FUNDACIÓN Mutualidad

Memoria Premios Excelencia

Cátedra Fundación Mutualidad

Un recorrido por los trabajos ganadores de los Premios Excelencia 2021 y 2022

Trabajos galardonados

▷ IX Edición. 2021
PRIMER PREMIO EXAEQUO

El secreto profesional del abogado frente a la DAC 05
Gonzalo Isidoro Cobo Sanz

DAC vs secreto profesional de los abogados 51
Ignacio González del Yerro Velo de Antelo

IX Edición. 2021
SEGUNDO PREMIO

La libertad de expresión en el ejercicio de la abogacía Una visión actual sobre sus límites y ponderación 97
Amalia Álvarez Vázquez

IX Edición. 2021
TERCER PREMIO

La suspensión de vistas por maternidad o paternidad de los profesionales de la abogacía 159
Ana María Castro Franco

Trabajos galardonados

▷ X Edición. 2022
PRIMER PREMIO

La defensa letrada de las garantías procesales cuando interviene traductor o intérprete de lengua extranjera 226
Blanca Mazzini Parejo

IX Edición. 2022
SEGUNDO PREMIO EXAEQUO

El metaverso como nuevo escenario de práctica jurídica 276
Blanca Solé Serrallach

El Metaverso, una nueva realidad también para la abogacía 320
Javier Roberto Freire Sampayo

X Edición. 2022
TERCER PREMIO

El abogado ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea 353
Andrés Vilas Villamarín

FUNDACIÓN Mutualidad

El secreto profesional del abogado frente a la DAC

Gonzalo Isidro Cobo Sanz
Doble Grado Derecho y Economía UC3M
Máster Acceso a la Abogacía (inicio sept. 2020) UC3M

IX Premios a la Excelencia Cátedra Fundación Mutualidad

FUNDACIÓN Mutualidad

Gonzalo Isidoro Cobo Sanz

Doble Grado Derecho y Economía UC3M
Máster Acceso a la Abogacía (inicio sept. 2020) UC3M

PRIMER PREMIO EX AEQUO

IX Premios a la Excelencia de la Cátedra Fundación Mutualidad Abogacía

2021

FUNDACIÓN Mutualidad

1. **Introducción** 10
2. **El secreto profesional del abogado: especial atención al ámbito tributario** 14
   - 2.1. El secreto profesional del abogado en el ordenamiento jurídico español1.2. Constitución española de 1978 y regulación actual. 14
   - 2.2. El secreto profesional del abogado en el ámbito tributario. 17
3. **El secreto profesional con la DAC6 en España y otros países de nuestro entorno** 20
   - 3.1. Transposición de la dispensa por secreto profesional de los abogados en España. 20
   - 3.2. Transposición de la dispensa por secreto profesional en otros Estados miembros. 24
4. **Reflexiones críticas** 30
   - 4.1. Derogación velada del secreto profesional del abogado en su vertiente de asesoramiento. 30
   - 4.2. Legalidad de la comunicación realizada por el intermediario exonerado por secreto profesional. 38
5. **Conclusión** 41
6. **BIBLIOGRAFÍA** 44

Anexo de legislación 48

Anexo de jurisprudencia 50

Resumen

La Directiva (UE) 2018/822, mejor conocida como DAC6, ha impuesto a ciertos profesionales —entre ellos los abogados— la obligación de informar a la Administración sobre las operaciones de planificación fiscal potencialmente agresivas en las que participen. La propia DAC6 prevé el conflicto que estos deberes pueden generar con el secreto profesional y deja en manos de los Estados miembros su marco de adecuación. En el presente trabajo se realiza un examen crítico de la transposición de la dispensa por secreto profesional en España y su posible vulneración del Derecho de la Unión Europea. Finalmente, se recomiendan las modificaciones que deberían introducirse para adecuarse al marco europeo.

Palabras clave: DAC6, secreto profesional, abogado, derecho de la Unión Europea, derecho al respeto a la vida privada y familiar, derecho defensa, asesoramiento participativo, asesoramiento neutral.

Abstract

Directive (EU) 2018/822, better known as DAC6, has imposed on certain professionals —including lawyers— the obligation to inform the tax authorities about the potentially aggressive tax planning operations in which they are involved. The DAC6 itself foresees the potential conflict these obligations may generate with legal professional privilege and leaves the framework for their adequacy to the Member States. This paper critically examines the transposition of the Spanish legal professional privilege waiver and its possible infringement of EU law. Finally, it recommends the amendments that should be made to bring it into line with European framework.

Keywords: DAC6, legal professional privilege, lawyer, EU law, right to respect for private and family life, right to a fair trial, active legal advice, neutral legal advice.

1. Introducción

"El fin justifica los medios". Esta expresión atribuida erróneamente al escritor italiano Nicolás Maquiavelo sintetiza el ánimo del legislador español al transponer la Directiva (UE) 2018/822 ("**DAC6**" o "**la Directiva**") en lo que se refiere al secreto profesional. El problema en nuestro caso es que los medios suponen arrebatar una garantía que vertebra una sociedad democrática como es el secreto profesional, y el fin, uno tan endeble pero tan ávido como la sed de aumentar los ingresos de las arcas públicas.

Los Estados miembros tienen cada vez más dificultades para proteger los ingresos públicos debido a lo que se ha conocido como estrategias de erosión de las bases imponibles por parte de los contribuyentes. Estas estrategias que no son más que estructuras de planificación fiscal que buscan reducir su factura fiscal en pro de la eficiencia en costes, son cada vez más complejas por la participación de diferentes jurisdicciones debido al incremento de la movilidad de personas y capitales. Es importante advertir que dichas planificaciones no son necesariamente ilegales sino que se combinan operaciones tanto de evasión como de elusión fiscal. Se estima que en 2020 la pérdida de ingresos fiscales por este tipo de operaciones en nuestro país ascendió a 3.700 millones de euros[1]. Por el lado de los gastos la perspectiva tampoco es nada halagüeña. La crisis sanitaria causada por la COVID-19 ha generado un incremento en el gasto público de todas las Administraciones Públicas desde el 42,1 % de 2019 al 50,8 % de 2021, equivalente a 92.500 millones de euros aproximadamente.[2]

En este contexto, el legislador europeo alienado con la acción 12 del proyecto BEPS (Base Erosión and Profit Shifting) ha optado por la transparencia informativa para poner coto a este tipo de operativas. En concreto, en 2011 comenzó su andadura con la Directiva 2011/16/UE del Consejo que ha evolucionado, tras una serie de modificaciones, a la conocida como DAC6.

1. Tax Justice Network. (2020). The State of Tax Justice 2020: Tax Justice in the time of COVID-19. **https://taxjustice.net/wp-content/uploads/2020/11/The_State_of_Tax_Justice_2020_ENGLISH.pdf**
2. FUNCAS. (2021). Los presupuestos del Estado de 2021: una valoración. **https://www.funcas.es/wp- content/uploads/2021/01/02-2101_Sanz-y-Romero.indd_.pdf**

Incluso hoy ya se habla de una futura DAC7[3] y DAC8[4]. Estas normas europeas persiguen, en palabras de la Gloría Marín Benítez[5], "identificar —para corregirlos— los defectos de neutralidad o consistencia que puede presentar el ordenamiento tributario". A tal fin, imponen a los profesionales que participen en los mismos —o en su defecto a los propios contribuyentes— la obligación de comunicar la identificación del contribuyente y del profesional asesor así como una descripción de la operativa de planificación fiscal.

El fin último que se pretende conseguir con estas obligaciones de comunicación es disuasorio. Esto es, se procura obtener la información sobre los mecanismos de planificación fiscal agresivo en un estadio temprano antes de la ejecución efectiva del mismo. De esta manera se permite un margen de actuación para que los Estados miembros puedan compartir dicha información y así actuar en consecuencia evitando la erosión de sus bases imponibles. Trasladando esta motivación a nuestro ordenamiento jurídico, se persigue desincentivar el uso de dichos mecanismos para así conseguir una distribución equitativa de la contribución a la financiación del estado, finalidad pretendida por el artículo 31 de la Constitución Española ("CE"). De esta manera, se logra focalizar los recursos de la inspección en aquellas operaciones más arriesgadas a través de una pseudo práctica de outsourcing de "ordéneme la mesa" derivada de la obligación de comunicación de aquellos mecanismos.

La transposición a nuestro país de la DAC6 se ha llevado a cabo a través de varios textos normativos[6] destacando la Disposición Adicional 23 y 24 de la Ley General Tributaria ("LGT"). El objeto de comunicación son los negocios jurídicos de carácter transnacional potencialmente agresivos. En palabras de la Directiva, mecanismos transfronterizos en los que se dé alguna de las señas distintivas previstas en la misma. Estas señas se refieren a ciertos indicios que al legislador europeo le sugieren una planificación fiscal potencialmente agresiva, a saber: aprovechamiento de inconsistencias en los sistemas tributarios con el fin de obtener un beneficio fiscal, medidas artificiosas dirigidas a la adquisición de una sociedad con pérdidas, estrategias de double dipping[7] etc. En cuanto a los sujetos obligados a comunicar, serán los intermediarios fiscales, o en su defecto, los propios contribuyentes.

---

3. Council Directive amending Directive 2011/16/EU on administrative cooperation in the field of taxation. Interinstitutional File: 2020/0148 (CNS). **https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-12908- 2020-INIT/en/pdf**
4. Pérez Garrido, I. (26 de marzo, 2021). Nuevos avances en el procedimiento de aprobación de la DAC 8. Expansión.
5. Marín Benítez, G. (25 de febrero, 2021) Reflexiones a propósito de la petición de decisión prejudicial de validez presentada al TJUE sobre la normativa belga de transposición de la DAC-6 (asunto C-694/20). Fiscal Blog. **http://fiscalblog.es/?p=6418**
6. Ley 10/2020; RD 243/2021; Orden HAC/342/2021; Resolución de 8 de abril de 2021.
7. "Term used to indicate the possibility for dual resident companies to deduct the same expenses in two jurisdictions" (OCED Glosary of Tax Terms: DOUBLE DIPPING). **https://www.oecd.org/ctp/glossaryoftaxterms.htm**

El concepto de intermediario fiscal es amplísimo, afectando a los agentes que participen activamente o asesoren en el diseño, organización, comercialización o la gestión de la ejecución de un mecanismo transfronterizo sujeta a comunicación de información. Estos sujetos se encuentran además bajo la amenaza de sanciones que pueden llegar hasta un máximo equivalente a los honorarios del intermediario o al ahorro fiscal en caso de que el obligado sea el contribuyente. Su entrada en efecto en España se produjo el día 14 de abril de 2021 con la entrada en vigor de la Orden HAC/342/2021 aprobando los modelos de declaración.

La propia Directiva reconoce que ciertos intermediarios como los abogados están blindados por la prerrogativa de secreto profesional y, por tanto, no pueden quedar sujetos a dichas obligaciones. Para ello, la DAC6 concede a los Estados miembros la facultad de adoptar las medidas necesarias para otorgar una exoneración sobre dichas obligaciones a los intermediarios que puedan beneficiarse de aquella prerrogativa de acuerdo con la legislación de cada Estado miembro.

El objeto de este trabajo es un análisis crítico de la opción tomada por el legislador español en lo que concierne a la dispensa del secreto profesional del abogado en el ámbito de la DAC6. Al contrario que la mayor parte de Estados miembros, la elección hecha por el legislador no es neutral con aquel derecho-deber, sino que lo limita, arrebatando dicha garantía a todo aquel que no se ciña a asesorar sobre las consecuencias jurídicas de un mecanismo de planificación preconfigurado. Esto es, tan solo se reconoce el secreto profesional en el ámbito del asesoramiento neutral, despojando de dicho derecho al abogado que tome parte activa o ejecute el asesoramiento.

Esta injerencia del poder público sobre el secreto profesional supone un ataque frontal no solo a la confianza que debe imperar entre abogado y cliente sino contra la auténtica esencia del papel del letrado en un Estado democrático en tanto este tiene conferidas las funciones de dirección, defensa, asesoramiento y consejo jurídico siendo en palabras del Tribunal de Estrasburgo[8] "uno de los principios fundamentales en los que se basa la administración de justicia en una sociedad democrática."

Con esta transposición el legislador está tratando de arremeter contra el corazón del secreto profesional que no solo es un deber del abogado para con su cliente pero que es también su derecho. Derecho a un coto vedado de confidencialidad contra las arbitrariedades de la Administración Pública que en última instancia garantiza el buen funcionamiento del Estado de derecho.

---

8. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 5ª), Caso Michaud contra Francia, 6 de diciembre de 2012.

Esta arremetida a uno de los valores fundamentales del ejercicio de la profesión de abogado vulnera la obligación de España de transponer la Directiva observando el derecho primario de la Unión Europea ("UE" o "Unión). Vulneración que en ningún caso puede estar justificada ni ser proporcional al fin que se pretende conseguir: incrementar los ingresos públicos de los Estados miembros.

Además, volviendo al ámbito subjetivo de la DAC6 —aunque a priori lo parezca— esta no es una lucha que se limite al abogado fiscalista. Dada la amplitud del término "intermediario fiscal" es probable que otros colegas de otras áreas como mercantil o bancario/financiero se vean implicados en el diseño, organización o comercialización de un mecanismo transfronterizo sujeto a comunicación asumiendo la obligación de informar. Por ello, es un deber moral de toda la profesión de la abogacía defendernos de este ataque con todos los medios legales oportunos, pues no estamos ante una cuestión política o ideológica sino que se atacan principios y valores básicos en una sociedad democrática.

Lo que sigue ha sido estructurado de la siguiente manera. En primer lugar, se analizará el concepto y regulación del secreto profesional del abogado en España con un especial énfasis en el ámbito tributario. Le sigue un examen de la transposición de la dispensa por secreto profesional llevada a cabo por el legislador español, así como un breve análisis de otros modelos de transposición europeos. Finalmente, se recogen las reflexiones críticas sobre el modelo de transposición español y las conclusiones de este trabajo.

2. El secreto profesional del abogado: especial atención al ámbito tributario

2.1. El secreto profesional del abogado en el ordenamiento jurídico español

El secreto profesional del abogado data de la época clásica, donde más que un derecho-deber se configuraba como una obligación moral propia de la dignidad que merecía la profesión[9]. Sin embargo, hoy día, —además de servir como protección de la confianza que debe imperar en las relaciones entre abogado y cliente— funciona como un engranaje más para el buen funcionamiento del Estado de derecho. Tanto es así que su naturaleza dual como derecho del cliente y deber del abogado a mantener en secreto la información profesional compartida garantizan, entre otros, el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE), la no autoinculpación (artículo 24.2 CE) o el derecho a la intimidad (artículo 18 CE).

Sin embargo, el secreto profesional del abogado no se agota con aquella naturaleza dual. Además, el secreto profesional supone para el abogado un coto vedado. Esto es, se extiende en una suerte de derecho del abogado frente a las arbitrariedades de la Administración Pública. Así nos lo recuerda la STC 110/1984: "*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, (...) [supone que] (...) no se está obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos. Evidentemente, y a fortiori, tampoco existe el deber de declarar a la Administración sobre esos hechos. (...) Es evidente que si el secreto es obligado e incluso su violación es castigada penalmente (art. 360 del Código Penal), la Inspección Fiscal no puede pretender que se viole*".

9. Lázaro Guillamón, C. (2011). Aproximación histórico-jurídica al deber de secreto de los abogados en el ejercicio de su profesión. revista internacional de derecho romano 182-195 **http://repositori.uji.es/xmlui/bitstream handle/10234/38463/47893.pdf?sequence=1&isAllowed=y**

En general, aunque es común referirse a las limitaciones que las normas y jurisprudencia imponen a este derecho-deber, desde una perspectiva refinada, no existen tales limitaciones. Más bien, el propio secreto profesional nace limitado en sus propios contornos marcados por las funciones propias del abogado[10]. Salvo excepciones como la dispensa en el contexto de un proceso disciplinario contra el abogado, su eficacia no decae ante otros bienes jurídicos dignos de protección véase por ejemplo la Ley 10/2010 de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo ("**LPBCFT**"). En su lugar, en aquellos casos de mayor interés para el legislador, este se ocupa de remarcar deliberadamente su perímetro con el fin de que se delimiten las actuaciones cubiertas por el mismo. Esto es, las actuaciones que en ese ámbito son propias de la profesión. Aunque, como veremos, esto suponga una derogación velada del secreto profesional en la práctica.

Son varios los textos de nuestro ordenamiento jurídico donde se recoge esta figura. En la gran mayoría se hace de una forma vaga, limitándose a declarar su existencia o definiendo tímidamente su alcance. Así es el caso de la Constitución Española que se refiere a este de forma tangencial en sus artículos 20.1 d) CE y 24.2 II párrafo CE como un límite a la libertad de prensa y a la obligación de declarar sobre hechos presuntamente delictivos respectivamente. Por su parte, el artículo 542.3 Ley Orgánica del Poder Judicial ("**LOPJ**") que reconoce este derecho a la profesión de abogado[11], define el ámbito objetivo sobre el que proyecta su eficacia a "t*odos los hechos o noticias de que conozcan por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional*". Como antes nos referíamos, el secreto profesional —como su propio nombre indica— nace limitado a las actuaciones propias de la profesión. Estas se encuentran definidas en el artículo 542.1 LOPJ donde se construye la definición de abogado y al que se atribuye las funciones de "*dirección y defensa de las partes en toda clase de procesos, o el asesoramiento y consejo jurídico.*"

Si pretendemos un cierto desarrollo positivizado de este derecho-deber debemos acudir a dos normas reguladoras de la profesión. En primer lugar, el artículo 5 del Código deontológico de la abogacía española de 2019 el cual tras declarar que "quien ejerce la Abogacía [tiene] la obligación de guardar secreto, (...) respecto de los hechos o noticias que conozca por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional" establece una serie de elementos concretos que conforman su ámbito objetivo. En suma, de acuerdo con el apartado 5 de este precepto "el secreto profesional ampara

10. Rodríguez, J. (2 de junio, 2020). El secreto profesional y la trasposición de la DAC 6. ELDERECHO.COM (LEFEBVRE). **https://elderecho.com/secreto-profesional-la-trasposicion-la-dac-6**
11. Artículo 542.1 LOPJ "(...) licenciado en Derecho que ejerza profesionalmente la dirección y defensa de las partes en toda clase de procesos, o el asesoramiento y consejo jurídico."

las comunicaciones y negociaciones orales y escritas de todo tipo, con independencia del medio o soporte utilizado."

Finalmente, se prevé una excepción al secreto profesional en el contexto de un proceso disciplinario contra el abogado.

En segundo lugar, el nuevo Estatuto General de la Abogacía Española de 2021 ("**EGAE**") también se ocupa en su CAPITULO IV de dotar de una cierta seguridad jurídica en este ámbito. La mayor novedad de este texto normativo es recoger la vertiente negativa del secreto profesional. En otras palabras, aquello que queda fuera de los contornos de aquel derecho-deber estableciendo en su artículo 22.2 que "*el secreto profesional no ampara las actuaciones del profesional de la Abogacía distintas de las que son propias de su ejercicio profesional y, en especial, las comunicaciones, escritos y documentos en que intervenga con mandato representativo de su cliente y así lo haga constar expresamente.*" No estamos ante un aparente límite stricto sensu, pues este precepto tan solo nos recuerda que no cualquier información compartida o actuación llevada a cabo por un abogado queda sujeta a dicha obligación de secreto. Sin embargo, este inciso quiere poner en solfa un acervo jurisprudencial que ha venido desarrollándose en las últimas décadas sobre cuál son las actuaciones que son propias del ejercicio profesional del abogado, ergo quedan protegidas por el secreto profesional.

En general, nuestros tribunales han limitado tal actividad profesional a la relación de defensa, asesoramiento y representación del cliente (STS 660/1990; STJUE asunto Ordre des barreaux francophones et germanophone; TEDH asunto Michaud c. Francia; STC 110/1984). A contrario sensu, todas aquellas actuaciones desconectadas del ejercicio de la abogacía quedarían desprovistas de aquel derecho-deber, y en concreto, aquellas que el abogado realiza como mero gestor de intereses ajenos a las que el EGAE directamente apela en el artículo 22.2 EGAE: "*El secreto profesional no ampara (...) las comunicaciones, escritos y documentos en que intervenga con mandato representativo de su cliente y así lo haga constar expresamente*."

Aunque claro sobre el papel, esta delimitación del ámbito objetivo del secreto profesional desarrollada por nuestros tribunales no es sencilla en la práctica pues se han empleado conceptos amplios con límites imprecisos. Estas zonas grises han sido aprovechadas deliberadamente por el legislador con el fin de obtener información para su conveniencia, véase la Ley 10/2010 de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo o, la que nos ocupa en este trabajo: la transposición de la DAC6 referida a la obtención de información sobre mecanismos transfronterizos que puedan suponer una planificación fiscal agresiva.

2.2. El secreto profesional del abogado en el ámbito tributario

Aunque no hay especificidades del régimen legal aplicable al ámbito tributario en materia de secreto profesional, existen ciertos elementos en la normativa tributaria que pudieran llevar a la errónea creencia sobre la existencia de un régimen ad hoc en esta área. Las distinciones en este ámbito se fundamentan en la configuración del sistema tributario como un sistema de masas necesitado de la colaboración de los sujetos que participan en él para su buen funcionamiento. De esta manera los artículos 92-95 bis LGT imponen una serie de deberes de colaboración social a ciertos sujetos, entre ellos los abogados.

En lo que aquí concierne, la LGT prescribe en su artículo 93.5 "*la obligación de los profesionales de facilitar información con transcendencia tributaria*[12] *a la Administración". A continuación, se limita dicho objeto excluyéndose "los datos privados no patrimoniales que conozcan por razón del ejercicio de su actividad cuya revelación pueda atentar contra el honor o la intimidad personal y familiar, y aquellos datos confidenciales de sus clientes de los que tengan conocimiento como consecuencia de la prestación de servicios profesionales de asesoramiento o defensa*."

