE DEFENSA
- III. PROCEDIMIENTO DE RECONOCIMIENTO DE LA ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA
- IV. PRESTACION DEL SERVICIO DE JUSTICIA GRATUITA

I. ACCESO A LA JUSTICIA, DERECHO DE DEFENSA Y JUSTICIA GRATUITA

La presente ponencia tiene como objeto central poner de manifiesto la trascendencia de un adecuado sistema de Asistencia Jurídica Gratuita en orden a garantizar un efectivo acceso a la justicia y derecho de defensa, como derechos fundamentales de toda persona. Y, partiendo de ello, analizar las principales características de dicho sistema en el ordenamiento jurídico español, considerado puntero en el ámbito internacional.

A tal efecto, hemos de partir de que, si bien **los derechos de acceso a la justicia y defensa están íntimamente relacionados con el de Asistencia Jurídica Gratuita, con el que guardan una evidente conexión, no cabe confundirlos**, en el sentido de que:

1. Cuando hablamos de **Acceso a la Justicia y Derecho de Defensa**, nos referimos a derechos de todas las personas, **tengan o no recursos económicos**, que presentan **diferentes manifestaciones admitidas universalmente**, tales como: el derecho a acceder de forma efectiva a los Tribunales de Justicia; plantear libremente sus pretensiones y ejercer el derecho de defensa, también de manera efectiva; disponer de procedimientos, mecanismos e instrumentos procesales y una asistencia que lo hagan posible; principio de legalidad y aplicación de la ley más favorable; a que se dicte, por un Juez imparcial, una resolución congruente y fundada en derecho; que ésta se cumpla en sus términos...
2. Cuando hablamos de **Asistencia Jurídica Gratuita (en adelante, AJG)**, estamos concretando ese **acceso a justicia y derecho de las personas que carecen de recursos económicos**, como instrumento que hace posible que los mismos sean efectivos: que tengan un acceso real a la justicia; que tengan garantizado ese derecho de defensa; que lo puedan hacer en igualdad de condiciones de quien tiene recursos; o frente al Estado, etc. Es lo que algunos autores han denominado "*el derecho al derecho*", de forma que sin AJG, quien carece de recursos no puede ejercer esos derechos. En suma, evitar aquel célebre y clásico aforismo de Ovidio "*curia pauperibus clausa est*" (los tribunales están vedados para los pobres).

En resumen: conceptos diferentes, pero íntimamente relacionados. Un sistema de AJG que haga compatible acceso a la Justicia y derecho de defensa con la carencia de recursos.

II. PRINCIPIOS SOBRE ACCESO A LA JUSTICIA Y DERECHO DE DEFENSA.

Existen una serie de principios y manifestaciones del derecho de acceso a los tribunales y de defensa, consolidados internacionalmente, entre otros, en los siguientes marcos:

Declaración Universal Derechos Humanos

En particular y, entre otros, sus **arts. 7 a 11** hacen claras referencias al respecto: establece la igualdad de todas las personas ante la ley (art.7); el acceso a un recurso efectivo ante los tribunales (art. 8); la interdicción de toda detención o prisión arbitraria (art.9); el derecho a ser oído por un tribunal independiente e imparcial para ejercer sus derechos o ante una acusación penal (art.10); o a la presunción de inocencia, principio de legalidad y aplicación de la ley más favorable al reo (art.11).

Carta Árabe de Derechos Humanos

En vigor desde el 16/03/2018 y ratificada entre otros países (16), por Jordania. Reconoce **derechos individuales**, tales como a la vida (arts. 5, 6, 7); al no sometimiento a tortura, tratos inhumanos o degradantes (arts. 8, 9, 18, 20), ni a esclavitud (art. 10); el derecho a la seguridad personal (arts. 14 y 18), etc.

En materia de normas sobre Justicia cabe destacar a los presentes efectos los **arts. 11 a 20** que establecen, en análogos términos a la citada Declaración Universal de DDHH: la igualdad ante la ley y los tribunales, la independencia de éstos y el derecho a los recursos (arts. 11 y 12; en relación con la igualdad efectiva todos los derechos (arts. 3.2 y 3.3); derecho al debido proceso y a un juicio justo (art. 13); principio de legalidad y aplicación de la ley más favorable (art. 15); presunción de inocencia (art. 16), con alusión, entre otros, a los derechos: 1) a la información de la acusación; 2) al tiempo para preparar la defensa y a contactar

con familiares; 3) a un Juez **y a tener asistencia jurídica; 4) a la AJG si no se tienen medios para pagar la defensa** y a un intérprete; 5) disponer de testigos; 6) a no declarar en su contra, etc.

Así como consagra el derecho a la libertad y a no ser privado de ella sin un proceso justo, a la información del motivo de detención en su propio idioma, a un médico, a un Juez, etc. (art. 14); a un régimen especial para menores (art. 17, con relación a la especial protección de los niños -arts. 3 y 34-); a evitar la prisión por deudas (art. 18); a no ser juzgado dos veces por un mismo delito y a ser compensado en caso de ser absuelto (art. 19); a penas de privación de libertad dignas (art. 20).

Ámbito Europeo

La **Carta Europea de Derechos Fundamentales**, establece, entre otros, el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial (art. 47); a la presunción de inocencia y derechos de la defensa (art.48); a los principios de legalidad y de proporcionalidad de los delitos y las penas (art. 49); y al derecho a no ser acusado o condenado penalmente dos veces por el mismo delito (art.50).

El **Convenio Europeo de Derechos Humanos** subraya, en su art. 6, el **derecho a un proceso equitativo** y, en concreto, su apartado 3: a) el derecho a ser informado de la acusación en lengua que comprenda; b) a disponer de tiempo para preparar la defensa; c) *“A defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios para pagarlo, poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan;”* d) a valerse de testigos; e) a ser asistido de intérprete.

Ordenamiento Jurídico Español

Constitución Española

Establece, en su “núcleo duro”, como derechos fundamentales (susceptibles de recurso de amparo ante el Trib. Constitucional): la igualdad ciudadanos ante la ley (**art. 14**); la asistencia letrada al detenido en dependencias policiales y judiciales (**art. 17.3**) -siendo obligatoria dicha asistencia letrada, de tal forma que el detenido puede designar libremente abogado y, si no lo hace, se le designa del turno de oficio, que seguirá, en principio, durante todo el proceso penal (vid. **art. 520 y concordantes LECrim.** sobre derechos del detenido); así como el derecho a la tutela judicial efectiva y a evitar indefensión; derecho de defensa y a un proceso con todas las garantías (**arts. 24.1 y 24.2**).

Todos ellos vinculados directamente con el **derecho a la AJG para quienes carezcan de recursos suficiente para litigar** que consagra expresamente el **art. 119**.

