

LA ABOGACÍA INSTITUCIONAL Y LA TUTELA DEL DERECHO DE DEFENSA

Manuel Camas Jimena

Abogado
Decano del Colegio de Abogados de Málaga

Sumario: 1. Introducción. 2. La tutela del derecho de defensa: A. Insuficiencias de la protección procesal del derecho. B. La falta de imparcialidad del juez. C. Otros defectos. 3. El derecho del abogado a defender: A. Los derechos de libertad: a) Generalidades. b) Especial consideración de la libertad de expresión. B. El secreto profesional: a) Regulación legal: derecho/deber. b) Excepciones. 4. Derecho de defensa y tutela judicial efectiva.

1. INTRODUCCIÓN

Es oportuna la reflexión que abre la *Revisita Teoría y Derecho* sobre las vulneraciones del derecho de defensa desde el punto de vista de su protección.

Una de las medidas más significativas de la salud de un sistema democrático es justamente la sensibilidad con la que se trata y cuida el derecho de defensa de sus ciudadanos frente al poder del Estado.

Se me invita a participar en este debate y se me pide aporte la visión de las instituciones de la abogacía y más concretamente, una reflexión sobre el papel de los Colegios de Abogados ante posibles ataques.

Desde ese punto de vista y desde cualquier otro, en los últimos meses en España son numerosas las incidencias que pueden observarse respecto del derecho fundamental de defensa. Escuchas telefónicas a letrados en conversación con sus clientes, escuchas en la comunicación

entre abogado y clientes ingresados en prisión, detenciones innecesariamente espectaculares, imputación de letrados a los que se conmina a violentar el secreto profesional, registros de despachos de abogados, incautación de los discos duros de los ordenadores y de expedientes de los despachos, son algunas de las cuestiones más llamativas con las que nos enfrentamos.

Sin la oportunidad de defensa no es posible la justicia, en ninguno de sus ámbitos; sin una defensa efectiva no es posible la justicia desde luego en el ámbito del proceso penal.

El derecho a la defensa es el antídoto de la tacha más grave que puede enervar la efectividad de la tutela judicial hasta hacerla desaparecer, la indefensión, y a su vez actúa como cabecera o capitular de otros derechos que le siguen en el mismo texto constitucional. (S.T.C. 34/96, de 11 de marzo, FJ 2).

Efectivamente son muchos los derechos que realmente configuran la complejidad que en su conjunto constituye el de defensa, los

que permiten que esta sea real y efectiva, los que evitan la indefensión.

El derecho constitucional de defensa es un derecho fundamental, objeto por ello de la especial protección del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (art. 53.2 CE) y debe ser respetado y promovido por todos los poderes públicos (art. 9.3 CE).

El derecho fundamental de defensa (art. 24.2 CE) se integra formando un conjunto con otros derechos, la asistencia de abogado, el derecho al juez imparcial, independiente, predeterminado por la ley, un juicio público, la presunción de inocencia, derecho a ser informado de la acusación, el derecho al silencio, a disponer de tiempo para preparar la defensa, derecho a proponer y practicar pruebas, el ejercicio de la defensa libremente y de manera efectiva, y desde luego el derecho a la libertad y el habeas corpus.

Sin embargo, la propia naturaleza de estos derechos hace que sean los órganos judiciales, los que deben hacerlos valer y defenderlos, precisamente los que los vulneran, los que con sus actos los lesionan.

Nuestro ordenamiento jurídico no ha sabido atajar este problema pese a que no deja de ser evidente.

2. LA TUTELA DEL DERECHO DE DEFENSA

Hemos definido sistemas de protección frente a los ataques a los derechos fundamentales por parte de los poderes públicos, (Ley 62/1978 de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, sustituida posteriormente por las propias redacciones de las leyes de enjuiciamiento), pero quedan expresamente excluidos los ataques que proceden del poder judicial, precisamente el que normalmente puede vulnerar el derecho fundamental de defensa.

A. INSUFICIENCIAS DE LA PROTECCIÓN PROCESAL DEL DERECHO

Invocar el recurso de amparo como vía de protección del derecho de defensa no resulta satisfactorio; la protección que proporciona el recurso ante el Tribunal Constitucional es excesivamente posterior, al exigir la conclusión del proceso con todos sus recursos.