Expuesto lo anterior es razonable que surjan dudas sobre qué relación existe entre el artículo 93.5 LGT y el secreto profesional del abogado. ¿El ámbito objetivo del secreto profesional se encuentra definido por el artículo 93.5 LGT, o es el secreto profesional el que define los límites del artículo 93.5 LGT?; ¿regulan un ámbito material distinto o definen de dos formas distintas un mismo ámbito? En los siguientes puntos se trata de dar respuesta a todas estas preguntas resumiendo la compleja interacción que existe entre el secreto profesional del abogado y el artículo 93.5 LGT:

- El artículo 93.5 LGT no es una regulación ad hoc del secreto profesional en el ámbito fiscal. Es más, el propio artículo 93.5 LGT integra el secreto profesional como uno de sus límites. De esta manera se advierte que el secreto profesional funciona como una

12. Se entiende la trascendencia tributaria como la cualidad de aquellos hechos o actos que son útiles a la Administración para averiguar si ciertas personas cumplen o no con la obligación de contribuir al sostenimiento del gasto público de acuerdo con su capacidad económica (Art. 31 CE). Para que el requerimiento de información sea válido la trascendencia ha de apreciarse en los datos requeridos, derivarse del expediente o probarse por la Administración (TEAC 4-12-18).

esfera limitante de aquel deber de colaboración. Sin embargo, las reservas dispuestas en el articulado sobre las informaciones excluidas del deber de colaboración no están vinculadas, solamente, a la existencia del secreto profesional, sino que se refieren a otros bienes jurídicos dignos de protección como son el honor, la intimidad personal y familiar o el secreto de las comunicaciones.

- La consecuencia natural del anterior punto supone que el artículo 93.5 LGT cuenta con un ámbito subjetivo más amplio que el secreto profesional pues se proyecta no solo frente a quienes tienen reconocido dicho derecho-deber para expandirse a otros profesionales tales como los asesores fiscales. De esta manera, se crean dos grupos de profesionales cuyo fundamento de reserva con respecto a los requerimientos nacidos por el artículo 93.5 LGT diferirá. Por un lado, aquellos que podrán oponer frente a la Administración el secreto profesional del abogado y, aquellos otros, a saber, asesores fiscales, economistas, etc. que deberán esgrimir otras circunstancias para oponerse al requerimiento de información por no contar con la garantía de dicho secreto profesional. El punto tangencial entre ambos se encuentra en la oposición por motivos de honor o intimidad personal y familiar que podrá ser practicada por cualquiera de ellos.
- El artículo 93.5 LGT debe ser interpretado a la luz del artículo 542.3 LOPJ. Poder admitir que aquel precepto ordinario regulase otro ámbito distinto al secreto profesional, incluso más estrecho, sería inconstitucional dado que este está dotado de una fuerza normativa que desborda la legislación ordinaria. De este modo, el último inciso del articulado referido a los profesionales dotados de secreto profesional debe ser acotado por los mismos límites expansivos del secreto profesional. O sea, frente a un requerimiento de la Administración tributaria puede oponerse el secreto profesional sobre la información que provenga de la relación de defensa, asesoramiento o representación.

De lo anterior pueden derivarse ciertas circunstancias prácticas en lo que se refiere a los requerimientos de información que la Administración realiza frente a los abogados. En primer lugar, el ámbito protegido por el secreto profesional se ciñe a las relaciones profesionales concretas entre cliente-abogado limitándose a aquellas relaciones conectadas con el ejercicio de la abogacía; a saber, defensa, asesoramiento y representación (STC 110/1984). De esta forma, la Administración, en virtud del artículo 93.5 LGT, podrá acceder a elementos concretos con trascendencia tributaria desvinculados de la relación profesional como el nombre del cliente o los honorarios pagados (ídem, FJ 10). Esto es así pues dichos datos están desconectados de la vertiente material propia a la defensa o asesoramiento —objeto de protección del

secreto profesional— alejándose del coto vedado por el derecho del cliente y deber del abogado de mantener la confidencialidad sobre las cuestiones jurídicas que subyacen su relación contractual y cuyo conocimiento supondría una merma en el derecho de defensa de aquel, resintiéndose sus posibilidades de defensa (STS RC 7723/1995).

Un ejemplo de esto sería el requerimiento por parte de la Administración de una factura sobre la prestación de un servicio de asesoramiento en forma de informe. En tanto en cuanto dicha factura debe contener una descripción del servicio de asesoramiento prestado en virtud del artículo 6.1 f) RD 1496/2003, la atención a dicho requerimiento podría penetrar el ámbito de las relaciones profesionales concretas entre el cliente y el abogado, permitiendo conocer a la Administración las cuestiones jurídicas que subyacen su relación contractual. Por tanto, el abogado podría negarse a dicho requerimiento aludiendo el deber de guardar sigilo (STS 143/189).

En definitiva, no existe un régimen ad hoc del secreto profesional en el ámbito fiscal. La presencia de deberes de colaboración como el contenido en el artículo 93.5 LGT y las reservas que sobre estos se imponen no pueden significar una regulación singular del secreto profesional del abogado para esta área del derecho. Más bien, su existencia se refiere a un fundamento distinto referido a la necesidad de hacer funcionar un sistema fiscal de gestión privada. Fundamento que en ningún caso puede desoír los límites que le impone el secreto profesional como garantía de sendos derechos fundamentales y que se le superpone.

3. El secreto profesional con la DAC6 en España y otros países de nuestro entorno

3.1. Transposición de la dispensa por secreto profesional de los abogados en España

El artículo 8 bis.ter de la Directiva 2011/16/UE otorga la facultad a cada Estado miembro de "*adoptar las medidas necesarias para otorgar a los intermediarios el derecho a una dispensa de la obligación sobre un mecanismo transfronterizo (...) cuando la obligación de comunicar información vulnere la prerrogativa de secreto profesional en virtud del Derecho nacional de dicho Estado miembro*". Esto es, no se prevé una armonización en el ámbito europeo de la incidencia del secreto profesional en las obligaciones comunes de información. Esta discrepancia es fundamental pues va a significar que aquellos países con una regulación más extensa del secreto profesional impongan obligaciones de información más laxas a los intermediarios fiscales creándose una suerte de Estados paraíso para la realización de operaciones de planificación fiscal agresiva.

Los efectos de este marco desarmonizado pueden ser muy perniciosos para España dadas las limitaciones con las que se ha introducido el secreto profesional en nuestro país. En concreto la DA 23 LGT en su apartado segundo, recoge la incorporación del secreto profesional por el que ha optado el legislador español. Este modelo ha sido el resultante de la adopción por parte del legislador español de las deliberaciones plasmadas en sendos informes del Consejo General del Poder Judicial[13] ("CGPJ") y el Consejo de Estado[14].

13. Consejo General del Poder Judicial. (2019). Informe sobre el Anteproyecto de Ley de transposición de la Directiva (UE) 2018/822, de 25 de mayo de 2018, que modifica la Directiva 2011/16/UE por lo que se refiere al intercambio automático de información en el ámbito de la fiscalidad en relación con los mecanismos transfronterizos sujetos a comunicación de información, y del proyecto de real decreto por el que se modifica el reglamento general de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos, aprobado por el Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio.
14. Consejo de Estado. (2019). Dictamen 1072/2019 de 5 de marzo de 2019.

Informes que tuvieron como causa un primer Anteproyecto de Ley[15] de transposición de la DAC6 en el que se limitaba el secreto profesional del intermediario a lo dispuesto en el artículo 93.5 LGT. En otras palabras, en origen, la dispensa por secreto profesional solo abarcaba los datos privados no patrimoniales o confidenciales sin trascendencia tributaria como así rezaba el artículo 46 del anteproyecto de Real Decreto de Gestión e Inspección.

El prelegislador, con esta regulación, parte de una premisa errónea: el artículo 95.3 LGT no determina el ámbito objetivo del secreto profesional en el ámbito fiscal puesto que ambos dos regulan ámbitos diferenciados y superpuestos. El artículo 95.3 LGT tiene su fundamento en el buen funcionamiento de un sistema tributario de masas, imponiendo obligaciones de colaboración al profesional sobre datos y hechos muy concretos con transcendencia tributaria separados del núcleo de su relación profesional (STC 110/1984). Deberán además solicitarse con las garantías procedimentales oportunas; a saber, autorización administrativa, motivación individualizada sobre la trascendencia tributaria y concreción sobre los datos solicitados con el fin de cumplir con la ausencia de arbitrariedad en la actuación administrativa prevista en el artículo 9.3 CE. Por otro lado, el secreto profesional protege "todos los hechos o noticias de que conozcan por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional" (artículo 542.3 LOPJ). Esto es, se protege la relación de defensa, asesoramiento y representación del cliente en pro de los derechos de defensa e intimidad consagrados en los artículos 6 y 8 CDEH.

Un claro ejemplo que define su diferencia podría ser el expuesto más arriba acerca de un requerimiento por parte de la Administración sobre las facturas emitidas por el abogado al cliente. Mientras que los datos económicos de dichas facturas sí son susceptibles de ser comunicados a la Administración ex artículo 93.5 LGT no lo es la cuestión jurídica que subyace dicha factura en virtud de la protección del secreto profesional. De la misma manera, el profesional podría ser requerido—en virtud del artículo 93 LGT— para informar de un asiento en una cuenta corriente bancaria referente al pago de sus honorarios. Sin embargo, sería arbitrario, ergo ilegal, el requerimiento de información sobre las cuestiones jurídicas que subyacen aquel pago. Por tanto, en este primer anteproyecto se ha confundido por parte del legislador el transmitir información sobre un mecanismo transfronterizo, con una obligación de colaboración más.

15. DA 23.2 LGT." Se consideraran titulares del deber de secreto profesional al que se refiere el apartado 5) del artículo 8 bis ter de la Directiva 2011/16/UE del Consejo, los que tuvieran la consideración de intermediarios conforme a dicha Directiva, con independencia de la actividad económica desarrollada, con respecto a los datos privados no patrimoniales y datos confidenciales a los que se refiere el artículo 93.5 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, que reciban u obtengan de los obligados tributarios interesados en un mecanismo transfronterizo de los definidos en la Directiva.

Esto resulta estremecedor dado que supondría no solo vaciar de contenido el secreto profesional al reducir a su mínima expresión su ámbito objetivo sino que, además, se haría a través de una ley ordinaria.

Esta fórmula no fue avalada por ninguna de aquellos órganos constitucionales que, como ya hemos advertido en este trabajo, rehusaron en considerar que dicho artículo pueda contener la regulación sustantiva del secreto profesional en el ámbito fiscal. De esta forma, quedó evidenciado que la opción de legislador con este primer anteproyecto fue evitar determinar la influencia del secreto profesional en este ámbito y facilitar su regulación invocando una normativa que ni lo puede sustituir ni mucho menos es el régimen idóneo como garantía de aquel derecho-deber[16].

De este modo, el legislador rectificó su propuesta y acogió las tesis del CGPJ plasmándose en un segundo proyecto de transposición de la DAC6 siendo finalmente aprobado por la Ley 10/2020 con el siguiente tenor literal:

(DA 23.2 LGT) "*Estarán dispensados de la obligación de información por el deber de secreto profesional al que se refiere el apartado 5 del artículo 8 bis ter de la Directiva 2011/16/UE del Consejo, los que tuvieran la consideración de intermediarios conforme a dicha Directiva, con independencia de la actividad desarrollada, y hayan asesorado con respecto al diseño, comercialización, organización, puesta a disposición para su ejecución o gestión de la ejecución de un mecanismo transfronterizo de los definidos en la Directiva, con el único objeto de evaluar la adecuación de dicho mecanismo a la normativa aplicable y sin procurar ni facilitar la implantación del mismo.*

El intermediario obligado por el deber de secreto profesional podrá quedar liberado del mismo mediante autorización comunicada de forma fehaciente por el obligado tributario interesado."

En este caso, se destierra la referencia al artículo 93.5 LGT y se lleva a cabo un ejercicio de mayor concreción del secreto profesional. En concreto, la DA 23.2 LGT proyecta la dispensa por secreto profesional a todos aquellos profesionales que "*(...) hayan asesorado con respecto al diseño, comercialización, organización, puesta a disposición para su ejecución o gestión de la ejecución de un mecanismo transfronterizo de los definidos en la Directiva, con el único objeto de evaluar la adecuación de dicho mecanismo a la normativa aplicable y sin procurar ni facilitar la implantación del mismo*."

16. Herrero de Egaña Espinosa de los Monteros, J.M. (18 de septiembre de 2019). El secreto profesional del abogado en la proyectada nueva disposición adicional 24ª de la ley General Tributaria. ElDerecho.com (LEFBVRE) **https://elderecho.com/secreto-profesional-del-abogado-la-proyectada-nueva-disposicion- 24a-la-ley-general-tributaria#_ftn2**

Esta solución supone diferenciar entre dos tipos de intermediarios fiscales con base en las funciones asumidas con respecto al mecanismo transfronterizo. Por un lado, los intermediarios principales o de primer nivel que son aquellos que toman una posición activa o de promoción en el diseño, comercialización, organización o en la puesta a disposición para su ejecución de un mecanismo transfronterizo sujeto a comunicación (conocidos en inglés como "promoters"). En este primer caso, no se reconoce el derecho al secreto profesional frente a la Administración en tanto en cuanto dichas funciones se consideran desconectadas con aquellas que son propias del ejercicio de la abogacía y, por ende, con el ámbito objetivo del secreto profesional. En otros términos, para el legislador español —asumiendo las tesis del CGPJ y Consejo de Estado— el tomar una posición proactiva participando en el diseño u organización de una estructura fiscal transnacional en búsqueda de la eficiencia de costes fiscales no forma parte de la actividad de defensa, asesoramiento o representación propia de la abogacía.

Por otro lado, sí gozarán de dicha prerrogativa y por tanto quedarán exentos de la obligación de información los intermediarios secundarios o de segundo nivel (conocidos en inglés como "service providers"). Estos son aquellos que lleven a cabo una labor pasiva de asistencia o asesoramiento sobre el diseño, comercialización, organización o en la puesta a disposición para su ejecución de un mecanismo transfronterizo sujeto a comunicación. En otras palabras, los profesionales que analicen si una determinada estructura fiscal preconfigurada —esto es, que ellos no han promovido ni ejecutado— se adecúa al marco legal vigente, sí estarán protegidos por el secreto, al considerarse que actúan bajo las funciones propias de la abogacía. En concreto, llevando a cabo el llamado asesoramiento neutro. Si resultase aplicable esta exoneración, el intermediario deberá comunicar dicha circunstancia a otro intermediario si lo hubiera, y si no, al propio contribuyente siendo estos últimos quienes tendrán que comunicar este mecanismo a la Administración.

3.2. Transposición de la dispensa por secreto profesional en otros Estados miembros

Una vez descrita la transposición de la dispensa por secreto profesional del legislador español es conveniente conocer otros modelos de transposición en países de nuestro entorno. Esta disparidad de regímenes es consecuencia del propio legislador europeo que en el artículo 8 bis.ter DAC6 concedió carta blanca a los Estados miembros para que fueran ellos quienes acomodaran el secreto profesional a las obligaciones comunes de información que imponía la Directiva. El fundamento de dicha opción de desarmonización se encuentra en la propia idiosincrasia nacional de este derecho-deber y la necesidad de unanimidad para su armonización entre los Estados miembros.

La cuestión no es menor pues supone la coexistencia de 27 modelos de dispensa por secreto profesional. Esto abrirá las puertas a que ciertos países —especialmente aquellos propensos a incrementar su inversión extranjera más que su recaudación— pretendan atraer operadores jurídicos a través de la imposición de obligaciones más laxas de información. Esta laxitud puede conseguirse entendiendo el secreto profesional de una forma amplia. De esta forma se dota a los operadores jurídicos de una mayor protección local frente a las obligaciones de la DAC6. Así, si las diferencias entre los Estados miembros fueran muy significativas y la acción de la inspección empieza a focalizarse en las operaciones informadas en virtud de la DAC6 como se prevé, es plausible que se creen una suerte de Estados paraíso en los que llevar a cabo operaciones de planificación fiscal internacional con el fin de evitar futuras contingencias fiscales[17].

En lo referente a la posición española, nuestro país ha adoptado un modelo de desprotección frente al operador jurídico, limitando sobremanera la prerrogativa por secreto profesional. Bien es cierto que, al igual que España, la totalidad de los Estados miembros recogen la exención a la obligación de comunicar por secreto profesional limitándola a la información obtenida en el ejercicio profesional de la abogacía. Sin embargo, ninguno de ellos limita ope legis cuáles son las actividades propias del ejercicio de la abogacía en el ámbito de la DAC6, y mucho menos, arrebatan dicha dispensa a los intermediarios principales por tomar una posición activa en el diseño, comercialización, organización, puesta a disposición para su ejecución o gestión de la ejecución de un

17. Rodríguez, J. (2020). El secreto profesional y la trasposición de la DAC 6. LEFEBVRE. **https://elderecho.com/secreto-profesional-la-trasposicion-la-dac-6**

mecanismo transfronterizo. Por lo expuesto, es probable que España vea reducido el número de operaciones sujetas a comunicación a favor de otras jurisdicciones que tienen regímenes más favorables.

En el siguiente cuadro se analiza la posición jurídica de los diferentes Estados miembros en lo que se refiere a la regulación de la dispensa por secreto profesional prevista en la DAC6. Se diferencia entre aquellos países que en sus textos de transposición han optado por reforzar el secreto profesional; recogen sin más la dispensa remitiéndose al significado de secreto profesional en su normativa interna; o han limitado el secreto profesional con oportunidad de la transposición de la DAC6.

Estados Miembros	Transposición favoreciendo el Secreto Profesional	Transposición neutral	Transposición restringiendo el Secreto Profesional
Austria		X	
Bélgica			X
Bulgaria		X	
Croacia		X	
Chipre		X	
Dinamarca		X	
Estonia		X	
Alemania			X
Hungría		X	
Irlanda	X		
Letonia		X	
Luxemburgo	X		
Malta		X	
Holanda		X	
Polonia			X
Eslovenia		X	
España			X
Rumania		X	
Francia		X	
Portugal	X		
Italia			X
Lituania			X
Grecia		X	
Suecia		X	
República Checa		X	
Eslovaquia		X	
Finlandia			X

Tabla 1.
Posición de cada Estado miembro en referencia a su modelo de transposición de la DAC6 en lo que concierne al secreto profesional. Fuente: elaboración propia. Datos obtenidos de diversas fuentes mencionadas en el apartado de Bibliografía.

IRLANDA

En Irlanda la transposición de la DAC6 se encuentra en el Chapter 3A of Part 33 of the Taxes Consolidation Act 1997 ("TCA 1997"); y the European Union (Administrative Cooperation in the Field of Taxation) Regulations 2012. Para conocer cómo ha integrado Irlanda el secreto profesional en este ámbito tenemos que acudir al Chapter 3A Part 33: 817J Legal professional privilege que guarda la siguiente dicción literal:

"*Esta sección establece que nada de lo dispuesto en el capítulo 3 obliga a un promotor a revelar a la Administración Tributaria cualquier información privilegiada con respecto a la cual dicho promotor podría mantener una reclamación por quebranto del secreto profesional en un procedimiento judicial*"[18].

Su modelo de transposición, a diferencia del español, no prescribe ninguna especificidad en lo referido al secreto profesional. Esto es, no crea una dualidad entre intermediarios primarios y secundarios. Más bien, se ciñe sin más a declarar la prerrogativa del promoter[19] sobre la exención por secreto profesional20 de acuerdo con su legislación interna.

En este sentido, para conocer si el modelo de transposición sobre secreto profesional en Irlanda es más laxo que en nuestro país, debemos acudir a su legislación interna con el ánimo de definir el concepto de legal professional privilege. En este sentido, en Irlanda existen dos dimensiones del secreto profesional: **1)** Legal Professional Privilege **2)** Litigation privilege. Realizando una analogía con el secreto profesional en España, el primero de ellos es el reflejo del secreto profesional de asesoramiento mientras que el segundo está vinculado a la acción defensa. Así, será la vertiente de asesoramiento la que nos ocuparemos de analizar en las siguientes líneas.

La jurisprudencia de Irlanda ha ido construyendo el concepto de Legal professional privilege —recordemos que sigue un sistema common law— estableciendo una serie de requisitos para que una determinada información quede protegida por dicha prerrogativa[21]:

---

18. "This section provides that nothing in Chapter 3 requires a promoter to disclose to the Revenue Commissioners any privileged information which is information with respect to which a claim to legal professional privilege could be maintained by that promoter in legal proceedings."
19. 817D Interpretation and general (Chapter 3): "promoter" is defined broadly to include any person, who, in the course of a relevant business, is responsible for the design, marketing, organisation or management of a scheme or who makes a scheme available for implementation by another person.
20. En inglés "Legal professional privilige" o, menos común, "professional secrecy"
21. Law Society Ireland. (2020). Legal Professional Privilege: Guidance and Ethics, In-House and Public Sector. **https://www.lawsociety.ie/Solicitors/Practising/Practice-Notes/legal-professional-privilege/**

1. Debe existir una comunicación entre abogado y cliente, pudiendo ser por medios orales o escritos; y en todo tipo de registros formales o informales.
2. Solo estarán protegidas las conversaciones entre abogado y cliente. La información obtenida por el abogado o cliente con terceras partes, incluso si es necesaria para otorgar el asesoramiento legal, no estará protegida.
3. La comunicación debe ser confidencial (Bord na gCon V Murphy (1970)).
4. La comunicación debe ser practicada en el curso de una relación profesional o con la intención de iniciarse (Buckley v Incorporated Law society (1994)).
5. La comunicación debe tener el propósito de obtener asesoramiento legal. La distinción entre las comunicaciones con propósito de asesoramiento legal y aquellas con otros propósitos no protegidas por aquel privilegio ha sido marcada por Smurfit Paribas Banl v. AAB Export Finance Ltd (1990). Los tribunales han entendido el concepto de legal advice de una forma amplia, donde solamente quedan excluidos las actuaciones del abogado que no son propias de su profesión como la realización de inversiones y operaciones de financiación así como la realización de ciertas operaciones societarias.