Ley de Asistencia Jurídica gratuita (ley 1/96 de 10 de enero de AJG)

En ese marco de desarrollo del acceso a la justicia y derecho de defensa, se sitúa la Ley AJG, que data del año 1996 -es decir, con ya más de 26 años de vigencia, únicamente ha sufrido algunas reformas puntuales- y establece un modelo que aún permanece plenamente vigente, sin perjuicio de la necesidad de adaptación de algunas cuestiones o salvar algunas carencias detectadas durante estos años de aplicación.

En todo caso, se trata de una **LEY COMUN PARA TODO EL ESTADO Y APLICABLE EN TODOS LOS ÁMBITOS JURISDICCIONALES; no solo el penal, sino también civil, laboral y administrativo**. Cabe subrayar que con anterioridad a la Ley 1/96, cada ley procesal tenía su propia regulación sobre AJG.

El actual sistema español de AJG se basa en las siguientes líneas generales en cuanto al procedimiento de reconocimiento y prestación del servicio, entre otros aspectos relevantes que se ponen de manifiesto a continuación:

III. PROCEDIMIENTO DE RECONOCIMIENTO DE LA AJG

Antes de la Ley 1/96 los Juzgados tramitaban y resolvían el derecho AJG, examinando si el solicitante cumplía o no los requisitos económicos para ello. No funcionaba bien el sistema, entre otras razones, por el elevado número de solicitudes; la falta de medios humanos y materiales; así como de acceso a los datos económicos del afectado, etc.

Con la Ley 1/96 AJG, la tramitación y resolución se lleva a cabo **en un ámbito administrativo, no judicial**; quedando reservado éste **para una fase posterior relativa a la eventual impugnación o revocación de la decisión administrativa previa**. Así:

Fase Administrativa

Si bien es al **Estado** al que corresponde por mandato constitucional la responsabilidad última de garantizar el acceso a la Justicia de quienes carecen de recursos económicos, **delega** una parte muy importante de su gestión y organización en los Colegios de Abogados. La Abogacía ha asumido en España, desde antiguo, que se trata de una **función social** y así lo viene desarrollando con una larga tradición (existen referencias en el siglo XIII -Las Partidas, 1263; s. XIV -ordenamiento Alcalá, 1348; s. XV -ordenanzas de Madrid 1495-...etc.).

Existe una asentada estructura a través de **83 Colegios de Abogados** que disponen en este ámbito una **amplia autonomía en su funcionamiento** atendiendo a las necesidades de su territorio, dispersión geográfica, número de abogados, población... etc. Ello, contando con unas normas y criterios comunes, tanto de la Ley y Reglamento AJG, como a través de del Consejo General de la Abogacía Española (CGAE) que integra a todos ellos.

Esta fase administrativa se divide, a su vez, en **dos momentos y órganos diferentes**:

1. **Servicio de Orientación Jurídica (SOJ):** órgano existente en cada Colegio de Abogados, normalmente atendido por un turno de abogados (en oficinas bien del propio Colegio, bien en los Juzgados) en el que se atiende al ciudadano que quiere solicitar la AJG; se le informa y auxilia para efectuar la solicitud; y se le da el oportuno trámite a ésta. Como excepción, en el ámbito penal y cuando se trata de un detenido, es el propio Abogado que le asiste el que la tramita y presenta, además, un informe sobre su previsión al respecto. En este primer momento, **se reconoce o deniega la AJG con carácter provisional;** y puede también rechazarse si la pretensión es manifiestamente insostenible.
 La mayor parte de estos trámites se realizan mediante un **expediente electrónico** que permite acceder a los datos económicos del solicitante (ingresos, vehículos, inmuebles, cuentas bancarias...) que consten en los diferentes registros públicos (Hacienda, Seguridad Social, Tráfico...), evitándole su “peregrinaje” por todos ellos.
2. **Comision Provincial de Asistencia Juridica (CAJG):** es un órgano de naturaleza administrativa que se integra por funcionarios del Estado, Fiscalía y Colegio de Abogados que **resuelve de forma definitiva la concesión o denegación del derecho a AJG.** En su gran mayoría confirman la resolución provisional del SOJ

En cuanto a la competencia de los juzgados, se refiere a la impugnación (recurso) contra la resolución que ha concedido o denegado el derecho a la AJG (art. 20); y a la posible revocación del derecho (art.19).

1. **En cuanto a la impugnación de la resolución,** pueden plantearla “*quienes tengan interés legítimo*” en el resultado; no es obligatoria la intervención de abogado; hay un plazo de 10 días para formular alegaciones y el Juez puede acordar que se celebre una comparecencia. Caben multas si se impugna de forma temeraria o con abuso de derecho y contra esta resolución no hay recurso.
2. **Revocación del derecho: si el Juzgado** que conoce asunto **aprecia abuso derecho, temeridad, mala fe o fraude de ley,** puede revocar el derecho AJG e imponer las costas del proceso. Por su parte, la CAJG, también puede revocarlo si aprecia que existe una **declaración errónea, falseamiento u ocultación de datos,** perdiendo el beneficiario las prestaciones de la AJG, debiendo pagar al abogado u otros.

Alcance del Derecho AJG en España

El sistema español de AJG es, de los considerados más amplios en el ámbito internacional por su cobertura, tanto desde un punto de vista objetivo, como subjetivo:

Objetivo: en qué procedimientos se puede conceder

La AJG abarca todos los ámbitos jurisdiccionales: no solo el penal, también civil, laboral y administrativo. En principio, siempre que sea obligatoria la intervención de Abogado, lo que se produce en la gran mayoría de procedimientos judiciales (en el ordenamiento español no lo es tan solo en algunos de escasa cuantía o poca complejidad).

De esta forma, en el ámbito penal, **nadie puede ir a prisión sin previa asistencia letrada** y se asegura su derecho de defensa **durante todo el procedimiento** (detención, instrucción, juicio, recurso...), abarcando todo tipo de procesos penales (Jurados, sumario, abreviado, juicios rápidos...). Incluye designación de Abogado para ejercer la acusación, aunque el Fiscal también acuse. Únicamente no es obligatoria la asistencia letrada en delitos leves (con penas de multa o trabajos para la comunidad).

E incluso en estos procedimientos en los que la intervención letrada no es preceptiva, puede solicitarse ante el Juez si se estima se puede producir indefensión o desigualdad entre las partes y el Juez, normalmente, suele acordarlo.

Además, hay una especial protección de colectivos vulnerables (menores, víctimas de violencia de género, trata y terrorismo; extranjería; personas con discapacidad, etc.).

En cuanto al **contenido del derecho**: el beneficiario AJG tiene derecho a Abogado gratuito, pero también a peritos, no pagar tasas judiciales, ni costas del proceso, entre otras prestaciones.