No resulta suficiente la vía igualmente lenta de los recursos ordinarios. La LOPJ en su art. 5.4 contempla la infracción de precepto constitucional como motivo de casación de las sentencias; pero el modelo de recursos, devolutivos o no, idénticos ya se interpongan para resolver cuestiones de trascendencia constitucional que cuestiones de mera infracción rituaría, no puede ser una vía útil de protección, menos aún si el recurso lo resuelve en primera instancia el propio órgano jurisdiccional que dictó la resolución que violenta el derecho fundamental.

Carecemos de un procedimiento rápido, preferente y sumario, que restablezca de manera inmediata el derecho de defensa cuando se ve vulnerado. No debemos perder de vista que el derecho de defensa, una vez vulnerado, no siempre es posible restablecerlo, no siempre la estimación de un recurso permite que la defensa no quede perjudicada de manera decisiva.

B. LA FALTA DE IMPARCIALIDAD DEL JUEZ

La cuestión se agrava de manera notable en nuestro ordenamiento por el sistema que aún mantenemos de instrucción penal.

Somos el único país de la Europa con la que nos comparamos en el que la instrucción continúa en manos de jueces y magistrados. Pero la discusión, planteada siempre en términos de si debe ser el juez o el fiscal quien instruya, no es la esencial; lo trascendente es separar el ámbito de las decisiones entre el que investiga e instruye y el que protege de los derechos fundamentales. La denominación de juez o fiscal

es intrascendente, la figura del juez o del fiscal que resultarán de la reforma de la instrucción, de la separación de esas funciones, poco tiene que ver con la que hoy representan.

Ya separamos hace décadas, las funciones del juez instructor de las de quien celebra el juicio y dicta sentencia, pero no hemos sido capaces aún de resolver la contradicción evidente de constituir al juez instructor en juez de garantías.

Difícilmente puede salvarse la esquizofrenia de que el mismo que dirige la actividad de investigación de un delito, a fin de recabar las pruebas necesarias para poder celebrar en su caso un juicio, sea el mismo que tiene en sus manos las decisiones sobre medidas limitativas de la libertad, cautelares, secreto, medidas invasivas de la intimidad, del domicilio, etc.

Vemos con frecuencia déficits de garantías que se producen como consecuencia de detenciones, innecesariamente espectaculares, de la extensión del secreto, de la tardanza de la instrucción, etc.; ese tipo de actuaciones hoy carecen de control real y efectivo, puesto que las acuerda quien está interesado activamente en la investigación y la instrucción, que es además quien resuelve prima facie los recursos sobre las mismas, y no es suficiente el control posterior y en segunda instancia por las Audiencias Provinciales, respecto de medidas ya acordadas y ejecutadas, muchas veces adoptadas en procedimientos declarados secretos que no llegan a conocer al resolver esas apelaciones, siempre trascurrido unos tiempos que, por rápida que resulte la tramitación, son excesivos.

En definitiva, la falta de separación de las funciones del que realiza una actividad encaminada a sustentar la acusación, con la actividad que debe decidir acerca del respeto de los derechos fundamentales de los ciudadanos, con la que debe desarrollarse en defensa de nuestras garantías, afecta de manera evidente a que no pueda en muchos casos solucionarse de forma breve y razonable las lesiones del derecho fundamental de defensa.

Hoy el proceso penal en España, más allá del voluntarismo, no proporciona las garantías

que nuestra Constitución establece, y resulta a estas alturas insoportable.

C. OTROS DEFECTOS

Los procesos que acaparan la atención de los medios de comunicación por la notoriedad de las personas imputadas, por la relevancia política de los hechos o por tratarse de macroprocesos, en el sentido de ser muy numerosos los implicados, ponen a diario de relieve las deficiencias de nuestro sistema para hacer valer el derecho fundamental de defensa.