En definitiva, parece bastante improbable que, los denominados intermediarios primarios, no puedan disfrutar en este país de la prerrogativa del secreto profesional. Esto es así no solo por la mayor amplitud con la que se ha desarrollado aquel derecho-deber en Irlanda sino porque la propia dicción literal de su articulado de transposición nos invita a ello cuando otorga dicho beneficio a los propios promoters que no son más que el reflejo en nuestro ordenamiento de los intermediarios principales. Por tanto, si se pretendiera excluir a estos de la exención por secreto profesional se habría hecho, como en España, a través de la propia norma de transposición.

LUXEMBURGO

En el Principado de Luxemburgo han ido aún más allá con la protección del secreto profesional. La transposición a su ordenamiento interno se ha realizado a través de la Loi du 25 mars 2020 relative aux dispositifs transfrontières devant faire l'objet d'une déclaration (Mémorial A – No 192 du 26 mars 2020). A esta norma le precedió un borrador de Ley publicado el 8 de agosto de 2019 por el Gobierno luxemburgués. Este último, por mandato constitucional, fue objeto de revisión por el Council of State. Dicho órgano constitucional —encargado de emitir un informe preceptivo pero no vinculante— fue muy crítico con la forma en que dicho proyecto había tratado el secreto profesional, inclinándose por una posición radical: eliminar la obligación de comunicar prevista en la DAC6 a aquellos profesionales sujetos al secreto profesional al afectar a la propia sustancia de dicho privilegio.

El legislador luxemburgués, en el texto legislativo más arriba introducido, tomó la palabra al Council of State eliminando las obligaciones de comunicación a los abogados, contables y auditores por ser quien, bajo su derecho interno, están protegidos por el secreto profesional salvo que estos actúen fuera del ejercicio de su profesión. Nuevamente, parece absurdo que si entendiesen que las acciones propias del promoter están desconectadas con el ejercicio de la abogacía no lo hayan previsto en su normativa ni mucho menos les hayan eximido de las obligaciones de comunicación previstas en la DAC6.

PORTUGAL

Nuestro vecino ha previsto una exención por secreto profesional más amplia que el común de los Estados miembros. Mientras que en su primer borrador de transposición no contemplaba ningún tipo de privilegio legal, el texto finalmente aprobado, Lei n.º 26/2020 de 21 de julho, ha dado un giro de 180 grados.

Con las nuevas modificaciones no solo se recoge la exención por secreto profesional de previsión legal (*Legal profesional privilege*) sino que también se extiende al deber de sigilo contractual (*Contractual profesional privilege*) como así reza su artículo 13: "*En las situaciones cubiertas por el deber legal o contractual de secreto, la obligación de comunicar a la AT toda la información relativa a cualquiera de los mecanismos previstos en los artículos 3 y en el artículo 7 recae sobre el contribuyente (...)*"[22]

OTROS ESTADOS MIEMBROS: ALEMANIA, FINLANDIA, POLONIA, Y SUECIA

Existen otro grupo de Estados miembros que han aprovechado la transposición de la DAC6 para introducir restricciones en sus regímenes de secreto profesional que hasta ahora no se preveían. Así, en vez de permitir que su propio régimen de secreto profesional despliegue todos sus efectos en el ámbito de las obligaciones de información previstas en la DAC6 han introducido especificidades sobre este derecho-deber que lo limitan. Limitaciones que difícilmente podrían estar justificadas si se introdujesen como norma general en la regulación de sus regímenes nacionales de secreto profesional.

Este es el caso de Alemania, Finlandia, Polonia o Suecia. Estos países comparten una regulación semejante en lo que se refiere a la prerrogativa por secreto profesional.

22. Artigo 13.º Llei 26/2020 de 21 de julho: Cumprimento da obrigação de comunicação em caso de sigilo 1 — Nas situações cobertas pelo dever legal ou contratual de sigilo, a obrigação de comunicação à AT de todas as informações relativas a qualquer um dos mecanismos previstos no artigo 3.º e no artigo 7.º recai sobre o contribuinte (...).

En concreto han optado por permitir que incluso en aquellos casos en los que la exención por secreto profesional se active, el intermediario fiscal esté obligado a comunicar ciertos aspectos del mecanismo transfronterizo. En general, en estos países se prescribe la obligación al intermediario sujeto a secreto profesional de comunicar el mecanismo de una forma abstracta y anónima excluyendo cualquier información sobre el cliente.

Si estas especificidades previstas por estos países pudieran sin más trasladarse al régimen general del secreto profesional ¿esto significaría que el abogado defensor podría denunciar a la fiscalía unos hechos delictivos que conoce durante las conversaciones mantenidas con su cliente siempre que no identifique a dicho cliente? ¿Qué supone no identificarle? ¿Valdría con describirle? La respuesta es no. Bajo ningún concepto el abogado defensor podría desvelar dicha información pues chocaría frontalmente con el derecho a un proceso equitativo consagrado en el artículo 6 y 8 CEDH. Además, en España, supondría para el abogado, no solo la infracción de su código deontológico, sino la comisión de un delito tipificado en el artículo 199 del Código Penal. Entonces, ¿están estos países obligando a cometer un delito a sus abogados al imponerles deliberadamente la obligación de comunicar información protegida por el secreto profesional?

4. Reflexiones críticas

Llegados a este punto se cree necesario llevar a cabo una revisión crítica del encaje dado por nuestro legislador al secreto profesional en la transposición de la DAC6. Aunque se ha tornado inevitable adelantar un cierto examen crítico a lo largo de este trabajo, en este punto se tratarán con una mayor profundidad aquellos que se cree más flagrantes y suponen una mayor pérdida de derechos para la profesión de la abogacía. En concreto se van a poner sobre la mesa dos cuestiones; en primer lugar, la derogación velada del secreto profesional del abogado en su vertiente de asesoramiento al limitarse dicha prerrogativa al asesoramiento neutral; y en segundo lugar, la legalidad de la comunicación del intermediario exonerado por secreto profesional a otro intermediario, si lo hubiere, y en su defecto, al propio contribuyente.

4.1. Derogación velada del secreto profesional del abogado en su vertiente de asesoramiento

Con ocasión de la transposición de la DAC6 pues no tenía obligación de ello, España ha optado por definir lo que en este ámbito queda protegido por el secreto profesional. Contrariamente, la mayoría de los Estados miembros han decido reconocer sin más el secreto profesional como límite a las obligaciones impuestas por la DAC6. Ahora bien, el legislador español no ha llevado a cabo una limitación stricto sensu de este derecho-deber, simplemente se ha atenido a concretar en este ámbito las actuaciones que son propias del ejercicio de la abogacía de las que no lo son. De este modo, solo aquellas y no estas quedarían protegidas por la prerrogativa de secreto profesional derogando veladamente parte del contenido de aquel derecho-deber.

Este malabarismo legislativo ha culminado con la existencia de una dualidad de intermediarios que pueden intervenir en un mecanismo trasfronterizo y cuyas facultades de uso del secreto profesional difieren. Por un lado los intermediarios principales o de primer nivel que tienen una participación activa en el diseño, organización y comercialización del mecanismo transfronterizo. En suma, aquellos profesionales que ejecutan y activan la planificación, también conocido como "asesoramiento participativo"; y por otro, los que practican un "asesoramiento neutral", esto es, los intermediarios secundarios o de segundo nivel encargados solamente de evaluar la adecuación de un mecanismo preconfigurado a la normativa aplicable y sin procurar ni facilitar la implantación de este. A estos se les reconoce la exención de la obligación de informar por secreto profesional, mientras que aquellos se ven desprovistos de esta facultad ex DA 23.2 LGT.

El CGPJ en el informe más arriba mencionado es el órgano que ha propuesto esta dualidad que ha sido después acogida por el legislador español modificando su primer anteproyecto. Resulta por tanto paradójico que sea este órgano constitucional el que refiriéndose a ella afirme que "ciertamente la distinción es lábil y probablemente difícil en la práctica".

En efecto, no solamente es lábil, sino que considerar que el intermediario principal cuando promueve el diseño u organiza un mecanismo transfronterizo sujeto a comunicación por la DAC6 no está ejerciendo tareas de asesoramiento propias del ejercicio de la abogacía resulta una ficción puramente teórica. En la propia promoción del diseño y su organización va de suyo una opinión que se expresa para orientar una actuación de una determinada manera. Así, por ejemplo, cuando el abogado crea una estructura de double dipping con el fin de conseguir la mayor eficiencia en costes fiscales para su cliente no se limita a diseñar la planificación, como si de un autómata se tratase, sino que le da un encaje en el marco legal existente analizando la deducibilidad de los gastos en las diferentes jurisdicciones, los vehículos de inversión más oportunos así como advierte de las posibles contingencias fiscales que esta estructura puede suponer en cada una de las jurisdicciones participantes. Esto es, da un consejo experto empleando su pericia, en fin, asesora.

De la misma manera y tal como señala Gloria Marín Benítez[23] el mal llamado "asesoramiento neutral" es más un constructo teórico que una realidad práctica pues tal y como relata esta autora "si asesorar es 'dar consejo o dictamen' (Diccionario de

23. Marín Benítez, G. (25 de febrero de 2021) Reflexiones a propósito de la petición de decisión prejudicial de validez presentada al TJUE sobre la normativa belga de transposición de la DAC-6 (asunto C-694/20). Fiscal Blog. **http://fiscalblog.es/?p=6418**

la RAE, acep. 1) y consejo es 'opinión que se expresa para orientar una actuación de una determinada manera' (Diccionario de la RAE, acep. 1), cuando un cliente nos pide opinión o parecer sobre la mejor forma en derecho de hacer cualquier cosa, el consejo también afecta a la identificación de la mejor alternativa desde todos los puntos de vista (también el fiscal) para conseguir el propósito pretendido. Asesorar, dar consejo, no es lo mismo —sino algo más— que informar. ¿Cómo puede concebirse como algo neutral?

Crear una distinción entre asesoramiento neutral y participativo es capcioso y muy alejado de la práctica real de la abogacía. Todavía más, arrebatarle al abogado ex lege —aún más al cliente— su derecho al secreto profesional cuando ejercita aquel segundo tipo de asesoramiento plantea serias dudas de constitucionalidad y de adecuación al propio derecho de la Unión Europea. En este sentido, recordemos que el secreto profesional como garantía del abogado frente a la arbitrariedad de la actuación administrativa se define solamente con respecto a las funciones propias del abogado. Funciones que en nuestro ordenamiento vienen recogidas en el artículo 542.1 LOPJ con la siguiente extensión: "Corresponde en exclusiva la denominación y función de abogado (...) la dirección y defensa de las partes en toda clase de procesos, o el asesoramiento y consejo jurídico". De esta manera, aceptar la tesis del CGPJ positivizada a través de la DA 23.2 LGT supone acabar, aunque sea de forma velada, con parte de la proyección del secreto profesional sobre la función de asesoramiento del abogado.

El fundamento de esta dualidad se basa en el precedente marcado por la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo en transposición de la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. En este texto normativo, al igual que con la transposición de la DAC6, se definen los contornos de lo que se consideran para el legislador actividades propias del ejercicio de la abogacía y cuáles no. Nuevamente, estas últimas quedan fuera del coto vedado el secreto profesional.

En concreto, el artículo 2.1 LPBCFT donde se establecen los sujetos obligados a los deberes impuestos por dicha normativa —entre ellos la comunicación de ciertas actuaciones— en su apartado ñ) recoge la figura del abogado. Ahora bien, limita dichas obligaciones a aquellas actuaciones en las que el abogado sea un mero gestor de intereses ajenos y no actúe en el ejercicio de su profesión, esto es, cuando participe en "la concepción, realización o asesoramiento de operaciones por cuenta de clientes relativas a la compraventa de bienes inmuebles o entidades comerciales, la gestión de fondos, valores u otros activos, la apertura o gestión de cuentas corrientes, cuentas de

ahorros o cuentas de valores, la organización de las aportaciones necesarias para la creación, el funcionamiento o la gestión de empresas o la creación, el funcionamiento o la gestión de fideicomisos («trusts»), sociedades o estructuras análogas, o cuando actúen por cuenta de clientes en cualquier operación financiera o inmobiliaria".

Sobre esta cuestión ha tenido oportunidad de pronunciarse el TJUE y el TEDH en sendos recursos presentados por considerar vulnerado el secreto profesional del abogado. En ambos casos, el supuesto de hecho planteado guarda una estrecha relación con la trasposición llevada a cabo por España de la Directiva 2005/60/CE. Esto es, se pone en cuestión si aquellas obligaciones de colaboración del abogado que le imponen el deber de comunicar ciertas actuaciones puedan ser contrarias al deber que tiene este de guardar sigilo. Sin embargo, se hace desde dos perspectivas distintas. El TJUE mide su adecuación al artículo 6 CEDH mientras que el TEDH lo hace con respecto al artículo 8 CEDH.

En primer lugar, el tribunal de Luxemburgo en su sentencia de 26 de junio de 2007 en el asunto Ordre des barreaux francophones et germanophone y otros examina si el deber impuesto a los abogados de cooperar con las autoridades competentes en materia de lucha contra el crimen organizado y blanqueo de capitales pudiera constituir una violación del derecho a un proceso equitativo, artículo 6 CEDH. Aunque el Tribunal declara la importancia del secreto profesional indicando que sin él "el abogado no estaría en condiciones de cumplir adecuadamente su misión de asesoramiento, defensa y representación del cliente, quedando éste, por tanto, privado de los derechos que le confiere el artículo 6 del CEDH" acaba sentenciando que no se vulnera dicho artículo pues los abogados "sólo están sometidos a las obligaciones de información y de cooperación en la medida en que asistan a sus clientes en la concepción o realización de las transacciones, esencialmente de orden financiero e inmobiliario (...) o cuando actúen en nombre de su cliente y por cuenta del mismo en cualquier transacción financiera o inmobiliaria. Por regla general, tales actividades se sitúan, debido a su propia naturaleza, en un contexto que no tiene ninguna relación con un procedimiento judicial y, por lo tanto, al margen del ámbito de aplicación del derecho a un proceso justo." De esta forma, el TJUE descarta cualquier vulneración del artículo 6 CEDH habida cuenta que las actuaciones que deben ser comunicadas no forman parte de información que pueda comprometer un procedimiento judicial futuro. Finalmente, se cree importante señalar que el TJUE con el fin de defender su posición restrictiva con el secreto profesional apela al propio fundamento de la normativa europea declarando sobre las obligaciones de cooperación impuestas a los abogados que "se justifican por la necesidad de luchar eficazmente contra el blanqueo de capitales, que influye de

manera manifiesta en el aumento de la delincuencia organizada, el cual representa, a su vez, una amenaza especial para las sociedades de los Estados miembros."

Más interesante y esclarecedor es el caso planteado frente al TEDH de 6 de diciembre de 2012 en el asunto Michaud c. Francia. Nuevamente, este caso se refiere a la transposición que lleva a cabo aquel país sobre la Directiva en materia de lucha contra el crimen organizado y el blanqueo de capitales. Ahora bien, en este caso se trata de dilucidar si las obligaciones de colaboración que se le imponen al abogado son contrarias al artículo 8 CEDH que protege el derecho a la vida privada y familiar de las personas, de su domicilio y de su correspondencia. Aunque el Tribunal de Estrasburgo, al igual que el TJUE, vuelve a sentenciar en contra de la vulneración del secreto profesional, en este caso, son significativos los dos argumentos que emplea.

Primeramente se refiere el Tribunal a si la ya mencionada Directiva es conforme a los estipulado en el apartado 2 del artículo 8 CEDH "No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención 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".

En definitiva, en este primer argumento se trata de enjuiciar si la limitación al secreto profesional es proporcional con el fin que se pretende conseguir con la Directiva. Sobre este extremo el TEDH asume el argumento del Consejo de Estado francés que dictamina que "exigir de los abogados que notifiquen las sospechas que alberguen no suponía una injerencia en el ejercicio de ese derecho [secreto profesional] (...) teniendo en cuenta el interés general existente en luchar contra el blanqueo de capitales". De esta forma, el TEDH sentencia que la limitación dispuesta al secreto profesional es proporcional dado el fin que se pretende con las Directivas pues estas "forman parte de una serie de instrumentos internacionales destinados a la prevención de actividades que constituyen una amenaza seria para la democracia." Además, al igual que el TJUE, subraya que esta ponderación entre secreto profesional y lucha contra el blanqueo es conseguida también por las actuaciones limitadas y concretas que son objeto de comunicación: "el hecho de que los abogados estén sujetos a la obligación de notificar sus sospechas sólo en dos casos: cuando, en el contexto de su actividad profesional, tomen parte por cuenta y en nombre de sus clientes en transacciones financieras o inmobiliarias o actúen como administradores; y cuando asistan a sus clientes en la preparación o ejecución de transacciones relativas a ciertas operaciones definidas (...) sólo afecta a

tareas desempeñadas por abogados que son similares a aquellas realizadas por las otras profesiones sometidas a la misma obligación, y no afecta a la función que llevan a cabo en tanto que defensores de sus clientes (...)". En consecuencia, estas obligaciones de colaboración impuestas para el abogado no inciden en la esencia de la función defensora y de asesoramiento propia de la profesión del abogado.

En segundo lugar, el tribunal de Estrasburgo considera otro elemento previsto en la normativa francesa que abunda en su fallo desestimatorio. Este segundo argumento tiene que ver con la forma en que se procede a comunicar la información por parte del abogado a las autoridades. En el caso de la transposición francesa de aquella Directiva los abogados no comunican dicha información directamente al órgano administrativo encargado de la lucha contra el blanqueo en Francia (Tracfin), sino que lo hacen, según proceda, al presidente del Colegio de Abogados, Consejo de Estado o al Tribunal de Casación. Siendo después este colega profesional el que transmite dicha información al Tracfin. En este sentido el Tribunal dictamina que "cuando un abogado comparte información con un compañero de profesión, sometido a las mismas normas de conducta (...) el secreto profesional no ha sido violado. (...) El respectivo colega profesional (...) está mejor situado que nadie para determinar qué información está cubierta por el secreto profesional". Es decir, el Tribunal considera esta forma indirecta de comunicar la información a la Administración Pública funciona como un filtro que garantiza el respeto al secreto profesional.

En definitiva, de todo lo anterior el TEDH concluye que "teniendo en cuenta el objetivo legítimo perseguido y la particular importancia que reviste tal objetivo en una sociedad democrática, la obligación impuesta a los abogados de notificar las sospechas, tal y como se practica en Francia, no constituye una injerencia desproporcionada en el secreto profesional de los abogados. No ha habido, por ello, violación del artículo 8 del Convenio."

Esta lógica limitante del secreto profesional que se emplea en el ámbito de la prevención del blanqueo y financiación del terrorismo convalidada por la jurisprudencia anteriormente descrita es la misma que se ha proyectado en España en la transposición de la DAC6 como se deriva del informe del CGPJ. En los siguientes puntos se trata de sintetizar por qué no puede extrapolarse aquel razonamiento al ámbito de la DAC6 como ha hecho el legislador español habida cuenta de las notables discrepancias que existen entre ambas realidades:

- **El abogado que participa activamente en el diseño, organización y comercialización del mecanismo transfronterizo, esto es, el intermediario principal, no es un mero gestor de intereses ajenos.** La LPBCFT recoge una serie de actuaciones que quedan desprovistas del secreto profesional al considerarse que el abogado actúa fuera del ejercicio de su profesión desempeñando puramente la gestión de intereses ajenos. Entre estas actividades se encuentran la "compraventa de bienes inmuebles, la gestión de fondos, valores u otros activos, la apertura o gestión de cuentas corrientes, cuentas de ahorros o cuentas de valores, la organización de las aportaciones necesarias para la creación, el funcionamiento o la gestión de empresas o la creación, el funcionamiento o la gestión de fideicomisos («trusts»), sociedades o estructuras análogas, o cuando actúen por cuenta de clientes en cualquier operación financiera o inmobiliaria" (artículo 2.1 ñ LPBCFT). Parece razonable pensar, como plantea el TEDH, que nos encontramos ante "tareas desempeñadas por abogados que son similares a aquellas realizadas por las otras profesiones sometidas a la misma obligación, y no afecta a la función que llevan a cabo en tanto que defensores de sus clientes".

  Es decir, se puede coincidir con que la creación de una sociedad, la apertura de una cuenta corriente o la compra de un bien inmueble no son actuaciones propias de las funciones de defensa, asesoramiento y representación del abogado y por tanto, si existe una justificación fundada, el secreto profesional decae. Sin embargo, en el ámbito de la DAC6, las actuaciones que se consideran como gestión de intereses ajenos en palabras de CGPJ son la participación activa en el diseño, organización, y comercialización del mecanismo transfronterizo, es decir, no limitarse a analizar las consecuencias jurídicas del mecanismo en cuestión. Como líneas atrás se advirtió, afirmar que estas actuaciones no forman parte de un asesoramiento experto por parte del abogado en el que, además de la ejecución y promoción del mecanismo, va implícito un ejercicio de opinión o juicio técnico que se forma o emite sobre el propio mecanismo es insidioso. Si dicha tarea se incardina en la sola gestión de intereses, ¿quién más que el abogado puede diseñar u organizar un mecanismo transfronterizo que pueda suponer una planificación fiscal agresiva? ¿Diseñar dicho mecanismo implica el mismo juicio que abrir una cuenta corriente? De la misma forma, considerar que en la práctica existe el tal llamado "asesoramiento neutral" es falaz. El propio sustantivo ya implica un posicionamiento, esto es, un ejercicio de identificación de lo que puede o lo que debe hacer en relación con algo que afecta a su propio interés, aunque el mecanismo sobre el que se emite el juicio venga ya preconfigurado y no haya participado en su activación. En definitiva, el abogado cuando promueve el diseño, organiza o comercializa un mecanismo transfronterizo sujeto a comunicación lo hace ejerciendo un asesoramiento experto, función propia del ejercicio de la abogacía (artículo 542.1 LOPJ) protegido por el secreto profesional.