Subjetivo: quiénes pueden acceder al derecho de AJG

Hay una serie de colectivos que tienen **reconocido el derecho a la AJG "ex lege"**, con independencia de su situación económica: p. ej.: trabajadores y beneficiarios seguridad social o víctimas de violencia de género, trata y terrorismo.

Con carácter general, existe un **baremo de ingresos económicos** (en base a un índice de precios llamado IPREM), **atendiendo al número de miembros que integren la unidad familiar** (en un momento inicial, no se distinguía este aspecto).

Actualmente: si solo la integra 1 persona (2 IPREM = 15.061 EUR = aprox. 11.239 DIN JOR); 2-3 personas (2'5 IPREM = 18,826 EUR = aprox. 14.049 DIN JOR); 4 o más personas (3 IPREM = 22.591 EUR = aprox. 16.858 DIN JOR).

En el caso de circunstancias excepcionales (cargas familiares especiales; minusvalía, etc.), puede elevarse hasta 5 IPREM = 37.653 EUR = aprox. 28.099 DIN JOR.

Ha habido propuestas de reconocimiento parcial por tramos de ingresos -de forma que el solicitante tuviera que hacer alguna aportación económica según sus ingresos, aunque no alcanzaran esos límites-, pero no han prosperado. No hay límite de solicitudes por persona (hubo también alguna propuesta al respecto que no fue aprobada).

Estadísticas Generales: a título meramente ilustrativo, para apreciar la dimensión que alcanza la Justicia Gratuita en España (población aprox. 47'4 millones de habitantes), en 2021 -año en el que se han recuperado los niveles de 2019, tras 2020 y la más grave incidencia del COVID-, se tramitaron casi 1 millón de solicitudes (988.072) que dieron lugar a casi 2 millones de asuntos (1.923.183, frente a 1.996.669 en 2019). Prácticamente un tercio de ellos se refieren a asistencias letradas al detenido (657.166).

El coste total de la Justicia Gratuita en 2021 fue de 284'3 millones EUR (unos 212 millones din jordanos); del que más del 60% fue al ámbito penal (ALD + T.O. + V.G., incluidos).

IV. PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE JUSTICIA GRATUITA

Si hemos dicho que el **Estado** tiene la responsabilidad última de garantizar el acceso a la Justicia a quienes no tienen recursos económicos y que gran parte de la gestión la delega en los Colegios de Abogados, la prestación del servicio la llevan a cabo **abogados libres e independientes**.

Se trata de Abogados que tienen su propio despacho particular y sus propios clientes y que, además, se inscriben en el **Turno de Oficio**, de ahí que les llamemos **“Abogados de Oficio”**. No son, pues, una categoría diferente de Abogado:

- No son *“defensores públicos”*, ni funcionarios del Estado. Dado el referido alcance de la Justicia Gratuita en España, tendría un elevado coste su implantación en todas y cada una de las demarcaciones territoriales; todos los ámbitos jurisdiccionales; todos los días del año (*“24 hrs. al día/365 días al año”*), etc.
- No lo prestan ONGs: muy diferentes entre sí, sin una estructura común. Al margen de que puedan tener sus propios servicios jurídicos en relación con el ámbito concreto en el que operen.
- Tampoco puede considerarse un sistema *“pro bono”*, pues existe remuneración, aunque ésta sea muy inferior a la habitual de un Abogado particular.

Prestación del servicio ¿obligatorio o voluntario?

En principio, el tenor de la Ley establece su carácter obligatorio (arts. 1,22,23), si bien la misma, a su vez, prevé la posibilidad de **dispensa de dicha obligatoriedad por parte de los Colegios de Abogados**, siempre que se garantice la prestación y continuidad del servicio

Es por ello que, **en la práctica, es voluntario** ya que, dado el alto número de abogados ejercientes en España, son más que suficientes los inscritos en el Turno de Oficio para atender correctamente el servicio (si en algún caso, en alguna pequeña demarcación, en meses de vacaciones u otras situaciones similares, no hubiera abogados suficientes, los Colegios podrían adoptar medidas para garantizar la prestación del servicio...).

En este sentido, cabe señalar que **casi 1/3 de los Abogados, lo son también de oficio**: en 2021, 43.696 de 144.692, lo que supone un 30'2%; de los cuales un 52% serían hombres y un 48% mujeres; porcentaje que, en violencia de género, se torna (46% - 54%).

Requisitos acceso: ¿quién puede ser Abogado de Oficio?

En primer lugar, lógicamente, los **requisitos de formación generales de todo Abogado**: haber cursado estudios universitarios de Derecho y el Master de la Abogacía.

Y, además: i) Tener más de **3 años de ejercicio profesional**; ii) **Despacho abierto** (único o principal) **en la demarcación territorial** en que presta el servicio; iii) **Cursos de Formación que exija la Ley** (ej.: violencia de género, menores...) o, en su caso, los Colegios.

Quién designa al Abogado de Oficio

El Abogado de Oficio lo designa siempre el Colegio de Abogados, conforme a unos listados previamente establecidos de Turno de Oficio: puede requerirlo el ciudadano (en el SOJ); el Juzgado, si es obligatorio que intervenga abogado y el interesado no designa (p.ej. juicio penal); o la Policía (detenido que no designa Abogado particular).

No siempre el Abogado de oficio será gratuito. Lo que pone de manifiesto que, aunque son conceptos muy cercanos, no es lo mismo Turno de Oficio que Justicia Gratuita, así:

- hay quien solicita AJG porque, efectivamente, no tiene medios económicos: si se le reconoce, el Abogado será gratuito;
- hay quien pide AJG y se le deniega y, no obstante, se le nombra: no será gratuito;
- hay quien pide Abogado sin siquiera solicitar AJG (ej.: porque no conoce un Abogado, no le llevan el caso (ej. contra abogado). Se le asigna, pero tampoco será gratuito.

Cómo se designa el Abogado de Oficio para cada caso concreto

Como indica el propio término, se asigna “*por turno*”, mediante un orden previamente establecido (por antigüedad, alfabético...). Es decir, no se designa “*a dedo*” -como se dice coloquialmente en España-, no se otorga un abogado determinado en función del caso cuando éste llega. Ni la Policía lo puede designar, ni tampoco el Juzgado (solo lo pueden solicitar).

Son **listados públicos**, que pueden comprobarse y verificarse y se remiten a centros de detención y Juzgados de Guardia.

Hay **listados por territorios**, cada Colegio los divide por demarcaciones y **listados por materias**, por órdenes jurisdiccionales, penal, civil, laboral, administrativo y con mayor o menor grado de especialización (según el tamaño de cada Colegio, su número de abogados, necesidades); p.ej. en materia civil (general, familia...); en el orden penal (penal general; juicios rápidos; violencia género, menores), etc.