Las detenciones espectaculares, la imagen de personas esposadas, de registros de oficinas y despachos con furgones policiales impidiendo el paso por las calles, los medios de comunicación apostados prácticamente antes de que lleguen las fuerzas y cuerpos de seguridad, la toma de ayuntamientos cerrándolos al público, la conducción de detenidos esposados a la vista de los medios, son imágenes de un sistema defectuoso y que vulnera dramáticamente derechos fundamentales de los ciudadanos, estén o no inmersos en procedimientos penales, sean o no finalmente condenados.

Son las imágenes de un sistema que ha perdido la sensibilidad respecto de la defensa y por ello un sistema de débil salud democrática.

Los juicios paralelos que se facilitan por inacción, y a veces se propician, por parte de la acusación o acusaciones, por la instrucción, por las fuerzas y cuerpos de seguridad, etc.; las filtraciones interesadas de partes de los autos, o el secreto de actuaciones, ridículamente extendido a veces durante meses o años, daña profundamente la idea natural que cualquier ciudadano, o cualquier profesional, puede hacerse de la justicia.

La pérdida de documentación o simplemente su desorganización, como ha ocurrido, redundará en una mala imagen de nuestros juzgados, nuestros procedimientos y su seriedad.

Como decíamos, frente a todos estos ataques el procedimiento penal español no tiene una verdadera respuesta, normalmente es el propio órgano judicial que vulnera el derecho

el que debe decidir que con ello ha infringido el derecho de defensa de aquel al que investiga. El control de las Audiencias Provinciales es tardío y poco beligerante en el respeto de esos derechos, el del Tribunal Supremo y el del Tribunal Constitucional solamente se produce realmente con los procedimientos concluidos y por lo tanto con años de retraso.

Por lo tanto falla en nuestro ordenamiento la primera defensa del derecho de defensa, que debe ser sumaria y preferente, y que no puede corresponder más que a los propios juzgados y tribunales, aunque no al mismo que lesionara el derecho.

El debate da pues para mucho, puede enfocarse desde puntos de vista absolutamente diversos.

3. EL DERECHO DEL ABOGADO A DEFENDER

Estas líneas se limitan a analizar qué aspectos del derecho de defensa tienen que ver directamente con la actuación de los abogados, porque su intervención es piedra angular de una defensa real y efectiva, y cómo los colegios de abogados pueden contribuir a la protección de las funciones de los letrados en el ejercicio de la defensa.

Huiremos del debate de la autodefensa, que se aleja de la cuestión que analizamos; aunque los textos internacionales la contemplan como una opción, es lo cierto que una defensa real y efectiva exige el conocimiento del derecho sustancial y formal. La autodefensa pone en peligro que exista un juicio justo y aun en aquellos sistemas que permiten la autodefensa, se arbitran soluciones que impidan que ello suponga una falta de defensa efectiva, nombrando letrados que suplan a propio acusado ante sus deficiencias, *amicus curie* o abogados sustitutos, en definitiva propiciando por esa vía una tutela paternalista del propio tribunal, del que juzga.

Para que la intervención del abogado sea válida, para que el letrado pueda verdaderamente

defender, han de darse una serie de requisitos esenciales.

Daremos por supuesto su capacidad técnica, su preparación, en definitiva el conocimiento del oficio, y la libertad en su elección o un sistema de designación adecuado. Supuestos todos esos requisitos que son imprescindibles, pero que no son los normalmente afectados por el debate que mantenemos, las condiciones esenciales que han de darse para que el abogado pueda cumplir con su papel de defensor son que pueda ejercer sus funciones con independencia, libertad y pueda comunicarse y mantener con su cliente y los letrados de las otras partes una relación bajo secreto profesional.

Expresamente se reconocen en la Ley Orgánica del Poder Judicial la necesidad de estos requisitos para la actuación de los abogados.

A. LOS DERECHOS DE LIBERTAD

a) Generalidades

El art. 542 afirma que en su actuación ante los juzgados y tribunales, los abogados son libres e independientes, refiere esos derechos específicamente a su libertad de expresión y defensa, y declara que juzgados y tribunales deben ampararlos en esa libertad. En ese mismo artículo, se declara el deber de los abogados de 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.

La independencia del abogado supone que no está subordinado a ningún poder que condicione sus actuaciones. El abogado no puede recibir instrucciones de nadie, ni de su colegio, ni de los tribunales, ni de los clientes, ni tampoco puede estar condicionado por sus propios intereses en la defensa de los de su cliente.