- **En una sociedad democrática limitar el derecho al secreto profesional para proteger las bases imponibles de los Estados miembros ni está justificado ni es proporcional al fin que persigue.** El TEDH en el asunto Niemietz c. Alemania y Michaud c. Francia declara que la prerrogativa al secreto profesional viene reconocida en el artículo 8 CEDH referido al secreto de las comunicaciones y el derecho al respeto de la vida privada, una noción que incluye actividades de naturaleza profesional o comercial. Así, el propio Tribunal concluye que "cualquier intromisión viola el artículo 8, a no ser esté prevista por la ley, persiga uno o más de los objetivos legítimos referidos en el párrafo 2 y sea necesaria en una sociedad democrática para alcanzar el mencionado objetivo u objetivos." Esto es, cualquier injerencia deberá no solo estar justificada sino ser proporcional al fin que persigue. En la exposición de motivos de la Directiva se indica que "los ingresos fiscales de los Estados miembros sufren a menudo una considerable merma, lo que impide a estos últimos aplicar políticas fiscales favorables al crecimiento".

  Por este motivo, sigue la Directiva "resulta crucial que las autoridades tributarias de los Estados miembros obtengan información completa y pertinente sobre los mecanismos fiscales potencialmente agresivos." Además, en el preámbulo de la Ley 10/2020 se indica claramente que "la obligación de declaración de un mecanismo transfronterizo no implica, per se, que dicho mecanismo sea defraudatorio o elusivo, sino únicamente que en él concurren determinadas circunstancias indiciarias de planificación fiscal que le hacen acreedor de la obligación de declaración." En este sentido, las obligaciones de comunicación previstas por el legislador europeo responden a una finalidad eminentemente recaudatoria y no se proyectan frente a actividades necesariamente ilícitas. De lo anterior se desprende que la injerencia sobre el secreto profesional no responde a una necesidad social imperiosa a la finalidad perseguida. Así se entiende de la interpretación que lleva a cabo el Tribunal de Estrasburgo en el Caso Campbell c. Reino Unido en el que, en un caso referido a la vulneración del artículo 8 CEDH sobre la interceptación de la correspondencia entre abogado y cliente, el Tribunal dictaminó que "sólo debería autorizarse en casos excepcionales si las autoridades tuvieran motivos para creer que existe abuso del privilegio por constituir el contenido de la carta una amenaza la seguridad del establecimiento o de terceros o porque reviste de otra manera un carácter delictivo." En este sentido, aunque tanto el Tribunal de Estrasburgo como Luxemburgo encontraron justificación en la injerencia sobre el secreto profesional en la lucha contra el crimen organizado y blanqueo de capitales, no parece razonable que lo hagan en lo que se refiere al incremento de las bases imponibles de los Estados miembros. Más aún en el caso español, donde la ponderación entre ambos fines se balanza desproporcionadamente hacía la protección de las

arcas públicas a través de una limitación desmedida del secreto profesional. Injerencia tal, que no encontramos en ninguna de las transposiciones implementadas en los países de nuestro entorno. Además, tampoco se prevé la garantía procedimental de informar a otro colega de profesión prevista en el ordenamiento jurídico francés. Contrariamente, la comunicación se realiza directamente a la propia Administración.

En suma, el uso como fundamento precedente de la normativa de prevención del blanqueo no es comparable al contexto de la DAC6. Así, el legislador español en su adecuación al marco del secreto profesional previsto en la Directiva se ha excedido al emplear dicho marco como guía en su ejercicio de transposición vulnerando el artículo 8 CEDH. En primer lugar, creando una dualidad artificial entre asesoramiento neutral y participativo, arrebatando a este último la posibilidad de ejercer la exención por secreto profesional al considerar errónea pero deliberadamente que, en dicho contexto, el letrado es un mero gestor de intereses ajenos. No, diseñar u organizar un esquema de planificación fiscal no es lo mismo que abrir una cuenta corriente o realizar una transferencia bancaria. Aquello requiere pericia y juicio técnico. En segundo lugar, tales injerencias no están justificadas de ninguna manera por la finalidad que pretende la Directiva. No, en una sociedad democrática incrementar las bases imponibles de los Estados miembros no es una necesidad imperiosa que justifique sacrificar parte del contenido del secreto profesional. Prerrogativa que vertebra el Estado de derecho.

4.2. Legalidad de la comunicación realizada por el intermediario exonerado por secreto profesional

En los casos en los que de acuerdo con la normativa nacional de cada Estado se activa la prerrogativa por secreto profesional, la DAC6 prevé en su apartado 5 del artículo 8.bis.ter que "*cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para exigir a los intermediarios que notifiquen sin demora sus obligaciones de comunicación de información en virtud del apartado 6 a cualquier otro intermediario, o cuando no exista tal intermediario, al contribuyente interesado.*"

En estos casos, continúa la Directiva "la obligación de presentar información sobre un mecanismo transfronterizo sujeto a comunicación de información recaerá en el otro intermediario notificado, o de no existir este, en el contribuyente interesado."

Esta disposición de la Directiva, transpuesta al ordenamiento jurídico español en la DA 24.1 LGT, genera dudas sobre su adecuación al propio derecho de la Unión Europea. La problemática es sencilla. En un mismo artículo, la propia Directiva reconoce el derecho al secreto profesional a los intermediarios fiscales estableciendo una exención a su obligación de comunicación para unas líneas más adelante arrebatárselo obligándoles a comunicar esta circunstancia a los demás intermediarios o al propio contribuyente. Esto es, en la práctica, el contenido del secreto profesional nace muerto en la DAC6.

Sobre esta cuestión se han planteado la primera cuestión prejudicial al Tribunal de Luxemburgo por el Tribunal Constitucional Belga[24] en febrero de 2021. El caso belga es aún más flagrante pues en su transposición, el abogado sujeto a secreto profesional está obligado a comunicar, si existe, a otro intermediario no solo su dispensa por secreto profesional, como ocurre en España, sino toda la información acerca del mecanismo sujeto a comunicación. Esto es así pues se prevé que el segundo de los intermediarios que participa en el mecanismo no cuenta con toda la información objeto de comunicación del mecanismo. Con esta transposición, el legislador belga da a entender erróneamente que el secreto profesional del abogado solo se proyecta frente a la Administración y no frente a los demás intermediarios que pudieran participar en el mecanismo.

En España, el abogado sujeto a secreto profesional tan solo debe comunicar dicha circunstancia a los demás intermediarios que participen en el mecanismo, sin deber comunicar el contenido del propio mecanismo como así se desprende del Modelo de Comunicación entre particulares previsto en el Anexo I de la Resolución de 8 de abril de 2021, del Departamento de Gestión Tributaria de la Agencia Estatal de Administración Tributaria.

Aunque la transposición en España no supone una vulneración tan descarada del secreto profesional como en Bélgica, también plantea serias dudas. Primeramente, en lo que se refiere a la obligación de comunicación prevista para el segundo de los intermediarios nada se prevé sobre su más que probable falta de información para cumplir con su obligación de información sobre el mecanismo sujeto a comunicación.

24. Mehboob, D. (22 de febrero, 2021). CJEU receives its first DAC6 case from Belgium high court. International Tax Review. **https://corriericilia.com/cjeu-receives-its-first-dac6-case-from-belgium-high- court**

Esta circunstancia nos hace cuestionarnos una posible consecuencia práctica, ¿deberá suplir esta ausencia de información requiriéndosela al primer intermediario, esto es, al abogado sujeto a secreto profesional? Si finalmente se procediera de esta manera en aras de la practicabilidad, estaríamos introduciendo el modelo belga en nuestro país. Esto supondría que al mismo tiempo que se reconoce al abogado el derecho al secreto profesional, se le arrebataría imponiéndole la obligación de comunicar dicha información sujeta a sigilo a otro profesional.

Conectado con la anterior, la segunda de las cuestiones es aún más problemática pues afecta a todos los Estados miembros con independencia de la forma en que hayan transpuesto la Directiva. Nos referimos al traslado al obligado tributario de la obligación de comunicar el mecanismo transfronterizo cuando en el mecanismo solo participa un intermediario y este está sujeto a secreto profesional y por tanto, dispensado del deber de comunicar. De esta manera, el legislador europeo da a entender que el secreto profesional solo es un derecho del abogado frente a la Administración y no un derecho del propio cliente. Obligar a este último a descubrir una información confidencial sujeta a secreto profesional es contrario al artículo 8 CEDH pues este, en palabras del TEDH en el asunto Michaud c. Francia, "ofrece una protección reforzada en el caso de los intercambios ["de correspondencia"] entre abogados y sus clientes." Así, la protección del contenido de sus comunicaciones es bidireccional, protegiendo tanto al abogado como al cliente. Entenderlo de otra manera supondría vaciar de contenido el artículo 8 CEDH pues va implícito a la propia comunicación —objeto de protección de dicho artículo— la existencia de un emisor y un receptor. Por ende, desproteger a cualquiera de ellos supondría desproteger la comunicación en si misma considerada.

En definitiva, el secreto profesional como derecho-deber protege tanto al abogado como al cliente que tiene derecho a que se guarde sigilo sobre la información compartida con su abogado en el contexto de una relación profesional. De esta manera, si la información compartida entre ambos interlocutores se encuentra protegida por el secreto profesional, no se lo podrá obligar a uno ni a otro bajo la amenaza de sanción, a descubrir la información protegida.

5. Conclusión

El Tratado de la Unión Europea ("**TUE**") establece en su artículo 2 que uno de los valores fundamentales de la Unión es el respeto a los derechos humanos. En este sentido, su artículo 6 hace efectivo este valor reconociendo, en su apartado 1, la misma virtualidad jurídica a los derechos enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea ("**la Carta**") que a los propios Tratados. Más aún, en su apartado 2 y 3 se estipula que la Unión se adhiere al CEDH y confiere a los derechos allí recogidos el valor de principios generales del Derecho de la UE. Esto es, estos derechos fundamentales se constituyen como derecho primario de la UE.

La DAC6 es un instrumento legislativo de derecho derivado y, por tanto, debe ser transpuesta de acuerdo con el derecho primario (TJUE, 26 de febrero 2013, asunto Melloni). Por su parte, el secreto profesional está indisolublemente ligado a los derechos fundamentales previstos en los artículos 6 y 8 CEDH que tienen su reflejo en los artículos 47, 48 y 49; 7 y 8 de la Carta. De esta manera, los Estados miembros en su transposición de la DAC6 deben observar dichos derechos fundamentales.

En nuestro caso, la tarea de transposición llevada a cabo por el legislador español es contraria al Derecho de la Unión Europea pues limita el secreto profesional al asesoramiento neutro, excluyendo de este al asesoramiento participativo. Así, en virtud del artículo 52 de la Carta, la limitación de dichos derechos tan solo está prevista cuando se respete el principio de proporcionalidad. Este principio requiere que las restricciones sean necesarias y efectivas para los objetivos de interés general. Ejercer un mayor control sobre las operaciones de planificación fiscal no delictivas con el fin de no ver mermados sus ingresos fiscales no parece un fin proporcional y necesario para tal limitación.

En definitiva, España no puede esgrimir una justificación proporcional y necesaria a la restricción de aquel derecho fundamental bajo el artículo 52 de la Carta. En consecuencia, existen razones suficientes para plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Luxemburgo cuestionando si la DA 23.2 LGT en transposición del apartado 5 del artículo 8.bis.ter de la Directiva 2011/16/UE infringe los artículos 6 y 8 CEDH; 47, 48 y 49; 7 y 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

En segundo lugar, el legislador europeo infringe el Derecho de la UE cuando, al activarse la exoneración por secreto profesional, impone la obligación de comunicar el mecanismo al obligado tributario. Nuevamente, sin superar el juicio de proporcionalidad previsto en el artículo 52 de la Carta. Por tanto, cabría plantear una cuestión prejudicial al TJUE cuestionando si el apartado 6 del artículo 8.bis.ter de la Directiva 2011/16/UE infringe el artículo 6 TUE en referencia a los artículos 8 CEDH y 7, 8 de la Carta.

De esta forma, para que la Directiva y su transposición fueran acordes con el derecho primario de la UE en lo que se refiere al secreto profesional se recomienda:

(1) Eliminar de la Directiva la obligación de informar tanto del abogado como de su cliente en aquellos casos que supongan compartir información referida a la defensa, asesoramiento o representación.
De esta manera, los abogados y sus clientes quedarían fuera del ámbito subjetivo de la norma en aquellos casos en los que la información compartida esté protegida por la prerrogativa del secreto profesional.

(2) Es conveniente crear un marco armonizado sobre la dispensa por secreto profesional en la propia Directiva.

(3) En caso de no realizarse el anterior punto, los Estados miembros, al transponer la Directiva, tienen la obligación de observar el derecho primario de la UE. No se puede limitar sui generis la garantía del secreto profesional. Solo deben ser objeto de notificación aquellas actuaciones del abogado en las que no ejerza las funciones propias de la abogacía comportándose como un mero gestor de intereses ajenos. Esto es, actividades de naturaleza similar a las previstas en la legislación europea sobre prevención del crimen organizado y blanqueo.

(4) En desarrollo del punto anterior, el secreto profesional del abogado debe cubrir tanto el asesoramiento neutral como participativo. Tan solo deberían ser objeto de comunicación las acciones concretas llevadas a cabo por el abogado que, en el ámbito del asesoramiento participativo pero separadas de las funciones propias de la abogacía, tienen como consecuencia un mecanismo de planificación agresiva, a saber: la comercialización de productos normalizados; creación, compra o cese de sociedades; operaciones de reestructuración etc.
En otras palabras, actuaciones que no requieren de una pericia o asesoramiento técnico-legal experto y en las que el abogado actúa como un mero gestor de intereses ajenos. Estas actuaciones deberían estar expresa y detalladamente recogidas en la Directiva.

(5) Debe incluirse un filtro en la Directiva que garantice que la información compartida por los abogados no vulnera el contenido de secreto profesional. En este sentido,

sería conveniente que la comunicación se llevase a cabo al colegio de abogados pertinente siendo este el obligado a informar a la Administración tras comprobar que aquella garantía no queda vulnerada.

Estados como Bélgica o Francia[25] ya han cuestionado la legalidad de la propia Directiva y su transposición en sendas cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Luxemburgo que todavía no han recibido respuesta. Ni mucho menos serán los últimos en manifestarse contrarios a esta normativa. En ambos casos han sido los colegios de abogados quienes han acudido a la justicia solicitando que sus tribunales cuestionen al Alto Tribunal europeo la legalidad de esta legislación derivada sobre el derecho primario de la Unión.

Los tribunales españoles y sus abogados, representados por sus colegios profesionales, deben movilizarse. Es más, tenemos más razones para ello por la propia idiosincrasia limitante del secreto profesional prevista por nuestro legislador. Cierto es que existe un razonable desinterés por parte de la abogacía en este ámbito. El causante: la errónea percepción de que la DAC6 se proyecta solamente sobre el abogado fiscalista.

Sin embargo, más allá del número de abogados que se vean afectados por esta normativa —pues es indiscutible su mayor énfasis en el ámbito tributario— lo que nos une aquí no es una cuestión de cantidad o expertise, sino de valores. El secreto profesional vertebra nuestro Estado de Derecho y no solo es una prerrogativa del abogado, aún más, es un derecho de todo ciudadano que garantiza el ejercicio de derechos fundamentales como el derecho de defensa (artículo 24 CE) y a la intimidad (artículo 18 CE). Defenderlo nos compete a todos y es que como efectivamente dijo Maquiavelo "*no puede haber grandes dificultades cuando abunda la buena voluntad*". Aboguemos por lo que es nuestro.

25. Béra, R. (6 de julio, 2021). Global Tax Alert: French Supreme Administrative Court requests preliminary ruling from ECJ. DLA Piper Publications **https://www.dlapiper.com/en/hongkong/insights/publications/2021/07/french-supreme-administrative- court-requests-preliminary-ruling-from-ecj/**

Bibliografía

(1) Barketilly Internacional. (2021). DAC 6 Country by Country Guide https://www.bakertilly.lu/media/8022/dac6-full- report.pdf

(2) Belgian Association of Tax Lawyers. (2019). Issues Related to the European Directive 2018/822 (DAC6) and its transposition into national law. https://www.batl-taxlaw.be/wp- content/uploads/2019/12/20191122-BATL-DAC-6-position.pdf

(3) Béra, R. (6 de julio, 2021). Global Tax Alert: French Supreme Administrative Court requests preliminary ruling from ECJ. DLA Piper Publications https://www.dlapiper.com/en/hongkong/insights/publications/2 021/07/french-supreme-administrative-court-requests- preliminary-ruling-from-ecj/

(4) Consejo de Estado. (2019). Dictamen 1072/2019 de 5 de marzo de 2019.

(5) Consejo General de la abogacía española. (2018). Medidas y recomendaciones para la prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo. https://www.abogacia.es/wp- content/uploads/2018/07/RECOMENDACIONES-PBC-ABOGADOS.pdf

(6) Consejo General del Poder Judicial. (2019). Informe sobre el Anteproyecto de Ley de transposición de la Directiva (UE) 2018/822, de 25 de mayo de 2018, que modifica la Directiva 2011/16/UE por lo que se refiere al intercambio automático de información en el ámbito de la fiscalidad en relación con los mecanismos transfronterizos sujetos a comunicación de información, y del proyecto de real decreto por el que se modifica el reglamento general de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos, aprobado por el Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio.

(7) Council Directive amending Directive 2011/16/EU on administrative cooperation in the field of taxation. Interinstitutional File: 2020/0148 (CNS). https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-12908- 2020-INIT/en/pdf

(8) Crespo Garrido, M. (2020). Mecanismos Preventivos de planificación fiscal, transposición de la directiva DAC6 y secreto profesional. Anuario Facultad de Derecho - Universidad de Alcalá XIII (2020) 189-214 https://ebuah.uah.es/dspace/bitstream/handle/10017/48349/m ecanismos_crespo_AFDUA_2020_N13.pdf?sequence=1&isAllow ed=y

(9) De Andrés Pérez, S. (2020). El secreto profesional de los abogados en la Directiva (UE) 2018/822 de intercambio automático de información en el ámbito de la fiscalidad en relación con mecanismos transfronterizos (DAC 6). Consejo General de la Abogacía Española https://www.abogacia.es/publicaciones/blogs/blog- subcomision-prevencion-blanqueo-capitales/215618/

(10) FUNCAS. (2021). Los presupuestos del Estado de 2021: una valoración. https://www.funcas.es/wp content/uploads/2021/01/02-2101_Sanz-y-Romero.indd_.pdf

(11) Garrido Suárez, H. (2010). Principios deontológicos y confiabilidad del abogado. [Tesis doctoral, Universidad de Alcalá] https://ebuah.uah.es/dspace/bitstream/handle/10017/8068/Te sis.pdf.txt;jsessionid=DABBD72F091B8EAD12DD768AA1949DB 5?sequence=5

(12) Herrero de Egaña Espinosa de los Monteros, J.M. (18 de septiembre, 2019). El secreto profesional del abogado en la proyectada nueva disposición adicional 24ª de la ley General Tributaria. ElDerecho.com (LEFBVRE) https://elderecho.com/secreto-profesional-del-abogado-la- proyectada-nueva-disposicion-24a-la-ley-general- tributaria#_ftn2

(13) Irish Tax and Customs. (2021). EU Mandatory Disclosure of Reportable Cross-Border Arrangements https://revenue.ie/en/tax-professionals/tdm/income-tax-capital-gains-tax-corporation-tax/part-33/33-03-03.pdf

(14) KPMG. (2021). EU mandatory disclosure rules (DAC6) — transposition and reporting overview https://assets.kpmg/content/dam/kpmg/xx/pdf/2021/02/eu-mandatory-disclosure-rules-dac6-transposition-and-reporting- overview.pdf

(15) Law Society Ireland. (2020). Legal Professional Privilege: Guidance and Ethics, In-House and Public Sector. https://www.lawsociety.ie/Solicitors/Practising/Practice-Notes/legal-professional-privilege/

(16) Lázaro Guillamón, C. (2011). Aproximación histórico- jurídica al deber de secreto de los abogados en el ejercicio de su profesión. Revista internacional de derecho romano 182-195 http://repositori.uji.es/xmlui/bitstream/handle/10234/38463/47893.pdf?sequence=1&isAllowed=y

(17) Marín Benítez, G. (10 de marzo, 2021) Does some Member States' implementation of the legal professional privilege exemption from DAC6 reporting infringe higher-ranking Union standards? European Tax Blog https://www.europeantax.blog/post/102gska/does-some- member-states-implementation-of-the-legal-professional- privilege-exemp

(18) Marín Benítez, G. (25 de febrero, 2021) Reflexiones a propósito de la petición de decisión prejudicial de validez presentada al TJUE sobre la normativa belga de transposición de la DAC-6 (asunto C-694/20). Fiscal Blog. http://fiscalblog.es/?p=6418

(19) Mehboob, D. (22 de febrero, 2021). CJEU receives its first DAC6 case from Belgium high court. International Tax Review. https://corriericilia.com/cjeu-receives-its-first-dac6-case-from- belgium-high-court

(20) Pérez Garrido, I. (26 de marzo, 2021). Nuevos avances en el procedimiento de aprobación de la DAC 8. Expansión.

(21) PwC Luxembourg. (2020). DAC 6 – Disclosure for certain cross-border arrangements – Luxembourg law now voted https://www.pwc.lu/en/newsletter/2020/disclosure-for-certain- cross-border-arrangements.html

(22) PwC Portugal. (2020). EU Direct Tax Newsalert Portugal – Revised draft law transposing DAC6. https://www.pwc.com/gx/en/tax/newsletters/eu-direct-tax-newsalerts/eudtg/dac6-revised-draft-law-portugal.pdf

(23) Rodríguez, J. (2 de junio, 2020). El secreto profesional y la trasposición de la DAC 6. ELDERECHO.COM (LEFEBVRE). https://elderecho.com/secreto-profesional-la-trasposicion-la- dac-6

(24) Tax Justice Network (2020). The State of Tax Justice 2020: Tax Justice in the time of COVID-19. https://taxjustice.net/wp-content/uploads/2020/11/The_State_of_Tax_Justice_2020_EN GLISH.pdf

(25) Trigueros Martín, M.J. (2016). Los límites a las actuaciones de obtención de información realizadas por la inspección: ineficaces unos, inexistentes otros. Centro de Estudios Financieros. https://www.fiscal-impuestos.com/sites/fiscal- impuestos.com/files/articulo-maria-jose-trigueros-martin- actuaciones-obtencion-informacion.pdf

(26) Uría Menéndez. (2021). DAC6 en España. Preguntas recurrentes. https://www.uria.com/documentos/circulares/1392/documento /12210/Guia_DAC6.pdf?id=12210

Anexo de legislación

(1) Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea

(2) Código Deontológico de la Abogacía Española aprobado por el Pleno del Consejo General de la Abogacía Española el 6 de marzo de 2019

(3) Constitución Española.