Antes existía en toda España un “turno grave” para causas de más de 6 años de prisión, reservado para Abogados con más de 5 años de antigüedad (si bien ya no existe esa previsión general, la mantienen algunos Colegios).

El Turno Penal tiene la especialidad de listados para asistencia al detenido que prevé (normalmente, con carácter mensual) la intervención de abogados cada día.

En las ciudades son guardias de 24 hrs., los 365 días del año (para penal general, violencia de género y juicios rápidos); en localidades más pequeñas su designa en cada caso desde Colegio de Abogados según listado previo y orden de llegada.

Es importante destacar la **unidad defensa**: un mismo Abogado lleva todo el proceso penal, desde la asistencia al detenido; todas las actuaciones posteriores; juicio; recursos...

Además, la Ley 1/96 AJG, en sus arts. 27 y 28, permite la **opción al beneficiario de AJG que designe a su propio Abogado de confianza y mantenga el resto de las prestaciones del derecho** (peritos, costas...etc.); este Abogado no es pagado por la Administración, sino por el propio ciudadano (salvo que el Abogado renuncie al cobro de honorarios).

Quién y cómo se paga al Abogado de Oficio

En la mayoría de las ocasiones, el Abogado de Oficio cobra de la Administración, conforme a unos **Baremos atendiendo al tipo de procedimiento** de que se trate (muy inferior al coste de un Abogado particular; p.ej. en un proceso "tipo" (penal, divorcio), el Estado paga unos (200/250 euro = 150/190 Din).

Hay una serie de excepciones (art. 36 Ley 1/96) en las que el Abogado de Oficio no cobra de la administración, sino del propio beneficiario de AJG (si obtiene una ganancia en el procedimiento o viene a "*mejor fortuna*") o de la parte contraria (si se le condena a pagar las costas del juicio).

Requisitos y procedimiento de pago al abogado de oficio

En primer lugar, la administración solo paga al Abogado de Oficio si hay reconocimiento de AJG (en su defecto, lo haría el solicitante).

El Abogado de Oficio tiene que justificar sus actuaciones en el Colegio de Abogados y éste ante un Consejo de la Abogacía Superior; el cual, a su vez, lo hace ante la Administración que controla lo justificado, actualmente con un alto grado de exigencia. Solo se paga lo que se acredita (demanda, contestación, escrito de defensa o de acusación, sentencia...), salvo guardias que se acreditan con el hecho de hacerlas.

Un problema importante que se produce en la práctica es que a veces se deniega AJG, la administración no paga y después el Abogado no puede cobrar del solicitante AJG.

Por otra parte, la **Administración** paga a los Colegios unos **gastos de infraestructura** (por personal, instalaciones...), en ocasiones por expediente (30 euro/expte. = aprox. 22.3 DIN) o por un % de la factura total de Turno de Oficio de ese Colegio (en torno 6'5%).

Control de Calidad

Recae, en primer y fundamental término, en los Colegios de Abogados.

Además de lo ya indicado sobre su competencia en la organización del servicio de Justicia Gratuita, la tienen también en la formación, inicial y continua de los profesionales que prestan el servicio en orden a garantizar la calidad de este; así como en la tramitación de cuantas incidencias o quejas puedan producirse en su desarrollo. Los Colegios tienen una Comisión deontológica o disciplinaria a tal efecto.

Puede recibir quejas: i) del beneficiario de AJG (el profesional no actúa, lo hace con retraso, no atiende correctamente..., la Ley AJG establece, p.ej., como infracción muy grave cobrar indebidamente honorarios y conlleva la expulsión del servicio); ii) del Juzgado o de la Policía (p.ej. no acude Abogado a asistencia a detenido, al juicio...); iii) incluso el propio Colegio puede intervenir directamente si tiene noticia de una actuación incorrecta.

Si el Abogado no asiste a la asistencia de un detenido, se avisa a otro abogado para no demorar la detención. Ello sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria en que aquél pueda incurrir.

No se analiza la calidad en sí de un escrito o actuación judicial, salvo que exista queja expresa de que sea especialmente deficiente, suponga un error claro, etc.

Recibida la queja se incoa un expediente contradictorio, con alegaciones y pruebas de las partes y se dicta la resolución que corresponda por el Colegio de Abogados, frente a la cual cabe recurso ante un órgano superior de la propia Abogacía, cuya resolución pone fin a la vía administrativa, quedando el control judicial para recursos frente a la misma.

En general las quejas son escasas cuantitativamente y en su mayoría de poca entidad.

Hay Colegios que realizan encuestas de calidad (si bien hubo propuestas de hacerlas con carácter general, de momento no han salido adelante); y también el CGAE hace periódicamente **macroencuestas** a profesionales y usuarios del servicio, con buena valoración general del servicio.

Renuncia del beneficiario AJG al profesional designado

La Ley 1/96 prevé la posibilidad de que el beneficiario AJG renuncie al profesional designado si existe una "*causa justificada*", abriéndose un expediente al respecto en el Colegio de Abogados, con trámite de alegaciones para el profesional, nombrándose otro distinto caso de estimarse justificado (art. 21 bis, introducido en reforma del año 2018, al trasponerse una directiva sobre la orden de investigación europea).

Renuncia del Profesional de la Abogacía

Por otro lado, también cabe la “*excusa*” del profesional que está prevista, en principio, solo en el orden penal y cuando exista un motivo “*personal y justo*”; ha de formularse en un plazo de 3 días desde que se recibe el asunto y la resuelve el Decano de Colegio.

No obstante, en la práctica, se viene admitiendo en otros órdenes jurisdiccionales distintos al penal, cuando puedan existir conflictos de intereses, esté en riesgo el secreto profesional o exista cualquier otra circunstancia que afecte a las normas deontológicas.

Insostenibilidad de la pretension

El profesional puede igualmente “*apartarse*” del asunto si, una vez analizado el caso, estima que la pretensión no tiene viabilidad (arts. 32 y ss Ley 1/96): tiene que ser una cuestión muy clara y normalmente no se admite respecto del demandado porque se entiende que han de garantizarse sus derechos durante el procedimiento, incluida la ejecución caso de ser condenado. Han de informar Colegio de Abogados y Fiscal y si ambos la confirman, se archiva la solicitud; si uno de ellos los desestima, se nombra un segundo abogado para debe llevar obligatoriamente el asunto.

También se puede plantear de cara a un eventual recurso (art. 35 Ley 1/96), ya que la pretensión puede ser inicialmente sostenible, pero no después del juicio.

No cabe alegar insostenibilidad de una defensa penal, ni para recursos del condenado.