Quizás en el complejo mundo del ejercicio actual de la abogacía, organizada en despachos que tienden a adquirir mayor tamaño, el problema de la independencia pueda producirse

más por la vía de los conflictos de interés que por ningún otro.

Sin embargo debemos entretenernos en un aspecto de esa independencia fácilmente vulnerable. La no subordinación, tampoco a los tribunales, puede verse afectada por lo que llamamos policía de estrados o por las facultades de dirección del proceso que se atribuyen al juez.

Es importante que en uno y otro sentido el papel del que juzga se limite a sus estrictos términos y que no alcance a mediatizar la independencia de la defensa.

La policía de estrados debe estar limitada a los comportamientos en sede procesal; desde hace siglos el derecho continental ha separado esa facultad disciplinaria del juez, que es jerárquica y vertical respecto del abogado, y que exclusivamente puede ejercerse respecto de su conducta en estrados; el resto del control disciplinario sobre el ejercicio profesional corresponde a los colegios profesionales que deben protegerlo celosamente como garantía de la independencia en el ejercicio profesional.

Junto a la independencia mencionábamos la libertad como requisito igualmente esencial para que el abogado pueda realizar el acto de defender

La libertad del abogado la refiere la propia LOPJ a la libertad de expresión y la libertad de defensa. Respecto a la libertad de defensa tenemos que entender la capacidad de autodeterminación del letrado respecto de su interpretaciones, argumentos, decisiones estratégicas, en general en la toma de decisiones con plena autonomía.

Pero un aspecto concreto de esa libertad, como expresamente hemos mencionado es el de la libertad de expresión. El abogado, aplica la técnica y ciencias jurídicas, y finalmente lo hace exponiendo oralmente o por escrito, sus argumentos ante juzgados y tribunales.

Conviene por ello analizar la trascendencia de la libertad de expresión, porque limitarla puede suponer la vulneración del derecho de defensa del cliente.

b) Especial consideración de la libertad de expresión

El Tribunal Constitucional mantiene una asentada y constante doctrina respecto del derecho a la libertad de expresión de los abogados en estrados, muy bien explicada en la sentencia 65/2004, de 19 de abril, cuyo ponente fue Tomás Vives Antón.

En nuestra jurisprudencia se parte de que el ejercicio de la libertad de expresión en el seno del proceso judicial por los Letrados de las partes, en el desempeño de sus funciones de asistencia técnica, posee una singular cualificación, al estar ligado estrechamente a la efectividad de los derechos de defensa del art. 24 CE. Consiste en una libertad de expresión reforzada cuya específica relevancia constitucional deviene de su inmediata conexión con la efectividad de otro derecho fundamental, el derecho a la defensa de la parte (art. 24.2 CE), y al adecuado funcionamiento de los órganos jurisdiccionales en el cumplimiento del propio y fundamental papel que la Constitución les atribuye (art. 117 CE). Por tales razones se trata de una manifestación especialmente inmune a las restricciones que en otro contexto habrían de operar.

Desde esta comprensión constitucional deben ser interpretados los arts. 448 y ss. LOPJ sobre la corrección disciplinaria de los Abogados que intervienen en los mismos. Lo dispuesto en tales preceptos no constituye sólo una regulación de la potestad disciplinaria atribuida a los Jueces o a las Salas sobre dichos profesionales, ‘que cooperan con la Administración de Justicia’ —según se indica en el epígrafe del Libro V de la Ley Orgánica del Poder Judicial—, sino que incide, también, sobre la función de defensa que les está encomendada. De ahí que resulte preciso cohesitar dos exigencias potencialmente opuestas, pero complementarias: el respeto a la libertad del Abogado en la defensa del ciudadano y el respeto por parte del Abogado de los demás sujetos procesales, que también participan en la función de administrar justicia. La primera exigencia aparece contemplada en el art. 437.1

LOPJ, al disponer que ‘en su actuación ante los Jueces 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’. La segunda de las exigencias antes apuntadas requiere, en reciprocidad, el respeto por parte del Abogado de las demás personas que también participan en la función de administrar justicia y tiene como consecuencia el que, a tenor del art. 449.1 LOPJ, los Abogados y Procuradores serán también corregidos disciplinariamente por su actuación ante los Juzgados y Tribunales ‘cuando en su actuación forense faltasen oralmente, por escrito o por obra, al respeto debido a los Jueces y Tribunales, Fiscales, Abogados, Secretarios Judiciales o cualquier persona que intervenga o se relacione con el proceso.