(4) Convenio Europeo de Derechos Humanos.

(5) Directiva (UE) 2018/822 del Consejo de 25 de mayo de 2018 que modifica la Directiva 2011/16/UE por lo que se refiere al intercambio automático y obligatorio de información en el ámbito de la fiscalidad en relación con los mecanismos transfronterizos sujetos a comunicación de información

(6) Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo.

(7) Directiva 2011/16/UE del Consejo de 15 de febrero de 2011 relativa a la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad y por la que se deroga la Directiva 77/799/CEE

(8) Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo.

(9) Ley 10/2020, de 29 de diciembre, por la que se modifica la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en transposición de la Directiva (UE) 2018/822 del Consejo, de 25 de mayo de 2018, que modifica la Directiva 2011/16/UE por lo que se refiere al intercambio automático y obligatorio de información en el ámbito de la fiscalidad en relación con los mecanismos transfronterizos sujetos a comunicación de información.

(10) Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

(11) Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

(12) Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial

(13) Orden HAC/342/2021, de 12 de abril, por la que se aprueba el modelo 234 de "Declaración de información de determinados mecanismos transfronterizos de planificación fiscal", el modelo 235 de "Declaración de información de actualización de determinados mecanismos transfronterizos comercializables" y el modelo 236 de "Declaración de información de la utilización de determinados mecanismos transfronterizos de planificación fiscal"

(14) Real Decreto 135/2021, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española.

(15) Real Decreto 1496/2003, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regulan las obligaciones de facturación, y se modifica el Reglamento del Impuesto sobre el Valor Añadido.

(16) Resolución de 8 de abril de 2021, del Departamento de Gestión Tributaria de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, por la que se aprueban los modelos de comunicaciones entre los intervinientes y partícipes en los mecanismos transfronterizos de planificación fiscal objeto de declaración.

(17) Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

(18) Tratado de la Unión Europea

Anexo de jurisprudencia

(1) Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo RC 7723/1995, 3 de febrero de 2001.

(2) Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo 143/1989, 6 de marzo de 1989.

(3) Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo 660/1990, de 10 de noviembre 1990.

(4) Sentencia del Tribunal Constitucional 110/1984, 26 noviembre de 1984 (B.O.E. 21 diciembre 1984)

(5) Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), asunto Ordre des barreaux francophones et germanophone y otros, 26 de junio de 2007.

(6) Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, asunto Melloni contra Ministerio Fiscal, 26 de febrero de 2013.

(7) Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 5ª), asunto Michaud contra Francia, 6 de diciembre de 2012.

(8) Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, asunto Campbell contra Reino Unido, 30 de agosto de 1990.

(9) Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, asunto Niemietz contra Alemania, 6 de diciembre de 1992.

FUNDACIÓN Mutualidad

DAC 6 vs secreto profesional de los abogados

Ignacio González del Yerro Velo de Antelo

Doble Máster en Abogacía y LLM en el Instituto de Empresa.Doble Grado en Derecho y Administración y Dirección de Empresas en la Universidad Carlos III de Madrid (Campus de Getafe)

IX Premios a la Excelencia Cátedra Fundación Mutualidad

FUNDACIÓN Mutualidad

Ignacio González del Yerro Velo de Antelo

Doble Máster en Abogacía y LLM en el Instituto de Empresa.
Doble Grado en Derecho y Administración y Dirección de Empresas en la Universidad Carlos III de Madrid (Campus de Getafe)

PRIMER PREMIO EXAEQUO
IX Premios a la Excelencia de la Cátedra Fundación Mutualidad Abogacía

2021

“Para ser libres hay
que ser esclavos
de la Ley”

Cicerón

FUNDACIÓN Mutualidad

1. **Introducción** 58
2. **Definiciones** 59
3. **La DAC 6** 61
   - 3.1. Evolución histórica. 62
   - 3.2. Proceso de análisis de aplicabilidad de la DAC 6. Introducción en el ordenamiento jurídico español. Nuevas obligaciones formales. 70
     - 3.2.1. ¿Existe un Cross-border arrangement (mecanismo transfronterizo)? 71
     - 3.2.2. ¿Existe obligación de comunicación del mecanismo transfronterizo en cuestión? 72
     - 3.2.3. ¿Quién es el sujeto obligado a declarar el mecanismo transfronterizo? 73
     - 3.2.4. ¿Qué información y cuál es la forma correcta de comunicar el mecanismo transfronterizo? 74
4. **El secreto profesional de los abogados** 77
   - 4.1. Evolución histórica y antecedentes. 80
5. **Colisiones entre ambas figuras** 82
6. **Conclusiones** 87
7. **Bibliografía** 90

FUNDACIÓN Mutualidad

8. Legislación citada 93

8.1. Directivas Europeas 93

8.2. Legislación interna Española 94

8.3. Legislación internacional 95

9. Jurisprudencia citada 96

9.1. Jurisprudencia Europea 96

9.2. Jurisprudencia Española 96

Resumen

En el presente trabajo pretendo abordar una de las temáticas más controvertidas del derecho fiscal en su vertiente internacional de los últimos años. Desde la aparición de la DAC 6 existe un fuerte debate doctrinal con dos posturas claramente diferenciadas. Por un lado, la de la Administración, con un cada vez mayor afán de control sobre los contribuyentes y, por el otro, los abogados, los cuales ven atacado de forma frontal uno de sus preceptos rectores más antiguos: el secreto profesional de la abogacía. A lo largo del trabajo se podrá observar de forma patente el difícil encuadre de ambas figuras las cuales, dada la coyuntura social actual, están obligadas a entenderse.

Palabras clave: abogacía, secreto profesional, deber deontológico, obligación de comunicar, seguridad jurídica.

Abstract

This paper aims to address one of the most controversial issues in international tax law in recent years. Since the appearance of the DAC 6, there has been a strong doctrinal debate with two clearly differentiated positions. On the one hand, the Administration one, with an ever- increasing desire to control taxpayers, and on the other hand, the one of the lawyers, who see one of their oldest guiding precepts being attacked head-on: the professional secrecy of the legal profession. Throughout this article, it will become clear that it is difficult to see how the two figures, which, given the current social situation, are obliged to understand each other, fit together.

Keywords: legal profession, professional secrecy, duty of professional conduct, obligation to disclose, legal certainty.

1. Introducción

Es indudable que nos encontramos ante un mundo cada vez más globalizado y digitalizado, con situaciones que generan problemáticas nunca vistas y a las que, a través de diversos mecanismos, se les intenta dar respuesta. Una de estas problemáticas está relacionada con el mundo de la fiscalidad internacional que, mediante asesores fiscales cada vez más preparados técnicamente, dan lugar a operativas de carácter transfronterizo realmente complejas y difíciles de rastrear por las diferentes Agencias Tributarias europeas. Es lo que se conoce como "ingeniería fiscal", la cual además de ser altamente remunerada por sus beneficiarios, está de máxima actualidad.

Todo ello, sumado al cada vez mayor afán recaudatorio del que "pecan" muchos gobiernos principalmente europeos, da pie a la necesidad de articular un sistema a través del cual se pueda captar y recolectar información que de otra forma sería inalcanzable para los sistemas operativos y tecnológicos de los que constan las Administraciones Tributarias (que en el caso de España no son pocos ni están desactualizados, llegando incluso a servir de modelo o referencia a otros países).

A través del presente trabajo intentaré abordar uno de los últimos problemas generados por el afán de articular un sistema de comunicación entre asesores fiscales/contribuyentes con las diferentes Administraciones Tributarias europeas, centrándome en el caso español que es la Agencia Estatal de la Administración Tributaria. Este proceso, denominado DAC 6, no se encuentra exento de polémica. Es más, actualmente está pasando un momento crítico, con su Reglamento recurrido por parte de la AEDAF[1] ante el Tribunal Supremo por considerar que existen deficiencias técnicas en su redacción y por el escaso margen de actuación concedido para su aplicación[2].

No obstante el interés que pueda surgir y la especial atención a la resolución que dictará sobre esta cuestión el Tribunal Supremo, en este trabajo abordaré la colisión que genera la Directiva DAC 6 y su normativa derivada de la transposición con uno de los principios generales del ordenamiento jurídico: el deber de mantener el secreto profesional por parte de los abogados.

---

1. Abreviatura de la Asociación Española de Asesores Fiscales. También se ha recurrido ante la Audiencia Nacional la Orden HAC/342/2021, por la que se aprueban los modelos informativos 234,235 y 236.
2. Gil Pecharromán X. "Los asesores fiscales recurren el Reglamento de la DAC 6 y las órdenes de los modelos de declaración" publicado en El Economista y disponible en este **link**

2. Definiciones

La Directiva de la Unión Europea 2018/822 del Consejo, de fecha de 25 de mayo de 2018 (en adelante "DAC 6") es una Directiva Europea que introduce la obligación de comunicar aquellas operaciones que, según las definiciones recogidas en la mencionada Directiva, puedan entrar en la consideración de "planificación fiscal potencialmente agresiva".

El deber de mantener el secreto profesional de los abogados en relación con sus clientes, además de ser uno de los principios rectores del ejercicio profesional de la Abogacía tal y como establece el artículo 1.3 del Estatuto General de la Abogacía Española[3] (en adelante "EGAE"), aparece regulado en el artículo 542.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial[4] (en adelante "LOPJ") y en los artículos 21 y siguientes del anteriormente mencionado EGAE. Se establece como secreto profesional "el deber y el derecho 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"[5], circunscribiendo el ámbito de dicho secreto a "hechos, comunicaciones, datos, informaciones, documentos y propuestas que, como profesional de la Abogacía, haya conocido, emitido o recibido en su ejercicio profesional"[6].

Como fácilmente se aprecia, estamos ante una posible colisión entre ambos conceptos. Esto ocurre debido a que dicha "planificación fiscal potencialmente agresiva" suele ser estructurada, gestionada y dirigida por un profesional perteneciente al mundo de la abogacía. Es el abogado el que, mediante sus conocimientos técnicos de diversas materias sobre derecho mercantil, societario y tributario, consigue estructurar este tipo de operativas para alcanzar un significativo ahorro fiscal para sus clientes.

3. Real Decreto 135/2021, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española
4. Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial
5. Artículo 21.1. del Real Decreto 135/2021, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española
6. Artículo 22.1. del Real Decreto 135/2021, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española

Una vez patente dónde queda localizado el punto de colisión entre ambas figuras, es importante hacer un análisis detallado de las mismas, con el objetivo de entender la importancia y relevancia de cada una de ellas y, así poder extraer conclusiones. Por ello, comenzamos con la Directiva Europea DAC 6.

3. La DAC 6

Para entender la aparición de esta Directiva DAC 6 tenemos que ponernos en contexto:

1. El programa de la OCDE[7] "*Base Erosion and Profit Shifting*" (en español Plan de acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios), también conocido como "BEPS", estableció en su Acción número 12 la necesidad de perseguir la eliminación de aquellas prácticas fiscales que, por su especial operativa, pudiesen ser calificadas como perniciosas.

2. En noviembre del año 2014, se produce el escándalo de "*LuxLeaks*", sale a la luz que Luxemburgo tenía documentos firmados con casi 350 multinacionales[8] para llevar a cabo una reducción de sus facturas fiscales, lo que provocó un escándalo a nivel internacional.

3. Posteriormente en 2016, salen a la luz los "*Panama Papers*"[9], otro escándalo internacional a través del cual salieron a la luz los negocios "offshore" de gente reconocida a nivel mundial.

Todo ello, sumado al hecho de que la Unión Europea estaba empezando a ser consciente de que se estaban dando un mayor número de acuerdos entre Estados y empresas (en inglés "*Advance Pricing Agreements" o "Tax Rulings*") para atraer inversión extranjera a cambio de reducir la tributación individual de estas compañías, dio pie a la necesidad de articular, de alguna forma, un mecanismo para poder recabar y, posteriormente gestionar, dicha información. Los principales objetivos perseguidos por el mecanismo europeo DAC implantado son:

7. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico
8. El Economista: "'LuxLeaks': Luxemburgo firmó cientos de acuerdos secretos con empresas para evitar impuestos". Disponible a través del siguiente **link**
9. Fitz Patrick M. (2019) "¿Qué son los Panama Papers?". Disponible a través del siguiente **link**

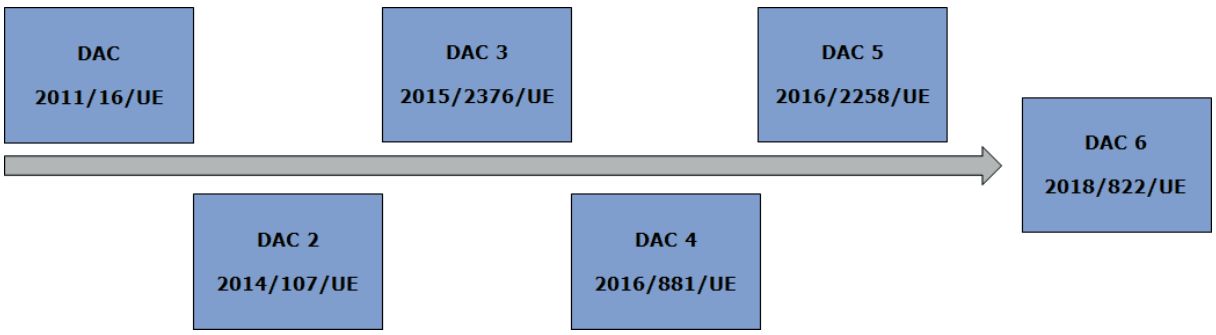
1. Aumentar la capacidad de reacción cuando se implementen este tipo de operativas agresivas fiscales.

2. Incrementar la cantidad de información recabada para, con la misma, poder llevar a cabo mejores análisis de riesgos y más eficaces inspecciones fiscales.

3. Un efecto disuasorio sobre los contribuyentes, los cuales, al ver el carácter sancionador de esta Directiva, optaran por no implementar este tipo de estrategias y reducir así el riesgo a ser sancionados por utilizarlas.

3.1. Transposición de la dispensa por secreto profesional de los abogados en España

A modo introductorio, se acompaña una línea temporal en la que se refleja el proceso legislativo que se ha producido de forma previa a la aprobación y posterior entrada en vigor de la DAC 6. Como veremos este proceso lleva gestándose desde el año 2011 y su proceso parece no tener fin, pues como comentaremos posteriormente, tanto la DAC 7 (servicios digitales) como la DAC 8 (criptomonedas) se encuentran ya en camino.



Fuente propia

Anteriormente y de forma previa a la entrada de España en la entonces Comunidad Económica Europea (CEE) (1 de enero de 1986), entró en vigor la Directiva 77/799/CEE[10] a través de la cual se buscaba una asistencia entre las autoridades fiscales competentes de los diferentes Estados Miembros de la CEE en relación con los impuestos directos y los relativos a las primas de seguros. Dicha Directiva Europea, posteriormente modificada en diversas ocasiones entre las que destaca la modificación introducida por la Directiva 2004/56/CE[11] que buscaba acelerar el flujo de información transmitido entre las autoridades fiscales, marcó el comienzo de las actuaciones de cooperación entre las diferentes Administraciones europeas en aras a poder tener un mayor control sobre los componentes internacionales de los bienes o derechos poseídos por los contribuyentes de un determinado Estado Miembro de la Unión Europea Mandatory Disclosure Rules), en el que en la actualidad nos encontramos en su sexto escalón o peldaño y cuyo contenido es el objeto de análisis del presente trabajo.

En relación con la DAC original[12], también conocida como DAC 1 o Automatic Exchange Of Information Directive ("AEOI"), se aprobó el 15 de febrero de 2011 y tenía como objetivo primordial la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad. Tal y como se detalla en las consideraciones previas al texto legislativo, la mundialización y la creciente movilidad de los sujetos pasivos provocan la necesaria aprobación de mecanismos actualizados a través de los cuales se consiga un efectivo intercambio de información para situaciones particulares, en las cuales el Estado Miembro solicitante no sería capaz de recabar la suficiente información de componente internacional. De esta forma, se estaba poniendo la primera piedra en el proceso de evitar y desincentivar el fraude y la evasión fiscal que, la hasta entonces vigente Directiva 77/799/CEE provocaba debido a su gran número de deficiencias y a su patente desactualización.

Esta Directiva se traspuso en el ordenamiento español a través del Real Decreto 1558/2012 y establecía los procesos de intercambio de información relativos a determinadas rentas, tales como sueldos y salarios, seguros de vida, inversiones de carácter inmobiliario o pensiones.

---

10. Directiva 77/799/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1977, relativa a la asistencia mutua entre las autoridades competentes de los Estados Miembros en el ámbito de los impuestos directos
11-. Directiva 2004/56/CE del Consejo de 21 de abril de 2004 por la que se modifica la Directiva 77/799/CEE relativa a la asistencia mutua entre las autoridades competentes de los Estados miembros en el ámbito de los impuestos directos, de determinados impuestos sobre consumos específicos y de los impuestos sobre las primas de seguros
12. Directiva 2011/16/UE del Consejo, de 15 de febrero de 2011, relativa a la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad y por la que se deroga la Directiva 77/799/CEE

Posteriormente, la DAC 2[13], también conocida como Common Reporting Standard Directive ("CRS") se aprobó el 9 de diciembre de 2014 y buscaba alcanzar un intercambio de información de carácter financiero y, más concretamente, de cuentas financieras. Concretamente se establece que para alcanzar el objetivo de intercambio de información, "los Estados miembros deben exigir a sus instituciones financieras que apliquen normas de comunicación de información y diligencia debida que sean perfectamente compatibles con las establecidas en el estándar común de comunicación de información elaborado por la OCDE" [14].

Es en este contexto en el que aparece la Foreign Account Tax Compliance Act o también llamada "FATCA" [15], aprobada el 18 de marzo del 2010 y en vigor desde el 1 de enero del 2013. Tiene como principales objetivos:

1. Evitar el fraude fiscal de los residentes fiscales en EEUU (US persons/US Entities), que, con el fin de ocultar a la autoridad tributaria estadounidense (Internal Revenue Service–IRS) determinados rendimientos derivados de inversiones en activos financieros, deciden obtenerlos a través de cuentas off-shore (cuenta bancaria en un país con ventajas fiscales) mantenidas con entidades financieras extranjeras.

2. Establecer un régimen de comunicación automático de información entre los EE UU (IRS) y las instituciones financieras extranjeras (Foreign Financial Institutions - FFI) sobre cuentas financieras de ciudadanos estadounidenses gestionadas, administradas y/o depositadas en dichas instituciones.

El tercer paso de este proceso se completa con la aprobación de la Directiva 2015/2376 y su posterior transposición en el ordenamiento jurídico español a través del Real Decreto 1070/2017. Esta Directiva, también conocida como DAC 3 fue aprobada el 8 de diciembre de 2015 (aunque entró en vigor en 2017) y tenía como principal objetivo que los países comunicasen lo que se conoce como Advance Pricing Agreements ("APA" o Acuerdos Previos sobre Precios de Transferencia en español) o Tax Rulings.

Un Tax Ruling o APA son acuerdos alcanzados entre la Administración Tributaria de un Estado y un contribuyente (Starbucks[16] - Cases T-760/15 and T-636/16- y Apple[17] - Cases T-778/16 and T-892/16 - son dos claros supuestos) para, antes de la liquidación

13. Directiva 2014/107/UE del Consejo de 9 de diciembre de 2014 que modifica la Directiva 2011/16/UE por lo que se refiere a la obligatoriedad del intercambio automático de información en el ámbito de la fiscalidad
14. Considerando noveno de la Directiva 2014/107/UE del Consejo, de 9 de diciembre de 2014 , que modifica la Directiva 2011/16/UE por lo que se refiere a la obligatoriedad del intercambio automático de información en el ámbito de la fiscalidad
15. Aparece regulada en el Internal Revenue Code (Título 26, Capítulo 4; Subtítulo A - Taxes to enforce reporting on certain foreign accounts - Secciones 1471 a 1474 y 6038)

del impuesto, fijar unas condiciones específicas de tributación (también conocido en España como los acuerdos previos de valoración). El caso Apple, quizá por ser el más moderno o por ser el de mayor cuantía (aproximadamente 13.000 millones), ha sido el de mayor reconocimiento mediático, llegando a ser calificado como "la derrota más dolorosa de la Comisión Europea"[18].

En el caso de Apple, el Tax Ruling consiste en acuerdos de imputación de ingresos y gastos entre la casa central y las sucursales en Cork, de forma que los ingresos se canalizan a la casa central (eludiendo imposición efectiva), mientras que los gastos significativos, se imputan a las sucursales irlandesas.

El Tax Ruling suscrito por Starbucks, a diferencia del anterior, disponía que se aplicase un método de cálculo de precios de transferencia que, según la Comisión, suponía una muy reducida carga tributaria. Esto es, que el Transactional Net Margin Method (TNMM), método acordado en el Tax Ruling, supone una tributación inferior que la que se derivaría de la aplicación del Comparable Uncontrolled Price Method (CUP).

Lo que se pretende a través de los Tax Ruling es la aplicación de medidas tributarias más beneficiosas para las citadas compañías, todo ello en el seno de los precios de transferencia. El argumento esencial de la Comisión, no es otro que la vulneración del artículo 107 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (comunicación de la ayuda de estado), en cuanto los mismos favorecen a las referidas mercantiles; errando el organismo europeo en la ausencia de comparación cuantitativa de lo que supondría la aplicación de unas medidas frente a otras.

Esta problemática de los Tax Ruling llegó hasta tal extremo que el Director de la Agencia Tributaria Luxemburguesa, Mr Kohl, pasó a ser conocido como Monsieur Ruling[19]. Esto fue debido a que durante sus 22 años al frente de este organismo aprobó miles de acuerdos fiscales beneficiosos con empresas internacionales que invertían capital en Luxemburgo, garantizando 1.200 millones de euros de ingresos fiscales anuales para su país.

16. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Séptima) de 24 de septiembre de 2019 - Caso Starbucks. Disponible a través del siguiente **link**
17. Sentencia del Tribunal General (Sala Quinta) de 31 de enero de 2019 - Caso Apple. Disponible a través del siguiente **link**
18. Esteban, L.A. (2020), "APPLE: la derrota más dolorosa de la Comisión Europea", publicado en Legal Today. Disponible a través del siguiente **link**
19. Roig M. (2014): "El paraíso de Monsieur Ruling" disponible a través del siguiente **link**

En relación con la **DAC 4**[20] se introdujeron los hoy en día muy utilizados Country by Country Reports. Esta Directiva aprobada el 25 de mayo de 2016 pero en vigor desde el 2017, se transpone al ordenamiento jurídico español mediante el Real Decreto 634/2015 y la Orden HFP/1978/2016. Con esta Directiva se cumple con las conclusiones de la Acción 13 del Plan de Acción "BEPS" o "*Base Erosion and Profit Shifting*"[21] para conseguir, de forma definitiva, una verdadera obligación de documentación e información de las operaciones vinculadas y precios de transferencia realizadas de forma intragrupo por grupos societarios de carácter multinacional. Es una obligación meramente informativa ya que se establece expresamente que "en ningún caso dicho instrumento puede servir de base a la Administración tributaria para realizar ajustes de precios", pero es una herramienta realmente potente para tener un control sobre este tipo de operaciones las cuales, en ocasiones, son difíciles de comprender.

El penúltimo paso lo conforma la Directiva 2016/2258 o DAC 5. La misma se aprueba el 6 de diciembre del 2016 pero no entra en vigor hasta el año 2018. La misma se conoce como la Anti-Money Laundering Information Directive y habilita el acceso a los procedimientos, documentos, mecanismos o, en definitiva, cualquier clase de información relacionada con la Prevención de Blanqueo de Capitales por parte de las autoridades fiscales.

La única precisión en relación con esta ley, es la establecida por la extensa jurisprudencia de los Tribunales de Derechos Humanos y de Justicia de la Unión Europea, los cuales precisan que "dicha ley debe ser clara y precisa, y su aplicación clara y previsible para las personas sujetas a ella"[22]. Esto es debido al alto nivel de sensibilidad de este tipo de información, por lo que hay que evitar al máximo un posible mal uso de la misma.

Por último, el 25 de mayo de 2018 se aprueba la Directiva 2018/822 o también conocida como **DAC 6**. Esta Directiva, junto con el impacto que tiene sobre el secreto profesional de los abogados objeto de análisis es, a día de hoy, el último paso aprobado relativo a Directive on Administrative Cooperation. Como ya he señalado, introduce la obligación de comunicar aquellas operaciones que puedan entrar en la consideración de "planificación fiscal potencialmente agresiva", buscando así alcanzar una rápida

20. Directiva (UE) 2016/881 del Consejo de 25 de mayo de 2016 que modifica la Directiva 2011/16/UE en lo que respecta al intercambio automático obligatorio de información en el ámbito de la fiscalidad
21. Más información sobre "Base Erosion and Profit Shifting" disponible en la página web de la OCDE a través del siguiente **link**
22. Considerando Sexto de la DIRECTIVA (UE) 2016/2258 DEL CONSEJO de 6 de diciembre de 2016 por la que se modifica la Directiva 2011/16/UE en lo que se refiere al acceso de las autoridades tributarias a información contra el blanqueo de capitales. Disponible a través del siguiente **link**

reacción por parte de las Administraciones Tributarias para evitar este tipo de prácticas y, a su vez, colmar posibles lagunas jurídicas que puedan seguir existiendo[23].

Además, consideramos importante mencionar que este proceso, continuo e imparable, ya tiene en tramitación la **DAC 7**[24], a partir de la cual se van a extender las Normas de Información al ámbito de las plataformas digitales, exigiendo a los vendedores que informen de los ingresos que obtienen por el uso de una determinada plataforma. Esta Directiva, aún no transpuesta en el ordenamiento jurídico español ha sido, hasta el 31 de mayo del 2021, objeto de consulta pública por parte del Ministerio de Hacienda[25].

En esta línea, el Gobierno Español ha aprobado el Impuesto sobre Determinados Servicios Digitales (en adelante "IDSD"), también conocido como la Tasa Google que, pese a todo el impacto mediático que ha tenido, es altamente probable que quede sin efecto en un corto plazo de tiempo por los acuerdos alcanzados en la última reunión del G7. Estos acuerdos exigen, por imposición de Estados Unidos, la eliminación de este tipo de impuestos para activar una tributación mínima del 15% en todas las jurisdicciones[26].

La Tasa Google es un impuesto de carácter indirecto introducido en el marco normativo español a principios del año 2021 con el objetivo de gravar a grandes compañías por determinados servicios digitales desempeñados en España y que, debido principalmente a reglas de deslocalización y al hecho de que no cuentan con presencia física ni material en España, hasta este año quedaban libres de gravámenes en el territorio español.

Constituyen el objeto del IDSD las prestaciones de determinados servicios digitales. En concreto, se trata de servicios digitales en relación con los cuales existe una participación de los usuarios que constituye una contribución al proceso de creación de valor de la empresa que presta los servicios, y a través de los cuales la empresa monetiza esas contribuciones de los usuarios. En concreto, el impuesto se limita a gravar únicamente las siguientes prestaciones de servicios ("servicios digitales"), entre los que se encuentran la inclusión, en una interfaz digital, de publicidad dirigida a los usuarios de dicha interfaz ("servicios de publicidad en línea"); la puesta a disposición de

23. Marín Benitez G. (2021): "Is DAC6 a proportional measure?". Disponible a través del siguiente **link**
24. Directiva (UE) 2021/514 del Consejo de 22 de marzo de 2021 por la que se modifica la Directiva 2011/16/UE relativa a la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad
25. Consulta pública previa sobre la trasposición al derecho español de la Directiva (UE) 2021/514 del Consejo de 22 de marzo de 2021 por la que se modifica la Directiva 2011/16/UE relativa a la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad. Disponible a través de este **link**
26. Giménez O. (2021): "El acuerdo del G7 obligará al Gobierno a acelerar la reforma de la Ley de Sociedades". Disponible a través del siguiente **link**

interfaces digitales multifacéticas que permitan a sus usuarios localizar a otros usuarios e interactuar con ellos, o incluso facilitar entregas de bienes o prestaciones de servicios subyacentes directamente entre esos usuarios ("servicios de intermediación en línea"); y la transmisión, incluidas la venta o cesión, de los datos recopilados acerca de los usuarios que hayan sido generados por actividades desarrolladas por estos últimos en las interfaces digitales ("servicios de transmisión de datos").

Concretamente, tendrán la consideración de contribuyentes por el IDSD las personas jurídicas y entidades a que se refiere el artículo 35.4 de la Ley General Tributaria, ya estén establecidas en España, en otro Estado miembro de la Unión Europea o en cualquier otro Estado o jurisdicción no perteneciente a la Unión Europea que, al inicio del periodo de liquidación, superen los dos siguientes umbrales:

1) Que el importe neto de su cifra de negocios en el año natural anterior supere 750 millones de euros;
2) y que el importe total de sus ingresos derivados de prestaciones de servicios digitales sujetas al impuesto, una vez aplicadas las reglas previstas para la determinación de la base imponible (para así determinar la parte de dichos ingresos que se corresponde con usuarios situados en territorio español), correspondientes al año natural anterior, supere 3 millones de euros.

Solo se sujetarán al IDSD aquellas prestaciones de servicios digitales que se puedan considerar vinculadas de algún modo con el territorio de aplicación del impuesto, lo que se entenderá que sucede cuando haya usuarios de dichos servicios situados en ese territorio, localizados a partir de las direcciones de protocolo de Internet (IP) de los mismos, salvo que se utilicen otros medios de prueba, en particular, instrumentos de geolocalización de los dispositivos.

La base imponible del impuesto la constituye el importe de los ingresos, excluidos, en su caso, el Impuesto sobre el Valor Añadido u otros impuestos equivalentes, obtenidos por el contribuyente por cada una de las prestaciones de servicios digitales sujetas al impuesto, realizadas en el territorio de aplicación del mismo. El impuesto tiene un tipo del 3 por ciento, el devengo se producirá por cada prestación de servicios gravada, y el período de liquidación será trimestral.

Por último, mencionar que ya está puesto en marcha el proceso de tramitación de la DAC 8 para regular todo el mundo relacionado con las criptomonedas. Este procedimiento se encontraba en periodo de consulta pública hasta el 2 de junio del

2021[27] y, si todavía no se sabe exactamente qué van a regular y de qué forma, sí que existe una clara predisposición por parte de la Unión Europea de abordar los problemas derivados de esta materia tan conflictiva.

PROCESO DE ENTRADA EN VIGOR DE LA DAC 6

Una vez explicados sus antecedentes, me gustaría hacer mención expresa tanto al **problemático proceso de entrada en vigor** de esta Directiva DAC 6, como al efecto retroactivo de la norma y la falta de concreción legislativa, lo que ha llevado a generar una clara **inseguridad jurídica.**

En un principio, la misma se ideó para que se completara la transposición el día 31 de diciembre de 2019 y entrase en aplicación el 1 de julio del 2020, dejando dos meses hasta el 31 de agosto del 2020 para comunicar las operaciones relativas al periodo transitorio. No obstante, debido al Covid-19, estos plazos se retrasaron hasta el 1 de enero del 2021 para la entrada de la aplicación práctica y hasta el 28 de febrero del 2021 para comunicar las operaciones relativas al periodo transitorio.

No obstante, en España estos plazos se retrasaron aún más, entrando en vigor los modelos declarativos y, por ende, la aplicación práctica el 14 de abril del 2021, dando solo 30 días naturales de margen para comunicar las operaciones relativas al periodo transitorio y al periodo que, si bien no es catalogado como transitorio, comprende desde el 1 de julio del 2020 (supuesta fecha de entrada en aplicación práctica de la DAC 6) hasta el 31 de marzo del 2021.

En relación al efecto retroactivo, es preciso comenzar haciendo alusión a los preceptos expuestos en el artículo 9.3. de la Constitución Española, la cual establece que "la Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, **la seguridad jurídica...**". Personalmente considero que se vulnera de forma patente el precepto anteriormente subrayado. Los motivos los expongo a continuación.

Como he mencionado, existe un periodo anterior a la efectiva entrada en vigor de la DAC 6 en España, que comprende desde la publicación de la **DAC 6** a nivel europeo (25 de junio del 2018), hasta la efectiva entrada en vigor de la norma transpuesta en

27. Pérez I (2021): "Nuevos avances en el procedimiento de aprobación de la DAC 8". Disponible a través del siguiente **link**

España (13 de abril del 2021). Durante este periodo, existía la obligación de que los intermediarios fiscales y los contribuyentes conocieran perfectamente las "operaciones fiscales peligrosas" que estaban llevando a cabo sin tener idea alguna de que información iban a tener que reportar por insuficiencia legislativa y falta de concreción por las Administraciones Tributarias.

Como se puede observar, esto generaba una inseguridad jurídica enorme que, sumado a las fuertes sanciones que se anunciaba iba a tener la falta de presentación o presentación incompleta de los futuros modelos informativos y al poco margen de tiempo que se les daba para recabar dicha información (primeramente dos meses y posteriormente treinta días), ocasionaba un gran temor en los contribuyentes con algún componente internacional en su estructura societaria o planificación fiscal.

3.2. Proceso de análisis de aplicabilidad de la DAC 6. Introducción en el ordenamiento jurídico español. Nuevas obligaciones formales

Una vez claro lo anterior, nos centraremos en la forma que España ha transpuesto la **DAC 6**, ya que existen algunas disparidades con otros Estados Miembros de la Unión Europea. Un claro ejemplo de ello, es el hecho de que Portugal ha aumentado el número de señas distintivas que activan la obligación de comunicación. No obstante, como señalaremos más adelante, no es la única diferencia. El proceso de análisis para saber si el mecanismo activa la aplicación de la obligación de comunicación DAC 6 es el siguiente:

3.2.1. ¿Existe un Cross-border arrangement (mecanismo transfronterizo)?

Un mecanismo transfronterizo tiene que cumplir, como bien establece su nombre, con dos requisitos: ser un mecanismo y ser transfronterizo.

En relación con los mecanismos, se considera como tal cualquier negocio jurídico, operativa, esquema o acuerdo, lo que nos lleva a afirmar que pueden incurrir diversos mecanismos en una misma operativa. Por otro lado, transfronterizo significa que entre en juego más de un solo país, sin importar que el mismo sea miembro de la Unión Europea o un tercer estado.

También resulta llamativo el hecho de que algunos Estados Miembros como Alemania o Portugal hayan decidido que esta obligación de comunicación aplique también a los mecanismos internos. De esta forma, consiguen asemejarse a la relación existente entre los contribuyentes y la Administración Tributaria de Reino Unido, en la que es habitual que de forma previa a la construcción de una operativa que pueda ser considerada agresiva desde un punto de vista fiscal, los diferentes contribuyentes busquen una autorización previa por parte de la Administración Tributaria y evitar así futuros problemas fiscales.

Esto es así porque la forma de enfocar esta Directiva DAC 6 por los Estados Miembros no ha sido igual. Algunos países han tomado la decisión de utilizar esta vía para incrementar la recaudación de las arcas públicas estableciendo sanciones realmente elevadas (pudiendo alcanzar millones de euros en algunos supuestos) y para, de alguna forma, "ejemplarizar" a los contribuyentes para hacerlos más propensos a estrechar relaciones con la Administración Tributaria.

Personalmente considero que este tipo de actuaciones son un claro error, ya que no se puede sancionar tan duramente a los contribuyentes por no cumplir con una obligación que tiene carácter informativo. No se les sanciona por defraudar u ocultar fondos en otras jurisdicciones, se les estaría sancionando de forma muy dura primeramente por no comunicarlo y, de forma posterior, por la verdadera infracción cometida. Esto desalienta en gran manera a los contribuyentes, lo que conducirá de manera irremediable a posturas más beligerantes y menos comunicativas con las Administraciones Tributarias, pervirtiendo de forma contundente el fin último de la **DAC 6**.

Por ello, habría que abogar por posturas más racionales con sanciones reducidas (miles de euros) lo que, además de provocar el efecto contrario al expuesto en el párrafo anterior, reducirá el número y volumen de las inspecciones realizadas, lo que redunda en menores costes y en el mantenimiento del atractivo de la jurisdicción del país que opte por esta clase de medidas.

3.2.2. ¿Existe obligación de comunicación del mecanismo transfronterizo en cuestión?

Se ha articulado un sistema de señas distintivas que, cuando se incurre en las mismas, se activa la obligación. Se pueden dividir en dos grandes bloques, en función de su relación con el Main Benefit Test o Test del Beneficio Principal en español. Esta teoría o test, consiste en un proceso inductivo a través del cual es posible afirmar, de forma razonable, que el principal objetivo perseguido o el principal incentivo de la operativa es alcanzar un beneficio fiscal.

3.2.2.1. Señas distintivas relacionadas con el *Main Benefit Test*: En este supuesto para que salte la obligación de declarar es necesario que concurra también una relación clara, razonable y demostrable entre dicha seña y el beneficio principal. En estos supuestos no vale con que aparezca la seña distintiva, sino que es necesaria dicha relación con el aspecto fiscal. Entre estas se pueden distinguir dos subgrupos:

Subgrupo 1: Señas distintivas genéricas relacionadas con el *Main Benefit Test*: Entre las que se pueden destacar el acuerdo de carácter confidencial en relación al beneficio fiscal, la existencia de una documentación u operativa estandarizada que permita su rápida implementación sin mayores cambios y, por último, la existencia de un pacto relativo a los honorarios, en las que la cuantía pagada esté estrechamente relacionada al beneficio fiscal conseguido.

Subgrupo 2: Señas distintivas específicas relacionadas con el *Main Benefit Test*: La más clara de todas es la compra de sociedades con Bases Imponibles Negativas (pérdidas de ejercicios anteriores) con el objetivo de compensarlas con las plusvalías obtenidas por la entidad adquirente. Otra seña consiste en transformar los ingresos y computarlos en alguna categoría de renta con unos tipos de gravamen inferior o incluso, en alguna renta exenta.

3.2.2.2. Señas distintivas no relacionadas con el *Main Benefit Test*: Si aparece la misma, se activa de forma obligatoria la obligación de reportar la operativa a la Administración Tributaria. No importa si se produce o no una ventaja o beneficio fiscal. Se pueden dividir en tres subgrupos:

Subgrupo 1: Señas distintivas específicas relacionadas con las operaciones transfronterizas: Principalmente son los pagos realizados entre empresas vinculadas que tengan el carácter de deducible cuando el beneficiario no tiene ninguna residencia fiscal (dentro o fuera de la Unión Europea) o forma parte de la black list de la OCDE. Esta black list son países no cooperadores con el intercambio de información.

Subgrupo 2: Señas distintivas específicas relacionadas con la titularidad real: Aquellas estructuras que dificulten o imposibiliten la capacidad de identificar al verdadero titular o beneficiario efectivo último de la estructura o aquellas actuaciones que tengan por objetivo dificultar el intercambio de información de cuentas financieras.

Subgrupo 3: Señas distintivas específicas relacionadas con los precios de transferencia: Básicamente son tres y son las relativas a transferencias intragrupo de intangibles, riesgos o activos (en el caso de estos dos últimos cuando supongan una reducción en el EBIT - Ingresos antes de intereses e impuestos- en un 50% en el plazo de 3 años) y aquellas que requieran el uso de un safe harbour o régimen de protección siempre que este sea de carácter unilateral.

3.2.3. ¿Quién es el sujeto obligado a declarar el mecanismo transfronterizo?

En general, la Directiva DAC 6 exige a los "*intermediarios fiscales*" que informen de las operaciones y acuerdos considerados como potencialmente agresivos ("*mecanismos transfronterizos sujetos a obligación de notificación*") aunque, en determinados casos, esa obligación de informar se trasladará a los contribuyentes. Se entiende por intermediario fiscal a aquella persona que "*diseñe, comercialice, organice, ponga a disposición para su ejecución un mecanismo transfronterizo sujeto a comunicación de información, o que gestione su ejecución*"[28].

28. Artículo 1.b) 21º de la DIRECTIVA (UE) 2018/822 DEL CONSEJO de 25 de mayo de 2018 que modifica la Directiva 2011/16/UE por lo que se refiere al intercambio automático y obligatorio de información en el ámbito de la fiscalidad en relación con los mecanismos transfronterizos sujetos a comunicación de información

No obstante, este no es el único supuesto en el que un intermediario fiscal tiene la obligación de comunicar, ya que también tiene la obligación de comunicarlo aquel que "sabe o cabe razonablemente suponer que sabe que se ha comprometido a prestar, directamente o por medio de otras personas, ayuda, asistencia o asesoramiento" relativo a este tipo de operaciones agresivas fiscalmente.

En defecto de la existencia de intermediario fiscal o que, pese a la existencia del mismo este se encuentre protegido por el deber de mantener el secreto profesional, el propio contribuyente deberá llevar a cabo la comunicación a la AEAT. En todo caso, los contribuyentes deberán saber que tienen obligación de efectuar esta obligación ya que el intermediario, en caso de que exista, se lo deberá de comunicar y, salvo que el contribuyente dispense del secreto profesional al intermediario fiscal, será él mismo el que cumplimente el modelo de comunicación correspondiente (modelos AEAT 234,235 o 236).

3.2.4. ¿Qué información y cuál es la forma correcta de comunicar el mecanismo transfronterizo?

En relación con la información que se debe notificar a la Administración Tributaria, sería la siguiente:

1. La identificación de los intermediarios y contribuyentes pertinentes, incluyendo su nombre, fecha y lugar de nacimiento (siempre que el contribuyente sea una persona física), residencia a efectos fiscales y el NIF.
2. Las señas distintivas que hacen que el mecanismo transfronterizo sea reportable ante la AEAT.
3. Descripción de los mecanismos en cuestión.
4. La fecha en la que se ha realizado o se realizará el primer paso del mecanismo.
5. Detalles de la legislación local en cuestión.
6. El valor monetario del mecanismo.
7. Los Estados miembros que puedan verse afectados por el mecanismo transfronterizo reportable.
8. La identificación de cualquier otra persona en un Estado miembro que pueda verse afectada.

Esta información deberá ser comunicada a la AEAT, naciendo dicha obligación para el intermediario fiscal el mismo día siguiente en el que el mecanismo transfronterizo sea ejecutable o se haya puesto a disposición del contribuyente para su ejecución. En cambio, la obligación de los contribuyentes, cuando éstos sean los obligados a comunicar, nacerá en el momento en el que el intermediario fiscal comunique al contribuyente su amparo al secreto profesional y la necesidad de que sean ellos los que cumplimenten los modelos de comunicación.

El plazo genérico es de treinta días naturales desde que aparece, según los términos establecidos en el párrafo anterior, la obligación de presentar el modelo comunicativo. No obstante, esta obligación requiere su precisión en los dos siguientes supuestos:

1. Si la obligación hubiera nacido durante el periodo transitorio establecido para la transposición de la Directiva - el plazo son 30 días desde el día 14 de abril del año 2021, fecha de entrada en vigor de la Orden HAC/342/2021[29] por la que se aprueban los tres modelos de comunicación a la AEAT de este tipo de mecanismos transfronterizos.
2. Si la obligación hubiera nacido entre el 1/06/2020 y el 31/03/2021, también el plazo sería de 30 días desde el día 14 de abril del año 2021, puesto que también se tiene en cuenta la fecha de entrada en vigor de la Orden HAC/342/2021.

Como vemos, el Estado español optó por unificar el comienzo del cómputo del plazo a partir del cual empiezan a contar los 30 días (14 de abril del 2021), sin importar el momento temporal en el que hubiese nacido la obligación. Esto no tiene por qué ser así en todos los países, ya que esta decisión surge a raíz de la Directiva (UE) 2020/876 del Consejo, de 24 de junio de 2020[30], a partir de la cual la Unión Europea permitió a los distintos Estados Miembros modificar los plazos iniciales impuestos para el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la DAC 6.