En suma, éstos son algunos de los aspectos más destacables del sistema español de Asistencia Jurídica Gratuita, reconocido en derecho comparado por su amplio alcance y dimensión, así como por su nivel de eficacia a la hora de garantizar el acceso a la justicia y el derecho de defensa, en particular, de las personas que carecen de recursos económicos suficientes para hacer valer sus derechos ante los Tribunales.

DERECHO DE DEFENSA Y ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA EN ESPAÑA

María Sol Cuevas Gama
Abogada



Sumario

- I. DERECHO DE DEFENSA
- II. ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA
- III. FUNCIÓN DE LOS COLEGIOS DE ABOGADOS
- IV. LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS: MINISTERIO DE JUSTICIA Y COMUNIDADES AUTÓNOMAS
- V. CONCLUSIÓN
- VI. BIBLIOGRAFÍA

I. DERECHO DE DEFENSA

Diferentes instrumentos internacionales fijan unos estándares mínimos para reconocer los derechos básicos y las libertades fundamentales de todos los seres humanos, estableciendo así las obligaciones que deben cumplir los estados.

Entre ellos la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, enuncia unos principios básicos que reiteran numerosas convenciones, declaraciones y resoluciones internacionales. En los artículos 10 y 11 regula el derecho de defensa estableciendo que “toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”, para continuar indicando que “toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en un juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos regula en el artículo 14.3 el derecho de defensa de las personas acusadas de haber cometido un delito en los siguientes términos:

“Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

- a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella;*
- b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección;*
- c) A ser juzgado sin dilaciones indebidas;*
- d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o 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 careciere de medios suficientes para pagarlo;*

- e) *A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo;*
- f) *A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal;*
- g) *A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable.”*

En el Derecho europeo el Convenio Europeo de Derechos Humanos, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, fue el primer instrumento en concretar y otorgar fuerza vinculante a los derechos enunciados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

La necesidad de reconocer y proteger los derechos y libertades de toda persona, así como de prevenir y sancionar cualquier vulneración de estos, llevó a varios países de la Unión Europea a la firma del Convenio y a la creación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos encargado de supervisar el cumplimiento por parte de los Estados de sus obligaciones, permitiendo a los ciudadanos presentar sus demandas frente a un Estado cuando sus derechos y libertades no han sido respetados.

El artículo 6 del Convenio Europeo recoge el Derecho a un proceso equitativo, relacionando los derechos mínimos que debe reconocerse a todo acusado, entre los cuales se encuentra, según se dispone en el punto 2, apartado c) el derecho a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si carece de medios para pagarlo, a poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia así lo exijan.

España ratifica el Convenio Europeo en 1979 reconociendo a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades en ella definidos.

Con base en esta normativa internacional, deben ser los sistemas jurídicos internos de cada país, los que proporcionen la principal protección de los derechos humanos y aseguren la no vulneración de estos, estableciendo mecanismos para la prevención de sus violaciones y para garantizar su ejercicio efectivo.

El derecho de defensa viene así configurado en España, siguiendo los instrumentos internacionales, como un derecho fundamental, reconocido en el art. 24 de la Constitución Española que garantiza a todos los ciudadanos la tutela judicial efectiva y con ello el acceso a los tribunales en condiciones de igualdad.

A través de este derecho se garantiza que las partes de un proceso estén en condiciones de defender sus respectivas posiciones con idénticas armas, sin limitaciones ni restricciones que puedan generar indefensión y en cualquier orden jurisdiccional en el que necesiten litigar.

Ciertamente es en el orden jurisdiccional penal, en el que la defensa de las personas investigadas en los procedimientos judiciales alcanza su máximo exponente.

La Constitución Española impone un grado especial de protección cuando se trata de salvaguardar los derechos de quienes comparecen como acusados, estableciendo en su artículo 24 que:

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 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”.

Para el ejercicio de este derecho, cualquier persona investigada en un proceso penal podrá intervenir en las actuaciones, desde que se le comunique su existencia, haya sido objeto de detención o de cualquier otra medida cautelar o se haya acordado su procesamiento, a cuyo efecto se le instruirá, sin demora injustificada, de manera accesible y en lenguaje comprensible, de los derechos que le asisten, entre los cuales están:

- A ser informado de los hechos que se le atribuyan, así como de cualquier cambio relevante en el objeto de la investigación y de los hechos investigados. Esta información será facilitada con el grado de detalle suficiente para permitir el ejercicio efectivo del derecho de defensa.
- A examinar las actuaciones con la debida antelación y en todo caso, con anterioridad a la toma de declaración.
- A actuar en el proceso penal para ejercer su defensa de acuerdo con lo dispuesto en la ley.
- A designar libremente abogado
- A solicitar Asistencia Jurídica Gratuita, procedimiento para hacerlo y condiciones para obtenerla.
- A la traducción e interpretación gratuitas
- A guardar silencio y a no prestar declaración si no desea hacerlo, a no contestar a alguna o algunas de las preguntas que se le formulen.
- A no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable.

Configurado como un derecho fundamental de los ciudadanos, salvaguardar el mismo es una labor en la que deben cooperar los principales operadores del proceso penal (jueces, fiscales, abogados, fuerzas de orden público), pero que sin duda protagonizan los abogados.

El investigado en un proceso penal tiene derecho a elegir y designar libremente al abogado por el que quiera ser defendido, y de no hacerlo se le designará por Turno de Oficio.

La intervención del abogado se exige desde el mismo momento de la detención y su presencia es obligada durante todo el procedimiento judicial, imponiéndose que la asistencia letrada sea real y efectiva, por lo que debe permitirse que desde el primer momento pueda hablar en privado con su cliente, con garantía del secreto de estas comunicaciones, en las que no debe haber interferencia ni limitación alguna, ni en número, ni en duración.

Tiene por finalidad, 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 su respectiva posición procesal o limitaciones en la defensa que puedan generar a alguna de ellas la indefensión prohibida por la Constitución Española.

Las exigencias en este ámbito no varían siquiera cuando la intervención letrada es facultativa puesto que, aun no siendo preceptiva, constituye un derecho para el ciudadano/a decidiendo con libertad si servirse o no de un experto en derecho para defender sus intereses.

Para su realización efectiva los órganos judiciales deben poner un especial cuidado en la aplicación de las normas sobre gratuidad de la justicia, evitando situaciones de indefensión y acordando la suspensión de los trámites del procedimiento y el nombramiento de abogado a fin de prevenir la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

La carencia de recursos económicos para afrontar los costes de un procedimiento judicial no puede suponer un obstáculo ni una limitación al derecho de defensa. Para evitar que esta circunstancia pueda producir indefensión el artículo 119 de la Constitución Española establece que: *“La justicia será gratuita cuando así lo disponga la ley y, en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar”*.

II. ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA

La garantía de este derecho fundamental a quienes carecen de recursos económicos para afrontar el coste que conlleva la designación de abogado, y en general del proceso judicial, se materializa a través de la institución de la Asistencia Jurídica Gratuita.

Esta institución se configura como un derecho prestacional, obligatorio para las administraciones públicas y desarrollado en una Ley ordinaria (Ley 1/96 de 10 de enero de Asistencia Jurídica Gratuita) que tiene por objeto determinar el contenido y alcance del derecho al que se refiere el artículo 119 de la Constitución Española y regular el procedimiento para su reconocimiento y efectividad.

Las disposiciones de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita se aplican a todo tipo de procesos judiciales, incluidos los recursos de amparo constitucional, así como el asesoramiento previo al proceso.

Esta norma viene a establecer:

- El ámbito personal de aplicación: a qué ciudadanos aplica y con qué cobertura en función del procedimiento judicial.
- Requisitos que deben cumplirse: con carácter general se exigen requisitos económicos, aunque también se valoran las propiedades y otros signos externos.
- Contenido del derecho: recoge las prestaciones a las que el solicitante va a tener derecho dentro del procedimiento judicial. El interesado decide cuales de ellas quiere, teniendo la posibilidad de renunciar a alguna de ellas.
- Extensión del derecho: a todo el procedimiento judicial, incluidas posteriores instancias.
- Competencia para la tramitación y resolución de las solicitudes de Asistencia Jurídica Gratuita.
- Requisitos de la solicitud y tramitación de los expedientes.
- Organización de los servicios de asistencia y defensa letrada.
- Distribución por turnos.
- Designación de abogado de Turno de Oficio.
- Obligaciones de los abogados.
- Tramitación de quejas y denuncias de los ciudadanos.
- Régimen disciplinario de los abogados.
- Indemnización a los profesionales de Turno de Oficio.
- Gestión de la subvención pública.

Siempre que un ciudadano deba acudir a un procedimiento judicial para defender sus derechos e intereses, con independencia de la materia jurídica de que se trate tiene la posibilidad de solicitar el derecho a la Asistencia Jurídica Gratuita, y con ello la designación de un abogado por Turno de Oficio.

Si bien es cierto que el mayor número de procedimientos para los que se solicita este derecho están dentro de la jurisdicción penal, esto no significa que el derecho de defensa se limite a estas únicas situaciones, su protección abarca toda situación de controversia jurídica en la que pueda verse una persona y sea cual sea su posición en el proceso.

Centrándonos en la jurisdicción penal, una de las prestaciones básicas prevista en la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, es la asistencia a las personas detenidas o presas, desde el mismo momento de la detención y la defensa en los procedimientos judiciales cuando sea preceptiva la intervención de abogado, o cuando no siéndolo deba garantizarse la igualdad de las partes en el procedimiento y sea solicitada motivadamente por el Juzgado.

Esta defensa es función exclusiva de la abogacía. Es por ello por lo que la Ley delega en los Colegios de Abogados la gestión del servicio público de Asistencia Jurídica Gratuita y son los abogados quienes dan efectividad al derecho de defensa.

III. FUNCIÓN DE LOS COLEGIOS DE ABOGADOS

Los Colegios son quienes tramitan las solicitudes de Asistencia Jurídica Gratuita, se encargan de completar los expedientes, verifican el cumplimiento de los requisitos exigidos en la Ley y emiten una resolución provisional, con designación de abogado de Turno de Oficio, si procede.

Asimismo, se encargan de organizar el Turno de Oficio, servicio a través del cual se gestiona la designación de los abogados que se harán cargo de la defensa de los ciudadanos que no lo designen por sí mismos.

Los Colegios de abogados vienen obligados, por mandato legal a garantizar los siguientes servicios:

1. **Constituir turnos de guardia permanente para la asistencia letrada a detenidos y víctimas**

Se trata de un servicio de 24 horas, 365 días al año desde el cual los abogados atienden a todas las personas que se encuentran detenidas y no han designado abogado libremente. Asimismo, atienden a las víctimas de violencia de género desde el momento en que lo solicitan.

Los abogados que forman parte de este servicio son incluidos en el listado correspondiente, por orden de incorporación y tienen señalada guardia de 24 horas cuando por turno les corresponde, con la obligación de estar disponibles y localizables para acudir en un plazo máximo de tres horas al centro de detención que se indique desde el Colegio.

Esta actuación de los abogados debe garantizar los siguientes derechos:

1. Que se informe al detenido de los derechos que le asisten, velando porque comprenda el alcance de estos y sus consecuencias y solicitar, si procede el reconocimiento médico del detenido.
2. Intervenir en las diligencias de declaración del detenido, ampliando o aclarando los extremos que considere necesarios.
3. Entrevistarse reservadamente con el detenido, incluso antes de que se le reciba declaración.
4. El abogado debe analizar si la detención se ha realizado de forma correcta, conforme a los requisitos legales y que se cumplen los plazos máximos de detención.
5. Es importante señalar que el detenido solo puede renunciar a la asistencia de abogado si el motivo de la misma deriva de hechos tipificados como delito contra la seguridad en el tráfico.

2. **Organizar los servicios de asesoramiento previo al proceso judicial. (Servicios de Orientación Jurídica)**

Son puntos de atención al ciudadano que prestan abogados en ejercicio para orientar y asesorar jurídicamente a los ciudadanos sobre cuantas cuestiones precisen en relación con la defensa de sus derechos e intereses.

Asegurar el acceso a la justicia exige que el ciudadano sepa que tiene determinados derechos que puede ejercitar, que podemos concretar en los siguientes:

- Derecho a obtener información legal de tipo genérico.
- Derecho a consejo legal para un caso concreto.
- Asistencia técnica para iniciar una acción u oponerse a una iniciada contra él.
- Información sobre la posibilidad de acudir a la mediación u otros medios extrajudiciales de solución de conflictos.
- Información sobre su derecho a la Asistencia Jurídica Gratuita, el contenido de la misma, así como los documentos que debe aportar y donde conseguirlos.
- Ayuda en la cumplimentación de los impresos de Asistencia Jurídica Gratuita.

3. **Tramitar los expedientes de Asistencia Jurídica Gratuita**

- El procedimiento para el reconocimiento del derecho a la Asistencia Jurídica Gratuita se inicia mediante la cumplimentación de los impresos aprobados en la normativa reglamentaria y su presentación en el Colegio de Abogados competente.
- El Colegio que recibe la solicitud, debe comprobar si está debidamente cumplimentada y firmada, constando los datos personales del interesado, los datos económicos que alega y los datos sobre la defensa judicial que pretende.
- A la solicitud deben adjuntarse los documentos que acrediten las circunstancias personales y económicas alegadas, así como aquella referida al procedimiento judicial que pretende y para el cual formula la solicitud.
- El Colegio de abogados debe registrar la solicitud, revisar que cumple todos los requisitos y de observarse deficiencias requerir al interesado para que en el plazo de diez días proceda a su subsanación.
- Finalizada la tramitación del expediente de Asistencia Jurídica Gratuita, el Colegio de Abogados resuelve provisionalmente la misma, designando si procede abogado de Turno de Oficio para la defensa del solicitante.