Asimismo hemos puntualizado que la especial cualidad de la libertad de expresión del Abogado en el ejercicio de defensa de su patrocinado debe valorarse en el marco en el que se ejerce y atendiendo a su funcionalidad para el logro de las finalidades que justifican su privilegiado régimen, sin que ampare el desconocimiento del respeto debido a las demás partes presentes en el procedimiento y a la autoridad e imparcialidad del Poder Judicial, que el art. 10.2 del Convenio europeo de derechos humanos erige en límite explícito a la libertad de expresión.

La existencia de tales derechos fundamentales y bienes constitucionales en conflicto ha de obligar al órgano jurisdiccional, cuando la sanción impuesta sea impugnada, a determinar si la conducta del Abogado está justificada por encontrarse comprendida dentro de la libertad de expresión necesaria para el eficaz ejercicio del derecho de defensa o si, por el contrario, con clara infracción de las obligaciones procesales de corrección antedichas, se pretende atender a la imparcialidad del Tribunal o alterar el orden público en la celebración del juicio oral, o menoscabar el respeto que merecen los demás intervinientes en el proceso.

Por ello cabe concluir que las expresiones vertidas en la vista oral vienen amparadas en la libertad de expresión del Letrado que, precisamente por su carácter específico, le permite una mayor “beligerancia en los argumentos” dada su conexión con el derecho de defensa de la parte.

B. EL SECRETO PROFESIONAL

a) Regulación legal: derecho/deber

Por último, como decíamos, el tercer requisito esencial para que el abogado puede ejercer su función, es el secreto profesional. El art. 24 de la Constitución, en su último párrafo establece que “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”

La sentencia del Tribunal Constitucional 110/1984, de 26 de noviembre declaró: “... El secreto profesional, es decir el deber de secreto que se impone a determinadas personas, entre ellas los Abogados, de lo que conocieren por razón de su profesión, viene reconocido expresamente por la Constitución, que en su art. 24.2 dice que la Ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se está obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos. Evidentemente, y a fortiori, tampoco existe deber de declarar a la Administración sobre esos hechos. La Constitución consagra aquí lo que es no un derecho, sino un deber de ciertos profesionales que tienen una larga tradición legislativa (cfr. artículo 263 de la L.E.Cr.)”.

Precisamente el art. 263 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal viene a recoger que “La obligación impuesta en el párrafo 1 del artículo anterior no comprenderá a los Abogados ni a los Procuradores respecto de las instrucciones o explicaciones que recibieron de sus clientes”.

Y el art. 262 que “Los que por razón de sus cargos, profesiones u oficios tuvieren noticia de algún delito público, estarán obligados a denunciarlo inmediatamente al Minis-

terio Fiscal, al Tribunal competente, al Juez de instrucción y, en su defecto, al municipal o al funcionario de policía más próximo al sitio, si se tratare de un delito flagrante”.

Es el art. 542.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (antes 437.2) es el que viene a desarrollar el precepto constitucional respecto del secreto y estableciendo que “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 declarar sobre los mismos”.

Previamente en el apartado 1 del mismo art. 542 se describen las modalidades de actuación profesional: “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.

El Estatuto General de la Abogacía Española (RD 658/2001, de 22 de junio) abunda en ello y sostiene en el art. 32.1 que “De conformidad con lo establecido por el artículo 437.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los Abogados deberán guardar secreto de todos los hechos o noticias que conozcan por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, no pudiendo ser obligados a declarar sobre los mismos”.