Por último, en relación al régimen sancionador por incumplimiento, es importante tener en cuenta que, sin importar en el tipo de infracción que se incurra, la misma tendrá la calificación de grave.

---

29. Orden HAC/342/2021, de 12 de abril, por la que se aprueba el modelo 234 de "Declaración de información de determinados mecanismos transfronterizos de planificación fiscal", el modelo 235 de "Declaración de información de actualización de determinados mecanismos transfronterizos comercializables" y el modelo 236 de "Declaración de información de la utilización de determinados mecanismos transfronterizos de planificación fiscal"
30. Directiva (UE) 2020/876 del Consejo de 24 de junio de 2020 por la que se modifica la Directiva 2011/16/UE para hacer frente a la urgente necesidad de diferir determinados plazos para la presentación y el intercambio de información tributaria a causa de la pandemia de COVID-19

Estas sanciones aparecen recogidas en la Ley 10/2020[31] y consisten en 2.000 euros por dato o conjunto de datos no aportados, con un límite mínimo de sanción de 4.000 euros y con un máximo del beneficio fiscal obtenido por la estructura o los honorarios del intermediario fiscal cuando este último sea el infractor. Estas cantidades y límites se reducirán a la mitad en el supuesto de presentación extemporánea.

31. Ley 10/2020, de 29 de diciembre, por la que se modifica la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en transposición de la Directiva (UE) 2018/822 del Consejo, de 25 de mayo de 2018, que modifica la Directiva 2011/16/UE por lo que se refiere al intercambio automático y obligatorio de información en el ámbito de la fiscalidad en relación con los mecanismos transfronterizos sujetos a comunicación de información.

4. El secreto profesional de los abogados

Desde que el hombre empezó a vivir en sociedad, se sintió la necesidad de que algunas personas asumieran la función de defender los intereses de otras ante las instituciones encargadas de impartir justicia. La abogacía es una actividad tan antigua como la sociedad ya que pleitos ha habido siempre. "*Ubi homines, ibi societas, ibi ius, ibi litis*", este aforismo romano ya recordaba que "*donde hay hombres, hay sociedad, hay derecho, hay litigios*".

Nuestra sociedad occidental ha llegado donde está por haberse construido sobre los valores de la iniciativa, el esfuerzo, la libertad, la igualdad de oportunidades y, sobre todo, el imperio de la ley.

Y, como bien sabemos, un elemento esencial de la aplicación del imperio de la ley, como componente esencial del Estado de Derecho, es el fundamental derecho a la tutela judicial efectiva, consagrado en nuestra Constitución al reconocer en su artículo 24.2 el derecho de los ciudadanos a la defensa y asistencia letrada: "*todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado*". Dicha función además, según el artículo 542 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, corresponde en exclusiva a la abogacía.

Los abogados para poder cumplir con la esencial función que tienen asignada han de contar con unas características que les permitan el libre desempeño de su profesión. Esa singularidad es la que fundamenta además la especialidad de la relación laboral prevista para ellos.

En efecto, las dos características principales que justifican la especialidad de la relación laboral prevista para los abogados, como recoge la exposición de motivos del Real Decreto 1331/2006[32], de 17 de noviembre que la regula son, por un lado, la relación triangular en cuyo marco normalmente se desarrolla, formada por el titular del despacho, el abogado y el cliente. Y por otro, que los abogados están sometidos no solo a las leyes laborales que les resulten de aplicación, sino además a las normas estatutarias, éticas y deontológicas que rigen la profesión. Esto último supone reconocerles más

32. Real Decreto 1331/2006, de 17 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los abogados que prestan servicios en despachos de abogados, individuales o colectivos

autonomía para llevar a cabo su trabajo limitándose el control del mismo por los titulares de los despachos, pero también más exigencia para llevarlo a cabo con diligencia y profesionalidad. Es decir, se les reconocen derechos pero se les imponen también deberes no estrictamente laborales (junto a los laborales) que en caso de incumplimiento pueden ser sancionados no por el empleador sino aplicándoles las normas que rigen la profesión.

Como también destacó el dictamen del Consejo de Estado en relación con ese Real Decreto, la exclusión de la prestación de servicios de los abogados de la relación laboral común y su consideración como de carácter especial no radica en que no concurran en ella los requisitos básicos de la relación laboral, sino en que, además de ellos, se dan otros que, por su especial relevancia, han llevado al legislador a prever una normativa diferente.

El dictamen 2206/2006 de ese alto órgano consultivo sobre el proyecto de Real Decreto que regula la relación laboral especial de los abogados que prestan servicio en despachos, justifica dicha especificidad en la relación triangular, abogado, despacho y cliente que condiciona la relación laboral de los abogados, así como su sometimiento añadido a normas específicas de dicha profesión de carácter estatutario o deontológico.

De ello se derivan un mayor grado de autonomía e independencia técnica en el ejercicio de la profesión así como una limitación en las facultades de dirección de su empleador.

La relación laboral de carácter especial de los abogados aparece recogida en el artículo 2 apartado k) del ET, que establece que: "*Se considerarán relaciones laborales de carácter especial: La de los abogados que prestan servicios en despachos de abogados, individuales o colectivos*."

Al establecer la existencia de una relación laboral de carácter especial, el legislador está reconociendo la necesidad de abordarla con una normativa específica, con el objetivo de diferenciarla de la relación laboral común.

Cabe aquí citar la STS 7004/2008 sobre el recurso contencioso administrativo interpuesto por la Unión General de Trabajadores (UGT) contra el citado Real Decreto 1131/2006 en el que se manifestaba que no se justifica el trato desigual que se da a los abogados que trabajan para un empleador cuando hay otras profesiones que se desarrollan en circunstancias parecidas e incluso por cuenta ajena muchas veces (como lo arquitectos o médicos), que sin embargo no están incluidos en la relación especial sino en la ordinaria[33].

33. STS 7004/2008, de 16 de diciembre, fundamento de derecho primero

Uno de los argumentos en los que la referida resolución judicial apoya la viabilidad del Real Decreto que estableció la especial relación laboral de los abogados con sus despachos es que la abogacía, al corresponderle la dirección y defensa de las partes en todo tipo de procesos judiciales, es una función necesaria para el ejercicio de los derechos fundamentales garantizados por la CE (art 24.2), y un elemento indispensable para el respeto de los convenios internacionales sobre derechos humanos que garantizan el derecho a la asistencia letrada[34].

Pues bien, uno de los pilares del ejercicio de la abogacía es el secreto profesional, en virtud del cual los abogados tienen el deber de no revelar, por cualquier medio, ningún tipo de información que haya podido conocer en virtud de la relación profesional que le une a su cliente.

Esa obligación de secreto profesional aparece recogida en el artículo 542.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: "*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.*"

Por otra parte, el Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, en su artículo 199 castiga "*al que revelare secretos ajenos, de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o relaciones laborales*" y "*al profesional que, con incumplimiento de su obligación de sigilo o reserva, divulgue secretos de otra persona*".

En el caso de los abogados, el deber de secreto va más allá del que impone el Código Penal, ya que en virtud del deber deontológico de la profesión, no se necesita que el dato sea secreto para que el abogado tenga la obligación de no revelarlo: basta con revelar datos del cliente, aunque los conozcan ya terceras personas, para que se cometa una infracción a los deberes del secreto profesional.

Este deber del abogado viene ahora regulado más detalladamente en el nuevo Estatuto General de la Abogacía, aprobado por Real Decreto 135/2021[35] que por primera vez y de forma exhaustiva regula el secreto profesional, en sus artículos 21 a 24.

El Presidente de la Mutualidad de la Abogacía, Enrique Sanz, que presidió la Comisión que elaboró el borrador del nuevo estatuto lo calificó como "auténtico signo identificador de nuestra profesión" [36].

---

34. STS 7004/2008, de 16 de diciembre, fundamento de derecho octavo
35. Real Decreto 135/2021, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española
36. Consejo General de la Abogacía Española (2021): "Nuevo Estatuto: el secreto profesional, "signo identificador de la profesión". Disponible a través del siguiente **link**

4.1. Evolución histórica y antecedentes

Antiguamente Rigó Vallbona apuntaba en relación al secreto profesional que "*todo cuanto, en el trato con los demás, tanto en el ejercicio de la profesión como fuera de la misma, viera u oyere, que no deba divulgarse, lo consideraré absolutamente secreto*"[37]. Es a partir de esta definición donde empieza a darse forma a este precepto, el cual acabará por convertirse en fundamental con el paso del tiempo.

Posteriormente, el artículo 29 del Estatuto General de la Abogacía de 1946 establecía que "*son obligaciones del abogado para con la parte por él defendida, además de las que deriven de la relación contractual que entre ellos existe, la del cumplimiento, con el máximo celo y diligencia y guardando el secreto profesional, de la misión de defensa que le es encomendada*"[38].

Poco a poco, se empiezan a asentar las bases de este concepto que, como se puede observar, vincula de forma absoluta la actividad del abogado al cumplimiento de este deber. Es así como, desde sus mismos orígenes, no se puede entender el ejercicio de la profesión de la abogacía sin comprender de forma previa este deber deontológico.

Una vez claro lo anterior, dentro del ordenamiento jurídico español reciente, el Tribunal Constitucional, en su Sentencia número 110/1984[39] de 26 de noviembre de 1984 llevó a cabo un análisis de la figura del secreto profesional en el Fundamento Jurídico Décimo, estableciendo que "*si el secreto (profesional) es obligado e incluso su violación es castigada penalmente (art. 360 del Código Penal), la Inspección Fiscal no puede pretender que se viole*". De esta forma podemos observar la importancia de la que se dota a este deber deontológico, el cual ha llegado a ser catalogado como la "*piedra angular de la independencia de esta noble profesión (la abogacía), sobre la que se deposita la confianza de sus clientes, justiciables ante el Poder Judicial.*" por parte del Tribunal Supremo a través de la Sentencia del 10 de mayo de 1999[40].

---

37. Rigo Vallbona, J. (1998) ¨El secreto profesional de Abogados y Procuradores en España¨, páginas 79-81.
38. Estatuto General de la Abogacía de 1946. Disponible a través del siguiente **link**
39. Sala Primera del Tribunal Constitucional, sentencia 110/1984 de 26 de noviembre de 1984, recurso de amparo 575/1983. Disponible a través de este **link**
40. Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, sentencia del 10 de mayo de 1999, recurso 1268/1995. Disponible a través de este **link**

Un buen exponente de la importancia del secreto profesional, como un elemento esencial del ejercicio de la abogacía al proteger los derechos fundamentales a la intimidad y a la tutela judicial efectiva, es la sentencia de la Sala Penal del Tribunal Supremo 79/2012, de 9 de febrero de 2012[41] por la que se condenó al Juez Baltasar Garzón como autor de un delito de prevaricación a la pena de inhabilitación especial para el cargo de juez o magistrado, por haber acordado la intervención de las comunicaciones entre imputados presos y su abogado defensor, en el locutorio de un centro penitenciario.

El derecho de defensa, como sabemos, es un elemento nuclear en la configuración del proceso penal del Estado de Derecho con un proceso con todas las garantías. No es posible construir un proceso justo si se perjudica el derecho de defensa, por lo que las posibles restricciones deben estar especialmente justificadas.

Lo que en el caso de la sentencia condenatoria al juez Garzón se consideró que perjudicaba el derecho de defensa fue precisamente el no respetar el derecho del abogado al secreto de las comunicaciones con su defendido.

Únicamente se dan dos excepciones a la obligación de guardar el secreto profesional. La primera de ellas viene recogida en la Ley General Tributaria, que en su artículo 93 impone la obligación de colaborar con la Administración Tributaria y comunicarle la información que precisen siempre y cuando tenga trascendencia tributaria, no estando obligado a comunicar ninguna otra información que no contenga datos de carácter patrimonial o pertenezcan a la esfera privada.

La segunda viene impuesta por la obligación que tienen los abogados de colaborar con el SEPBLAC (Servicio Ejecutivo Prevención Blanqueo de Capitales), puesto que aparecen como sujetos obligados en la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo. Están obligados en virtud de dicha norma a comunicar a dicho servicio ejecutivo cualquier hecho u operación cuando se tenga certeza, o indicio, de que se está cometiendo blanqueo de capitales, y ello sin revelárselo al cliente.

En la actualidad, "l*a justificación del secreto profesional reside en la necesidad de que exista una absoluta confianza entre el Abogado y su defendido, ya que un acusado no podría contar toda la verdad a un abogado si luego se pudiese obligar al abogado a declarar como testigo lo que le ha contado*"[42].

41. Sala Penal del Tribunal Supremo, sentencia 79/2012, de 9 de febrero de 2012, recurso 20716/2009. Disponible a través de este **link**
42. Cerrada Moreno, M (2011): "Derecho de defensa e intervención de las comunicaciones del abogado con su cliente: límites al derecho de defensa". Disponible en este **link**

5. Colisiones entre ambas figuras

Como punto introductorio, la Directiva DAC 6 establece en su artículo 8.bis Ter apartado quinto que cada Estado Miembro podrá articular a favor de los intermediarios fiscales "el derecho a una dispensa de la obligación de presentar información sobre un mecanismo transfronterizo (...) cuando la obligación de comunicar información vulnere la prerrogativa de secreto profesional en virtud del Derecho nacional". De esta forma queda patente que el legislador europeo es consciente de una posible colisión entre ambos preceptos y, con el fin de que no choquen entre sí, se acoge al principio de subsidiariedad y permite que sean los propios Estados Miembros los que decidan sobre ese extremo.

Pero como es lógico, esto no es tarea fácil. En muchos países europeos el secreto profesional de los abogados es un precepto que no casa bien con aquellos mecanismos u operativas que intentan reducir su marco de aplicación. Fruto de ello es la cuestión prejudicial presentada ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante "TJUE") el 21 de diciembre del año 2020, relativa al proceso y a la forma de trasponer la Directiva DAC 6 en el ordenamiento jurídico belga.

Esta cuestión prejudicial, interpuesta por el Tribunal Constitucional de Bélgica (Grondwettelijk Hof), trataba acerca del deber que poseen los abogados flamencos de mantener el secreto profesional con sus clientes. Principalmente abordaba el problema de que la Directiva establece que, cuando exista una dispensa a los intermediarios fiscales de comunicar este tipo de operaciones fiscales agresivas, los mismos se verán obligados a comunicar la existencia de obligación de comunicación a otro intermediario fiscal si existiere y, en su defecto al contribuyente. Este extremo, sumado al hecho de que la normativa interna belga exige que se transfiera al "siguiente obligado" toda la información necesaria para que estos últimos puedan cumplir con la obligación de comunicar, dio pie a que los abogados flamencos considerasen que se estaba produciendo una clara vulneración del secreto profesional y, por ello, plantearon una cuestión prejudicial ante el TJUE.

Dicho de otro modo, los recurrentes establecen que de esta forma no se estaría salvaguardando el principio del secreto profesional de la relación abogado-cliente

ya que, en caso de que existiera, tendrían la obligación de comunicar información altamente sensible de un contribuyente concreto a "otros intermediarios fiscales". Esta cuestión prejudicial, la cual en el corto plazo auguro que dejará de ser la única presentada en relación a este tema, deja patente la inconformidad en la forma utilizada por el legislador europeo de regular este precepto tan importante.

Coincido en que es completamente incoherente suponer que se cumple con los preceptos de secreto profesional con el mero hecho de evitar que sea el abogado el que comunique directamente a las Administraciones Tributarias. Este secreto, como bien hemos explicado anteriormente, debe de ser un secreto universal del que no puede tener conocimiento cualquier tercero externo a la relación abogado-cliente ya que, de otra forma, se estaría atentando contra la seguridad jurídica de los ciudadanos y se desvirtuaría el oficio de abogado.

Otro aspecto importante es que la Directiva tampoco hace una precisión concreta de qué profesionales son los que pueden acogerse a la dispensa anteriormente mencionada, por lo que también existe una remisión a la normativa estatal en relación a este extremo. Esto produce, dentro del ordenamiento jurídico español, una gran desventaja y discriminación puesto que, si bien los abogados están protegidos por el secreto profesional, estos no son los únicos que pueden entrar dentro del concepto de intermediarios fiscales tal y como viene definido en la Directiva DAC 6.

En una primera fase de la transposición, la normativa reguladora del secreto profesional en relación a esta obligación informativa protegía a los abogados colegiados ejercientes, por lo que solo éstos podían acogerse a la dispensa anteriormente mencionada. Nada podían hacer aquellos asesores fiscales, gestores administrativos, economistas o incluso abogados no colegiados, los cuales, en esta fase, tenían la obligación de comunicar la información concreta de las operativas fiscales e incumplir con su deber deontológico de guardar secreto.

Esto se intentó solucionar por medio de Colegios y Asociaciones profesionales en el momento de transponer la Directiva a la Ley General Tributaria. Estas instituciones comunicaron que lo más justo sería que se alcanzase una regulación que diera un sentido más amplio y se pudieran incluir en dicha dispensa a asesores fiscales y otros profesionales[43].

43. Wolters Kluwers (2019): "El secreto profesional en la transposición de la DAC 6" Disponible a través de este **link**

Pese a sus más que justificadas pretensiones, el legislador español se limitó, en un primer momento, a transponer lo expuesto en la Directiva sin hacer ningún tipo de precisión o aclaración sobre este extremo.

Pero la cuestión no terminaba aquí. Esta problemática de distinción entre intermediarios fiscales protegidos y no protegidos por la dispensa, podría acabar derivando en que algunos países europeos, concretamente los que contemplan el secreto profesional desde una perspectiva más amplia, acabaran siendo más atractivos para llevar a cabo operativas agresivas de planificación fiscal. Esto es así dado que, en estas jurisdicciones, los ideólogos o creadores de estas operativas estarían protegidos por esta dispensa de comunicar los mecanismos transfronterizos. Como podemos observar, esto nos llevaba a otra clara discriminación dentro de un marco europeo y de una norma supuestamente "armonizadora".

Es por ello que, para solucionar esta problemática, surgieron algunos autores como Jesús Rodríguez (2020)[44], el cual establecía que "se trasladara a este ámbito la solución formulada a nivel comunitario para la lucha contra el blanqueo de capitales, donde la propia Directiva establece los deberes –señaladamente, el de notificación de operaciones- de los abogados".

Desde mi punto de vista, aplicar en el ámbito de las obligaciones establecidas en la DAC 6, lo que se contempla para la prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo, sería más lógico. Como sabemos, la obligación de comunicar al SEPBLAC nace para los abogados concernidos por esa materia, cuando aparecen sospechas o indicios de blanqueo de capitales o financiación del terrorismo, es decir, de criminalidad. Dicho de otro modo, no "salta" la obligación de comunicar en todos y cada uno de los supuestos, sino solo en aquellos en los que se interpreta de forma razonable que se puede estar ante una actividad delictiva.

Trasladando esta idea al entorno DAC 6, los propios intermediarios fiscales deberían comunicar las operaciones transfronterizas cuando las mismas pudieran considerarse fuera de la ley y no en otro caso. Se obtendría asimismo el efecto disuasorio buscado desde el mismo momento en el que el propio creador o planificador del mecanismo tendría que plantearse su posible de comunicación o no a las Autoridades tributarias, dicha operación en función de su naturaleza. Entiendo que de esa forma convivirían de manera más armónica las instituciones que tratamos en este trabajo.

---

44 Rodríguez J. (2020) "El secreto profesional y la trasposición de la DAC 6". Disponible a través del siguiente **link**

Esta cuestión se solucionó en el Proyecto de la DAC 6[45], donde se delimitaba de forma más clara el marco del secreto profesional de los obligados a comunicar según la DAC 6. Este cambio fue promovido tanto por el Consejo General del Poder Judicial[46] como por el Consejo de Estado[47] a través de sendos informes. Pese a ello, fue duramente criticado por la AEDAF[48], la cual establecía que "la regulación actual sigue siendo más restrictiva que lo previsto en la Directiva y no respeta el reconocimiento constitucional y legal previo que nuestro ordenamiento atribuye al deber de secreto profesional", amparándose en que se restringe el secreto profesional únicamente al "asesoramiento neutro", dejando fuera a aquellos asesores que se encarguen únicamente a "procurar o facilitar la implantación" del mecanismo transfronterizo.

Para comprender de forma más clara este punto, es preciso distinguir la actuación de asesoramiento en dos vertientes:

1. La vertiente participativa consistente en la organización, puesta a disposición del mecanismo transfronterizo, el diseño del mismo, la cual no se puede amparar en la dispensa del deber de mantener el secreto profesional. Este tipo de asesoramientos deberán ser reportados en todo caso.
2. La vertiente neutra del asesoramiento, la cual se refiere a evaluar las consecuencias y la posición jurídica del mecanismo transfronterizo. Este es el tipo de asesoramiento que se puede acoger a la dispensa.

El argumento lógico por el que la normativa hace esta distinción reside en el hecho de que los sujetos que entran dentro del tipo de asesoramiento participativo han tenido una actuación directa y activa en la creación del mecanismo transfronterizo. Han sido sus promotores y tienen un conocimiento profundo del funcionamiento y características del mecanismo en cuestión.