4. **Organizar y gestionar a los profesionales que forman parte del Turno de Oficio**

La Ley de Asistencia Jurídica Gratuita establece de forma expresa que el servicio de Asistencia Jurídica Gratuita es obligatorio y el Pleno del Tribunal Constitucional avaló la constitucionalidad de este precepto, indicando que trae causa de la necesidad de asegurar el derecho reconocido en el artículo 119 de la Constitución Española.

En consecuencia, todos los Colegios deben garantizar la prestación del servicio en los términos establecidos en la Ley, y aunque todas ellas tienen establecido, con carácter general, que es voluntaria la adscripción de los abogados, se viene a indicar por algunas de las Corporaciones que reconocen de forma expresa que la incorporación de los letrados solo es voluntaria, mientras exista suficiente número para cubrir la prestación del servicio.

Esta norma dispone igualmente que los Colegios profesionales establecerán sistemas de distribución objetiva y equitativa de los distintos turnos y medios para la designación de los profesionales de oficio, lo que obliga a los Colegios de Abogados a establecer listados de abogados y seguir un riguroso orden en la distribución de los asuntos, de forma que, salvo excepciones que han de estar debidamente reguladas, todos los abogados tengan los mismos asuntos, siempre que sea posible.

La organización de los Colegios Profesionales para la prestación de estos servicios variará en función de los siguientes factores:

- Número de ciudadanos que demanda la prestación
- Nivel de litigiosidad
- Número de abogados adscritos al servicio
- Fondos públicos que se ponen a su disposición

Para la incorporación al Turno de Oficio, los abogados han de cumplir los requisitos generales mínimos establecidos en la normativa legal, así como los específicos exigidos por cada Colegio de Abogados en su normativa interna.

Los requisitos generales mínimos vienen establecidos en el Reglamento que desarrolla la Ley 1/96 de 10 de enero de Asistencia Jurídica Gratuita, artículo 32 y son de obligado cumplimiento para todos los Colegios de Abogados.

- Tres años de antigüedad en el ejercicio de la profesión
- Haber superado los cursos o pruebas de acceso a los servicios
- Tener despacho profesional en el ámbito de competencia del Colegio de Abogados donde vayan a prestar el servicio.

Determinados servicios cuya defensa requiere especialidad como la defensa a menores, a víctimas de violencia de género, a víctimas de trata de seres humanos, etc., y para la defensa de determinados procedimientos penales que conlleven pena grave, exigen a los abogados realizar una formación específica y acreditar antigüedad adicional en el ejercicio de la profesión. También se les exige mayor antigüedad y formación adicional para actuar ante el Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo y la Audiencia Nacional.

Leyes como la de Protección Integral a la Violencia de Género o la reguladora de la responsabilidad penal de los menores establecen la obligación de que los profesionales de la abogacía que vayan a ostentar la defensa ante los Tribunales competentes para conocer de estos procedimientos estén debidamente formados.

En términos generales y, siempre que haya suficiente número de abogados para la prestación del servicio de Asistencia Jurídica Gratuita, los Colegios de Abogados no incluyen a todos sus colegiados en el Turno de Oficio de forma automática, si no que permiten que sea voluntaria la inscripción. Por tanto, el abogado debe formular solicitud expresa de alta en el Turno de Oficio, acompañando la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos. Verificado por el Colegio de Abogados, si es conforme se procede a su inclusión en el servicio por orden de incorporación.

Los Colegios elaboran distintos listados en función de la materia, turnos especiales, orden jurisdiccional, y territorios de actuación, en su caso, siguiendo así la distribución de los asuntos atendiendo bien al orden alfabético, bien al orden de incorporación de los letrados a cada lista.

No se contempla en la Ley la libre elección de abogado por parte del beneficiario del derecho a la Asistencia Jurídica Gratuita, aunque puede renunciar a esta prestación y designar para su defensa el abogado que desee, cuyo concreto coste no le será resarcido por la administración.

El abogado de turno oficio es un **profesional del derecho** a quien le es encomendada, en **virtud de un mandato legal**, la **defensa** ante los órganos judiciales de aquellos que carecen de recursos para litigar. En el ejercicio de su labor le asiste la libertad e independencia de criterio, que puede definirse como el derecho a decidir y ejercer con total libertad, sin ningún tipo de injerencia, las decisiones técnicas que afecten a la defensa del asunto que le es asignado, sin otros límites que los previstos en la Ley y en las normas deontológicas.

Los abogados que forman parte del Turno de Oficio no constituyen un colectivo con una categoría ajena a la condición de abogado, por ello, le serán de aplicación en toda su extensión las **normas deontológicas** y las **reglas éticas** que gobiernan el ejercicio de la profesión.

Los supuestos más frecuentes en los que se produce la revisión técnica de la actuación letrada vienen constituidos por:

- Incumplimiento de los plazos procesales. Las actuaciones procesales han de realizarse dentro del plazo establecido para cada una de ellas. Cuando no se realiza por las partes el acto en el plazo fijado para ello, la inobservancia da lugar a la preclusión del trámite sin la posibilidad de realizarlo con posterioridad. La parte perjudicada por ello puede exigir la responsabilidad que proceda.
- Error jurídico palmario y manifiesto. Ignorancia o falta de conocimiento por parte del profesional de la normativa aplicable al caso concreto.
- Pasividad del profesional que deriva en la caducidad o prescripción de las acciones pretendidas. Deriva de la no atención puntual al encargo realizado. El abogado que hace dejación de sus funciones y da lugar a que el interesado pueda ver extinguido su derecho por su inacción.

Se rigen por tanto por las mismas reglas establecidas con carácter general para el desempeño de dichas profesiones, pero a estas obligaciones habrán de añadirse las previsiones contenidas en la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita y en las normas reguladoras de Turno de Oficio de cada colegio profesional.

La primera limitación afectará a la libertad del abogado para aceptar o rechazar la dirección del asunto o renunciar al mismo. El mandato de Turno de Oficio que recibe el letrado le obliga al ejercicio efectivo de la acción encomendada y viene obligado a ejercer su función de asistencia y representación de forma real y efectiva hasta la terminación del proceso.