Lo que se corresponde con la deontología profesional, concretamente con el art. 5 del Código Deontológico de la Abogacía Española, aprobado en el Pleno de 27-IX-02 y modificado en el Pleno de 10-XII-02, que se refiere al secreto profesional:

“1. La confianza y confidencialidad en las relaciones entre cliente y abogado, insita en el derecho de aquél a su intimidad y a no declarar en su contra, así como en derechos fundamentales de terceros, impone al abogado el deber y le confiere el derecho de guardar secreto respecto de todos los hechos o noticias que conozca por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, sin que pueda ser obligado a declarar sobre los mismos como

reconoce el artículo 437.2 de la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial”.

En esta descripción normativa debe agregarse que la violación del secreto profesional está tipificada como delito, en el art. 199 del Código Penal:

“1. El que revelare secretos ajenos, de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o sus relaciones laborales, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses.

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

b) Excepciones

Frente a esta contundente regulación legal del secreto profesional se han establecido algunas excepciones:

a) Supuestos de lesión notoriamente injusta y de suma gravedad al propio abogado:

En el anterior Código Deontológico se establecía la posibilidad de dispensa del secreto cuando se trate de evitar una lesión notoriamente injusta y de suma gravedad al propio abogado o a un tercero, sólo de aquellos datos que de hecho conduzcan a impedir la lesión.

El art. 39 Código de la UIBA también establece que la obligación de secreto profesional cede a las necesidades de defensa personal del abogado cuando es acusado por su cliente, empleados o terceros, en cuyo caso revelará lo indispensable para su defensa, pudiendo en igual medida exhibir documentos confiados.

La doctrina más autorizada mantiene que “en caso de conflicto de intereses (entre derechos fundamentales del cliente y del abogado o del tercero) la gravedad de las consecuencias de una u otra decisión y el tercer factor (función social de la abogacía) establecerá la solución a cada caso...”

b') Las obligaciones de información en materia tributaria.

La Ley General Tributaria (Ley 58/2003, de 17 de diciembre), en su art. 93 dispone determinadas obligaciones de información.

La doctrina constitucional respecto del deber de información tributaria en relación con el secreto profesional quedó reflejada en la sentencia del Tribunal Constitucional 110/1984 de 26 de noviembre, ya citada anteriormente.

En dicha sentencia se mantiene que: "Tampoco vulneraría el secreto profesional el simple conocimiento del nombre del cliente y de las cantidades pagadas por él en concepto de honorarios... La cuestión podría suscitarse si la Inspección, al pedir los antecedentes y datos de determinadas operaciones, penetrase en el ámbito de las relaciones profesionales concretas entre el cliente y, en este caso, el Abogado. Sólo entonces podría y debería negarse el contribuyente a facilitar datos que supusiesen la violación del secreto profesional. Es posible también que no existiese acuerdo sobre cuál es la zona específica de relaciones cubiertas por el secreto profesional cuya delimitación puede ofrecer dificultades en ciertos casos. Pero para eso están los Tribunales de Justicia. La cuestión en último término, no puede resolverse de forma abstracta, sino sobre cada caso concreto".

c') Las medidas de prevención de blanqueo de capitales:

La legislación en materia de prevención de blanqueo de capitales (Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo) impone a los abogados la obligación de comunicar cualquier hecho u operación respecto al que exista indicio o certeza de que está relacionado con el blanqueo de capitales.

Pero en definitiva, y pese a las excepciones señaladas, la finalidad del secreto profesional radica en la confianza y confidencialidad de las relaciones entre cliente y abogado, insita en el derecho de aquél a su intimidad y a no declarar en su contra.

Estamos inequívocamente ante cuestiones que afectan a derechos constitucionales declara-

dos fundamentales. El derecho de defensa, en su más amplio sentido y el derecho a la intimidad.

La Audiencia Provincial de Las Palmas, en sentencia de 12 de noviembre de 2001 acaba absolviendo libremente a dos acusados por falta de pruebas, ya que las únicas de cargo era las que había suministrado el propio abogado de uno de los imputados. La sentencia aplica la teoría del fruto del árbol envenenado, inspirador del art. 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y desarrollado por las sentencias del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1998 y del Tribunal Constitucional de 22 de marzo de 1993 y 1 de octubre de 1990. Concluye que no es lícita la prueba que suministra el letrado que debe guardar el secreto profesional.

Analizados pues los tres pilares básicos para que el abogado pueda efectivamente hacer valer el derecho de defensa de su cliente, lo que exige que el abogado actúe con independencia, libertad y bajo secreto profesional, debemos reflexionar sobre el papel de los colegios de abogados en la defensa de esos requisitos esenciales.

La regulación constitucional de los colegios profesionales la encontramos en el art. 36 de la Constitución, en el que se establece su existencia y concretamente dispone que "La Ley regulará las peculiaridades propias del régimen jurídico de los Colegios Profesionales y el ejercicio de las profesiones tituladas. La estructura interna y funcionamiento de los Colegios deberán ser democráticos".

La colegiación debe estar sustentada en la existencia de un interés público, que debe ser la sociedad la que reciba el beneficio de esa regulación y de la obligatoriedad de la colegiación, afirma el Informe de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia respecto de los servicios profesionales y la colegiación obligatoria.

Al tratarse de la abogacía, a mi juicio son numerosos los intereses públicos protegidos por las instituciones colegiales.

El propio informe se remite a la Comisión Europea que considera que "ciertos servicios

profesionales producen bienes públicos que son valiosos para la sociedad en general, por ejemplo, la buena administración de justicia. Es posible que si no existiese regulación alguna, el suministro de estos servicios fuera insuficiente o inadecuado”

4. DERECHO DE DEFENSA Y TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

El derecho fundamental a una tutela judicial efectiva resulta inalcanzable sino es por medio del derecho a la defensa, la asistencia letrada, en definitiva un asesoramiento técnico que permita una defensa real y efectiva.

El Estado no puede ofrecer tutela judicial efectiva sin abogados independientes, libres y con la obligación de guardar secreto.

La tutela judicial efectiva debe entenderse en su sentido más amplio, son numerosísimas las resoluciones judiciales de todo rango que ponen de manifiesto que la misma incluye el asesoramiento (la propia Ley Orgánica del Poder Judicial, así lo recoge) porque el asesoramiento se produce no sólo en el litigio, sino para poder adoptar decisiones legítimas que lo prevengan o eviten.

En la conocida sentencia Cipolla, en relación con los servicios profesionales de la abogacía, el Tribunal de Justicia europeo señala que “la protección, por una parte, de los consumidores, en particular, de los destinatarios de los servicios judiciales prestados por los auxiliares de justicia, y, por otra parte, de la buena administración de justicia es un objetivo que se encuentran entre los que puedan considerarse razones imperiosas de interés general que permiten justificar una restricción a la libre prestación de servicios siempre que se cumpla el doble requisito de que la medida nacional controvertida en el litigio principal sea adecuada para garantizar la realización del objetivo que persigue y no vaya más allá de lo necesario para alcanzarlo”.

Corresponde pues a los colegios de abogados la defensa de un interés público, el de que

sea posible la tutela judicial efectiva, incluido el asesoramiento, mediante abogados libres, independientes y bajo secreto profesional, como requisitos esenciales.

Ahora bien, analicemos qué capacidad concreta poseen los colegios de abogados para hacer valer esas condiciones esenciales para el ejercicio de la abogacía.

El art. 41 del Estatuto General de la Abogacía Española dispone que “Si el abogado actuante considerase que la Autoridad, Tribunal o Juzgado coarta la independencia y libertad necesarias para cumplir con sus deberes profesionales, o que no se le guardase la consideración debida a su profesión, podrá hacerlo constar así ante el propio Juzgado o Tribunal bajo la fe del secretario y dar cuenta a la Junta de Gobierno. Dicha Junta, si estima fundada la queja, adoptará las medidas oportunas para amparar la libertad, independencia y prestigio profesionales”.

El precepto es muy limitado, y ha sido superado con creces en la práctica; el amparo no puede verse limitado a la libertad, la independencia y el prestigio, inevitablemente debe ampararse el secreto profesional, por supuesto, pero también cualquier otro ataque a la profesión.

Y el amparo no necesariamente debe limitarse a los poderes públicos, administraciones y poder judicial, hoy es fácilmente imaginable un amparo ante los medios de comunicación por poner un ejemplo.