El abogado viene obligado a asumir la defensa del interesado en el procedimiento para el cual ha sido asignado, en la primera instancia y en los sucesivos recursos, trámites e incidentes que se vayan produciendo, y en la fase de ejecución de la Sentencia, sin que en ningún caso pueda dejar la misma con peligro de indefensión para el ciudadano. Ello significa que, si por algún motivo el abogado no puede continuar la defensa en cualquier trámite del procedimiento, en el recurso contra la Sentencia, o en su ejecución, debe comunicarlo al Colegio de Abogados y, en todo caso al Tribunal que conozca del procedimiento, solicitando la suspensión de los plazos que pudieran existir hasta que se admita su sustitución.

Para excusarse de la defensa deberán alegar un motivo personal y justo, que deberá ser apreciado por el Decano del Colegio y solo cuando esta excusa fuera aceptada, cesará el mandato encomendado.

Por otro lado, también al ciudadano se le permite solicitar la sustitución del abogado que le correspondió por Turno de Oficio. Ha de formular la petición por escrito y justificarla debidamente ante el Colegio de Abogados, que la estudiará, tramitará el oportuno expediente y resolverá la cuestión planteada por escrito.

En virtud del mandato legal que venimos exponiendo, los Colegios de Abogados deben dar trámite a cuantas quejas o denuncias formulen los usuarios del servicio, con independencia de la resolución que proceda adoptar. Los abogados están sujetos en el ejercicio de sus funciones a la responsabilidad civil, penal y/o disciplinaria que pudiera derivarse de una actuación profesional negligente.

Los abogados por sus actuaciones profesionales en Turno de Oficio, en defensa de las personas beneficiarias de la Asistencia Jurídica Gratuita perciben de la administración pública la indemnización que viene establecida en la normativa reglamentaria, que prevé una cantidad en función del procedimiento judicial en el que el profesional ha trabajado.

La actuación del abogado se devenga una vez es comprobada por el Colegio de Abogados, que contabiliza y certifica las cantidades resultantes de la justificación documental aportada, presentado la liquidación mensualmente a la Administración Pública encargada del pago. La documentación presentada por los abogados debe ser archivada por los Colegios y a disposición de la Administración Pública para la comprobación oportuna.

IV. LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS: MINISTERIO DE JUSTICIA Y COMUNIDADES AUTÓNOMAS

Aunque los Colegios de Abogados tienen un papel fundamental y obligatorio en el sistema de Asistencia Jurídica Gratuita, al ser quien gestiona, organiza y resuelve provisionalmente los expedientes y realiza las designaciones de los abogados de Turno de Oficio, es a las administraciones públicas a quienes corresponde resolver sobre el reconocimiento del derecho, supervisar la labor de los Colegios, y subvencionar el servicio aportando los fondos necesarios para dar cobertura a las actuaciones letradas y al coste que la gestión supone para los Colegios.

Igualmente pueden establecer los parámetros para la gestión del servicio de asistencia letrada a detenidos y víctimas, estableciendo número de abogados de guardia, número de asistencias a realizar por cada uno de ellos, sistemas de guardias en función de las características de casa Colegio y su territorio (guardias diarias, semanales) etc.

Las Comisiones de Asistencia Jurídica Gratuita, son los órganos administrativos encargados de resolver los expedientes de Asistencia Jurídica Gratuita que provisionalmente califican los Colegios, mediante resolución motivada que reconozca o deniegue el derecho. Dependen del Ministerio de Justicia o de las Comunidades Autónomas, aunque uno de los miembros que forma parte de esta es el Decano del Colegio de Abogados.

Además de dictar las resoluciones que reconocen o deniegan el derecho, las Comisiones han de verificar la exactitud y realidad de los datos aportados al expediente, siendo además los órganos encargados de mantener comunicación directa con los Colegios Profesionales, que deben darle traslado periódicamente del listado de abogados que forman parte del Turno de Oficio, así como del resultado de la gestión de los servicios mediante estadísticas periódicas.

Verifica la gestión de los Colegios y canaliza las quejas o denuncias formuladas como consecuencia de las actuaciones relacionadas con los servicios de Asistencia Jurídica Gratuita.

La administración pública aprueba anualmente dentro de su presupuesto una cantidad destinada al pago de los servicios de Asistencia Jurídica Gratuita, para periódicamente realizar las liquidaciones oportunas por el trabajo acreditado por los abogados, tanto en las actuaciones realizadas por Turno de Oficio, como para los servicios de guardia. Estas liquidaciones se realizan a través de los Colegios de Abogados, que son quienes finalmente pagan a los profesionales.

El coste que genera la gestión de la Asistencia Jurídica Gratuita a los Colegios de la Abogacía es financiado por la administración pública, con una cantidad fija por expediente de Asistencia Jurídica Gratuita tramitado.

V. CONCLUSIÓN

El derecho fundamental a la defensa, vinculado al también derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, exige una regulación clara y sin fisuras por parte de los Estados para su reconocimiento y protección, garantizando las condiciones objetivas para que puedan hacerse efectivos en condiciones de igualdad por todos los ciudadanos.

Los Tribunales y resto de operadores jurídicos han de asumir el compromiso de velar por que se respeten estos derechos a todos los ciudadanos, facilitando información y asegurando la presencia de un abogado desde el inicio del procedimiento judicial e incluso desde la detención.

La Asistencia Jurídica Gratuita es un derecho inherente al sistema constitucional de justicia, y debe configurarse como una prestación pública, a través de la cual los ciudadanos que acrediten insuficiencia de recursos económicos puedan intervenir de forma gratuita en los procesos judiciales y obtener orientación jurídica previa a los mismos, adecuada siempre a la realidad social a la que debe atender.

La organización competente para la gestión del servicio de Asistencia Jurídica Gratuita viene obligada a efectuar los controles de calidad necesarios para una buena y correcta prestación del servicio.

De todos los textos internacionales y europeos se infiere la conexión intrínseca entre el derecho a la defensa y la defensa letrada, lo que hace que los profesionales de la abogacía estén estrechamente unidos al derecho de defensa.

Los abogados ejercen el derecho-deber de defensa a fin de hacer realidad la tutela judicial efectiva y los demás derechos de los ciudadanos, de forma que en ninguna situación se vean comprometidos. El Estado, a través de la Administración de Justicia y de todos sus miembros debe reconocer y respetar la dignidad del abogado y el ejercicio libre e independiente de su función.

Es imprescindible, asimismo, garantizar la estricta observancia por el abogado, dentro de su libertad e independencia, de las normas deontológicas, a través de instituciones como los Colegios de Abogados que deben ejercer el control de su actuación, dentro del proceso, frente al cliente, a las demás partes, a los otros abogados y profesionales y al órgano jurisdiccional.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- *“Crisis del derecho de defensa”*. Luis Martí Mingarro. 2010
- *“Proceso Justo en España y Tribunal Europeo de Derechos Humanos”* Ricardo Juan-Sánchez. 2020