El amparo exige un juicio previo por parte del órgano de gobierno del colegio de abogados, su junta de gobierno, para luego otorgarse o denegarse mediante resolución motivada.

Las dificultades del amparo se encuentran habitualmente en cómo ejecutarlo, a veces en simplemente gestionarlo, puesto que normalmente no es suficiente el acuerdo de amparar.

La ejecución de ese acuerdo puede ser simplemente hacer público el amparo, pero puede ir mucho más allá.

Se abren paso en muchos colegios lo que se denomina Comisiones de Relaciones con la

Administración de Justicia (CRAJ), encargadas de gestionar en definitiva amparos los letrados, habitualmente por medio del diálogo con las administraciones u organismos judiciales que hayan podido vulnerar derechos de los letrados en su actuación profesional.

Los colegios de abogados además tienen legitimación activa para iniciar procedimientos judiciales o administrativos en defensa de la abogacía.

Establece el art. 4.1 a) del Estatuto General de la Abogacía Española, que son funciones de los Colegios de Abogados, en su ámbito territorial: “Ostentar la representación que establezcan las Leyes para el cumplimiento de sus fines y, especialmente, la representación y defensa de la profesión ante la Administración, Instituciones, Tribunales, entidades y particulares, con legitimación para ser parte en cuantos litigios y causas afecten a los derechos e intereses profesionales y a los fines de la abogacía, ejercer las acciones penales, civiles, administrativas o sociales que sean procedentes”.

Es posible por ello que, invocando esta legitimación, los colegios de abogados insten a los Tribunales Superiores de Justicia o al Consejo General del Poder Judicial la apertura de actuaciones disciplinarias contra jueces y magistrados por entender, por ejemplo, de conformidad con lo dispuesto en el art. 418 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que han podido incurrir en un exceso o abuso de autoridad, o falta grave de consideración respecto de los abogados.

La misma legitimación que asiste a los colegios para iniciar actuaciones legales ante

cualquier jurisdicción y no es infrecuente que estas puedan incluso tener carácter penal por vulneraciones de derechos fundamentales, por ejemplo en las detenciones, o respecto del secreto profesional o de las comunicaciones.

Esa acaba siendo la vía última de actuación de los colegios profesionales en defensa de los abogados, en definitiva en defensa del derecho fundamental de defensa.

A los colegios profesionales se refirieron en los debates constituyentes, siempre a su favor, Miguel Herrero de Miñón, Oscar Alzaga, Peces Barba, Sainz de Varanda o Pedrol Rius.

Resultan ilustrativas las palabras de Sainz de Varanda, que reconoció la importancia de los colegios profesionales en la vida profesional, pero no solamente en ella, “reconociendo la importancia tan grande que ha tenido en los últimos tiempos de la dictadura para luchar contra ella, y muy especialmente los Colegios de Abogados”

Para intervenir posteriormente Pedrol Rius que entre otras consideraciones expuso: “Por último, querría manifestar que he contemplado el asunto desde el aspecto de protección a los derechos del cliente. Quisiera decir que cuando nosotros estamos aquí reconociendo derechos a los ciudadanos, la efectividad de esos derechos dependerá en el futuro de que, por ejemplo, la abogacía tenga la suficiente libertad para poder defender esos derechos; y la libertad se llama Colegio. El Colegio que está detrás de esos profesionales asegurándoles su independencia, robusteciendo su libertad de actuación para enfrentarse con quien sea en la defensa de esos derechos de los ciudadanos.”.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

La profesión de Abogado. Nielsón Sánchez-Stewart. Grupo Difusión. 2008

Comentarios al Estatuto General de la Abogacía Española. Varios. Thomson Civitas. 2003.

El Derecho de Defensa ante el Tribunal Penal Internacional. Comunicación Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Madrid. Luis Martí Mingarro. 2002

La protección judicial de los Derechos Fundamentales. Joaquín García Morillo. Tirant lo Blanch. 1994

Lecciones de Derecho Constitucional. Alessandro Pizzorusso. Centro de Estudios Constitucionales. 1984.

Fecha de recepción: 6 de septiembre de 2010

Fecha de aceptación: 27 de octubre de 2010