---

45. Proyecto de Ley por la que se modifica la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en transposición de la Directiva (UE) 2018/822 del Consejo, de 25 de mayo de 2018, que modifica la Directiva 2011/16/UE por lo que se refiere al intercambio automático y obligatorio de información en el ámbito de la fiscalidad en relación con los mecanismos transfronterizos sujetos a comunicación de información

46 Informe del 26 de septiembre del 2019 sobre el Anteproyecto de Ley de transposición de Directiva (UE) 2018/822 del Consejo, de 25-05-2018, que modifica Directiva 2011/16/UE por lo que se refiere al intercambio automático y obligatorio de información en el ámbito de la fiscalidad en relación con mecanismos transfronterizos sujetos a comunicación de información y del Proyecto de RD que modifica el Rgto. Gral. de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos, aprobado por el RD 1065/2007, de 27 de julio

47. Dictamen del Consejo de Estado. Número de expediente: 1072/2019. Disponible a través del siguiente **link**

48. AEDAF (2020): "La reforma de la Ley General Tributaria para transponer la DAC 6 supondrá un mayor control al contribuyente y afectará a la seguridad jurídica". Disponible a través del siguiente **link**

Pese a ello, considero un error llevar a cabo esta distinción. Se me antoja complicado que se pueda realizar una clara diferenciación entre ambos tipos de asesoramiento. Generalmente el mismo intermediario fiscal que estructura el mecanismo transfronterizo ("asesoramiento participativo") es el mismo que evalúa sus consecuencias, la posición jurídica del mismo y evalúa su posible encaje en la normativa vigente ("asesoramiento neutro"). Dicho esto, ¿cómo distinguimos cuando un intermediario fiscal está llevando a cabo un tipo de asesoramiento u otro? ¿Qué ocurre si lleva ambos a la vez? Desde mi punto de vista este asunto no está para nada aclarado.

Como podemos observar, es muy limitado y poco pacífico el espectro que cubre la dispensa y es por ello por lo que la AEDAF no ha dudado en criticarlo. Coincido en que de esta forma es patente que no queda cubierto de forma completa el deber de secreto profesional.

6. Conclusiones

Como hemos podido ir observando a lo largo del presente trabajo, la transposición al ordenamiento jurídico de la Directiva DAC 6 y su impacto en el secreto profesional de los abogados ha supuesto innumerables críticas por parte del sector de la abogacía española, principalmente por la enorme inseguridad jurídica que ha producido. A continuación presento las conclusiones que se pueden extraer del presente trabajo:

1. **La transposición de la DAC 6 ha sido un proceso complejo y conflictivo:** A modo de síntesis, uno de los puntos de mayor controversia es el carácter retrospectivo de la norma, la cual tiene que ser analizada en un contexto anterior a su entrada en vigor, el conocido "periodo transitorio", lo cual ha llevado a algunos autores a calificar esta actuación de contraria a los principios básicos y generales del derecho "ad imposibilia nemo tenetur"[49] (a la obligación de lo imposible nadie puede estar obligado y, por ende, dicha obligación es nula).
2. **La transposición de la DAC 6 ha sido un proceso criticado y cuestionado:** Abelardo Delgado Pacheco establece que "es muy discutible si la directiva DAC 6 respeta o no el secreto profesional. También es discutible si lo respeta la trasposición española"[50], lo que deja patente que, si un profesional de la categoría del citado tiene serias dudas sobre la correcta transposición de esta normativa, es que verdaderamente debería de existir una mayor aclaración por parte de la AEAT para evitar incurrir en supuestos sancionables por desconocimiento.
3. **Es ilógico que se impongan tan duras sanciones por obligaciones de carácter informativo.** El 15 de julio el Abogado General de la Unión Europea presentó sus conclusiones sobre el procedimiento que se planteó contra España en relación al Modelo 720[51]. De forma resumida este modelo establecía una obligación de información sobre bienes y derechos situados en el extranjero, pero venía unida a unas sanciones que en situaciones alcanzaban multas pecuniarias proporcionales del 150% del importe de la base de la sanción, a todas luces desproporcionadas.

---

49. Marín Benitez G. (2021): "Licencia para un pequeño desahogo emocional a propósito de la DAC-6 y de su transposición al ordenamiento español". Disponible a través del siguiente **link**
50. Law&Trends: "Dudas sobre el respeto al secreto profesional en la trasposición de la directiva DAC 6". Disponible a través de este **link**
51. Martínez S (2021): "Primer varapalo de la justicia europea contra las multas por no informar sobre bienes en el extranjero". Disponible a través de este **link**

Este extremo ha quedado patente por parte del Abogado General TJUE, el cual establecía que las sanciones son claramente desproporcionadas, llegando en el caso de las multas fijas a ser 15, 50 y 66 veces superiores a las aplicadas en situaciones internas.

No obstante lo anterior, es importante tener en cuenta que estas conclusiones del Abogado General, si bien no tienen el carácter de definitivas porque aún tiene que pronunciarse el TJUE, nos permiten adivinar cuál será el fallo último del tribunal. Esto es así porque, además de ser bastante habitual que el TJUE siga el criterio establecido por el Abogado General, en esta cuestión no cabe ninguna duda de la desproporción incurrida por la Hacienda española al imponer este tipo de sanciones por incumplimiento de una obligación de carácter informativo.

Desde mi punto de vista, sería del todo procedente extender la interpretación o, en su defecto, llevar a cabo el mismo procedimiento para denunciar las desproporcionadas multas que se imponen por el incumplimiento de las obligaciones de información emanadas de la DAC 6. Considero que es a todas luces ilógico que se pueda llegar a sancionar de forma tan dura a los asesores fiscales por una obligación que les coloca entre la espada y la pared entre cumplir con su deber deontológico para y con los clientes y su temor a la sanción por no "denunciar" las prácticas "abusivas o agresivas" de sus clientes.

4. **El deber de mantener el secreto profesional y su intrínseca relación con el ejercicio profesional de la abogacía merece su defensa a capa y espada:** Si algo ha quedado patente a lo largo del presente trabajo es el ímpetu con el que los abogados, no solo a nivel nacional sino también a nivel internacional (claro ejemplo: los abogados belgas presentando una cuestión prejudicial ante el TJUE), defienden el secreto profesional en sus relaciones abogado-cliente. Somos conscientes (como futuro profesional ejerciente de esta profesión permítanme que me incluya) de la importancia de mantener y defender dicho principio general porque, ante todo, la relación abogado-cliente es una relación de confianza, confianza que se vería quebrada de forma irreversible si el abogado comunicase alguna información sensible (como puede ser el mecanismo transfronterizo utilizado) del cliente a terceras personas.

Por último, me gustaría concluir citando una frase de Gloria Marín Benítez en relación a este principio general del Derecho tan importante para aquellos que queremos ejercer esta bonita profesión. Sus artículos en relación con la DAC 6 y su posterior transposición a nuestro ordenamiento jurídico han sido una verdadera inspiración. "*Solo haciendo gala de ese derecho, y honrándolo como verdadero deber, podemos tejer los abogados una genuina relación de confianza con nuestros*

clientes en la que se puedan prestar luego las dos modalidades de servicios propios de nuestra profesión: la dirección y defensa de nuestros clientes en toda clase de procesos y el asesoramiento y consejo jurídico"[52].

52. Marín Benítez G. "Reflexiones a propósito de la petición de decisión prejudicial de validez presentada al TJUE sobre la normativa belga de transposición de la DAC-6 (asunto C-694/20)" Disponible a través del siguiente **link**

7. Bibliografía

AEDAF (2020): “La reforma de la Ley General Tributaria para transponer la DAC 6 supondrá un mayor control al contribuyente y afectará a la seguridad jurídica”. Disponible a través del siguiente **link**

Cerrada Moreno, M (2011): “Derecho de defensa e intervención de las comunicaciones del abogado con su cliente: límites al derecho de defensa”. Disponible a través del siguiente **link**

Circular_69_21_Nota_DAC-6: “Nota de urgencia sobre la nueva obligación de información a la Agencia Tributaria (I)”. Disponible a través del siguiente **link**

Consejo General de la Abogacía Española (2021): “Nuevo Estatuto: el secreto profesional, “signo identificador de la profesión”. Disponible a través del siguiente **link**

Council of Bars and Law Societies of Europe: “Guía CCBE sobre determinados aspectos de la Directiva sobre intermediarios fiscales”. Disponible a través del siguiente **link**

De Andrés Pérez S. (2020): “El secreto profesional de los abogados en la Directiva (UE) 2018/822 de intercambio automático de información en el ámbito de la fiscalidad en relación con mecanismos transfronterizos (DAC 6)”. Disponible a través del siguiente **link**

Delle Femmine L (2020): “Spain delays ‘Google tax’ until December due to US pressure”. Disponible a través del siguiente **link**

El Economista (2014): “‘LuxLeaks’: Luxemburgo firmó cientos de acuerdos secretos con empresas para evitar impuestos”. Disponible a través del siguiente **link**

Esteban, L. A. (2020), “APPLE: la derrota más dolorosa de la Comisión Europea”, publicado en Legal Today. Disponible a través del siguiente **link**

Faes, I (2021): “La Justicia europea añade más dudas sobre la declaración de bienes en el extranjero: tumba solo las multas formales y mantiene las del 150%”. Disponible a través del siguiente **link**

Fitz Patrick M. (2019) “¿Qué son los Panama Papers?”. Disponible a través del siguiente **link**

Gil Pecharromán X. “Los asesores fiscales recurren el Reglamento de la DAC 6 y las órdenes de los modelos de declaración” publicado en El Economista y disponible a través del siguiente **link**

Giménez O. (2021): “El acuerdo del G7 obligará al Gobierno a acelerar la reforma de la Ley de Sociedades”. Disponible a través del siguiente **link**

Keena, C (2014): “ ‘Letters of comfort’ show agreement on interpretation of Luxembourg tax law”. Disponible a través del siguiente **link**

Law&Trends: “Dudas sobre el respeto al secreto profesional en la trasposición de la directiva DAC 6”. Disponible a través del siguiente **link**

Marín Benitez G. (2021): “Is DAC6 a proportional measure?”. Disponible a través del siguiente **link**

Marín Benitez G. (2021): “Licencia para un pequeño desahogo emocional a propósito de la DAC-6 y de su transposición al ordenamiento español”. Disponible a través del siguiente **link**

Marín Benitez G. (2021): “Reflexiones a propósito de la petición de decisión prejudicial de validez presentada al TJUE sobre la normativa belga de transposición de la DAC-6 (asunto C-694/20)”. Disponible a través del siguiente **link**

Martínez S (2021): “Primer varapalo de la justicia europea contra las multas por no informar sobre bienes en el extranjero”. Disponible a través del siguiente **link**

Pons D. (2020): “Los problemas que supone la DAC 6 para el secreto profesional” Disponible a través del siguiente **link**

Rigo Vallbona, J. (1998) ¨El secreto profesional de Abogados y Procuradores en España¨, páginas 79-81.

Rodríguez J. (2020) “El secreto profesional y la trasposición de la DAC 6”. Disponible a través del siguiente **link**

Roig M. (2014): “El paraíso de Monsieur Ruling”. Disponible a través del siguiente **link**

Pérez I (2021): “Nuevos avances en el procedimiento de aprobación de la DAC 8”. Disponible a través del siguiente **link**

Uría Menéndez (2021): “Guía DAC 6 en España: Preguntas recurrentes”. Disponible a través del siguiente **link**

Wolters Kluwer (2019): “El secreto profesional en la transposición de la DAC 6” Disponible a través de este **link**

Wolters Kluwer (2020): “Qué es la DAC6 y cómo afecta al asesor”. Disponible a través del siguiente **link**

8. Legislación citada

8.1. Directivas Europeas

Consulta pública previa sobre la trasposición al derecho español de la Directiva (UE) 2021/514 del Consejo de 22 de marzo de 2021 por la que se modifica la Directiva 2011/16/UE relativa a la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad.

Directiva (UE) 77/799/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1977, relativa a la asistencia mutua entre las autoridades competentes de los Estados Miembros en el ámbito de los impuestos directos.

Directiva (UE) 2004/56/CE del Consejo de 21 de abril de 2004 por la que se modifica la Directiva 77/799/CEE relativa a la asistencia mutua entre las autoridades competentes de los Estados miembros en el ámbito de los impuestos directos, de determinados impuestos sobre consumos específicos y de los impuestos sobre las primas de seguros.

Directiva (UE) 2011/16/UE del Consejo, de 15 de febrero de 2011, relativa a la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad y por la que se deroga la Directiva 77/799/CEE.

Directiva (UE) 2014/107/UE del Consejo de 9 de diciembre de 2014 que modifica la Directiva 2011/16/UE por lo que se refiere a la obligatoriedad del intercambio automático de información en el ámbito de la fiscalidad.

Directiva (UE) 2016/881 del Consejo de 25 de mayo de 2016 que modifica la Directiva 2011/16/UE en lo que respecta al intercambio automático obligatorio de información en el ámbito de la fiscalidad.

Directiva (UE) 2016/2258 del Consejo de 6 de diciembre de 2016 por la que se modifica la Directiva 2011/16/UE en lo que se refiere al acceso de las autoridades tributarias a información contra el blanqueo de capitales Directiva (UE) 2018/822 del Consejo de 25 de mayo de 2018 que modifica la Directiva 2011/16/UE por lo que se refiere al intercambio automático y obligatorio de información en el ámbito de la fiscalidad en

relación con los mecanismos transfronterizos sujetos a comunicación de información.

Directiva (UE) 2020/876 del Consejo de 24 de junio de 2020 por la que se modifica la Directiva 2011/16/UE para hacer frente a la urgente necesidad de diferir determinados plazos para la presentación y el intercambio de información tributaria a causa de la pandemia de COVID- 19.

Directiva (UE) 2021/514 del Consejo de 22 de marzo de 2021 por la que se modifica la Directiva 2011/16/UE relativa a la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad.

8.2. Legislación interna española

Estatuto General de la Abogacía de 1946 disponible en este **link**

Constitución Española de 1978.

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

Real Decreto 1331/2006, de 17 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los abogados que prestan servicios en despachos de abogados, individuales o colectivos.

Proyecto de Ley por la que se modifica la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en transposición de la Directiva (UE) 2018/822 del Consejo, de 25 de mayo de 2018, que modifica la Directiva 2011/16/UE por lo que se refiere al intercambio automático y obligatorio de información en el ámbito de la fiscalidad en relación con los mecanismos transfronterizos sujetos a comunicación de información.

Dictamen del Consejo de Estado. Número de expediente: 1072/2019. Disponible a través del siguiente **link**

Informe del 26 de septiembre del 2019 sobre el Anteproyecto de Ley de transposición de Directiva (UE) 2018/822 del Consejo, de 25-05-2018, que modifica Directiva 2011/16/UE por lo que se refiere al intercambio automático y obligatorio de información en el ámbito de la fiscalidad en relación con mecanismos transfronterizos sujetos a comunicación de información y del Proyecto de Real Decreto que modifica el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos, aprobado por el RD 1065/2007, de 27 de julio.

Ley 10/2020, de 29 de diciembre, por la que se modifica la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en transposición de la Directiva (UE) 2018/822 del Consejo, de 25 de mayo de 2018, que modifica la Directiva 2011/16/UE por lo que se refiere al intercambio automático y obligatorio de información en el ámbito de la fiscalidad en relación con los mecanismos transfronterizos sujetos a comunicación de información.

Real Decreto 135/2021, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española.

Orden HAC/342/2021, de 12 de abril, por la que se aprueba el modelo 234 de "Declaración de información de determinados mecanismos transfronterizos de planificación fiscal", el modelo 235 de "Declaración de información de actualización de determinados mecanismos transfronterizos comercializables" y el modelo 236 de "Declaración de información de la utilización de determinados mecanismos transfronterizos de planificación fiscal".

8.3. Legislación internacional

FATCA: Internal Revenue Code (Título 26, Capítulo 4; Subtítulo A - Taxes to enforce reporting on certain foreign accounts - Secciones 1471 a 1474 y 6038)

9. Jurisprudencia citada

9.1. Jurisprudencia Europea

Sentencia del Tribunal General (Sala Quinta) de 31 de enero de 2019 - Caso Apple. Disponible a través del siguiente **link**

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Séptima) de 24 de septiembre de 2019 - Caso Starbucks. Disponible a través del siguiente **link**

9.2. Jurisprudencia Española

Sala Primera del Tribunal Constitucional, sentencia 110/1984 de 26 de noviembre de 1984, recurso de amparo 575/1983. Disponible a través de este **link**

Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, sentencia del 10 de mayo de 1999, recurso 1268/1995. Disponible a través de este **link**

Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, sentencia 7004/2008, de 16 de diciembre de 2008, recurso 4/2007. Disponible a través de este **link**

Sala Penal del Tribunal Supremo, sentencia 79/2012, de 9 de febrero de 2012, recurso 20716/2009. Disponible a través de este **link**

FUNDACIÓN Mutualidad

La libertad de expresión en el ejercicio de la abogacía: una visión actual sobre sus límites y ponderación

Amalia Álvarez Vázquez

Grado en Derecho Universidad de Santiago de Compostela.
Máster universitario en abogacía escuela de práctica jurídica de Ssantiago de Compostela

IX Premios a la Excelencia Cátedra Fundación Mutualidad

FUNDACIÓN Mutualidad

Amalia Álvarez Vázquez

Grado en derecho universidad de Santiago de Compostela
Máster universitario en abogacía escuela de práctica jurídica de Santiago de Compostela

SEGUNDO PREMIO

IX Premios a la Excelencia de la Cátedra Fundación Mutualidad Abogacía

2021

FUNDACIÓN Mutualidad

Lista de abreviaturas 101
Resumen y palabras clave 102
Abstract and key words 103
Introducción 104
1. Regulación del derecho a la libertad de expresión 106
1.1. Breve introducción histórica. 106
1.2. Constitución española de 1978 y regulación actual. 107
1.3. Libertad de expresión del profesional de la abogacía. 109
2. Interpretación jurisprudencial del contenido y límites de la libertad de expresión en el ejercicio de la abogacía 118
2.1. La libertad de expresión y el derecho de defensa. 118
2.2. Límites a la libertad de expresión. 121
2.2.1. Respeto a los derechos constitucionales y a las leyes que los desarrollan. 122
2.2.2. Derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia. 123
2.2.3. Límites deontológicos: las buenas maneras. 128
2.3. Técnica de ponderación constitucional. 132
2.4. Libertad de expresión del abogado en el ámbito penal. 137
2.5. Potestad sancionadora colegial y tutela de derechos. 140

FUNDACIÓN Mutualidad

3. Conclusiones 142
4. Reflexión final 147
Bibliografía 149
Anexo de legislación 151
Anexo de jurisprudencia 154

Lista de abreviaturas

AP	Audiencia Provincial
ATC	Auto del Tribunal Constitucional
CE	Constitución Española
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos CDAE Código Deontológico de la Abogacía Española CGAE Consejo General de la Abogacía Española EGAE Estatuto General de la Abogacía Española
FJ	Fundamento Jurídico
LODD	Ley Orgánica del Derecho de Defensa (Proyecto)
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial STC Sentencia del Tribunal Constitucional STS Sentencia del Tribunal Supremo
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TS	Tribunal Supremo

Resumen

La libertad de expresión, contemplada en el artículo 20.1 CE, deviene en una libertad de expresión reforzada cuando se trata del derecho de los abogados a expresarse libremente en el ejercicio de la defensa, debido a su inescindible vinculación con otro derecho fundamental: el derecho a una tutela judicial efectiva y, en concreto, a la defensa letrada (artículo 24 CE).

A través del presente estudio se analiza la normativa vigente en la materia y los últimos cambios introducidos en las normas deontológicas que rigen la profesión y, en especial, se analiza la doctrina jurisprudencial más reciente, europea y española, con la finalidad de aportar una visión actual y completa de la interpretación, aplicación y ponderación por parte de los Tribunales de los límites a la libertad de expresión de la abogacía en su práctica profesional.

Palabras clave: Libertad de expresión; libertad de expresión de los abogados; derecho a la defensa letrada; límites a la libertad de expresión; técnica de ponderación.

Abstract

Freedom of expression, regulated in article 20.1 of Spanish Constitution, becomes a reinforced freedom when it comes to the right of lawyers to express themselves freely in the exercise of the legal assistance or defence, due to its inseparable linkage with another fundamental right: the right to effective judicial protection and, specifically, to legal defence (article 24 of Spanish Constitution).

This study analyses the current regulation on the subject and the latest changes introduced in the ethical rules of advocacy and, in particular, the most recent European and Spanish case-law, with the aim of providing a current and complete view of the interpretation, application and weighing by the Courts of the limits to the freedom of expression in advocacy.

Keywords: Freedom of expression; freedom of expression of lawyers; right to legal assistance; limits to freedom of expression; judicial weighing technical.

Introducción

Junto a los supuestos "ordinarios" de ejercicio de la libertad de expresión -como forma genérica, exteriorizada, de una previa libertad de opinión o de creencia- se dan supuestos de ejercicio de tal libertad de carácter "extraordinario", reforzado, por estar implicados en su ejercicio otros derechos fundamentales. Tal es el caso del derecho a la libertad de expresión de los abogados en el desarrollo de sus funciones, debido a la inexorable confluencia que su ejercicio puede colisionar con otros bienes o derechos constitucionales a los que la Constitución otorga especial protección: la libertad de expresión (artículo 20.1 CE) y el derecho a la tutela judicial efectiva, más concretamente, el derecho de defensa (artículo 24 CE).

A través del presente estudio se realiza un examen de la regulación vigente sobre la libertad de expresión de los profesionales de la abogacía. Para ello, en el primer apartado se analiza su fundamento constitucional y la normativa legal y deontológica actual, estudiando también los nuevos proyectos legislativos que pueden suponer avances en la materia.

En este análisis, la doctrina jurisprudencial cobra un papel esencial puesto que, como ocurre en tantas otras disquisiciones jurídicas, han sido los propios Tribunales los que, de facto, han ido determinando, delimitando, ponderando y precisando, a través de sus resoluciones, el contenido y los límites del derecho a la libertad de expresión en el ejercicio de nuestra profesión.

Por ello, se dedica el segundo epígrafe al estudio de la doctrina jurisprudencial más reciente tanto europea como española, y, con especial interés, de las resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional español, así como del Tribunal Supremo.

En concreto, se analiza la singular cualificación e inmunidad de la libertad de expresión de los letrados en el desempeño de sus funciones en el seno del proceso judicial, debido a su necesaria confluencia con otros derechos constitucionales, lo cual justifica las especiales garantías que lo amparan y, de igual forma, los límites que cercan su ejercicio. Se trata de límites constitucionales, legales y deontológicos, de los

que se realiza un estudio pormenorizado, atendiendo tanto a su regulación como a su aplicación por parte de los Tribunales, con el objetivo de ofrecer una visión de cuáles son los límites reales y actuales que operan frente a la libertad de expresión.

En este sentido, se hace especial hincapié en la interpretación que realizan de los mismos los distintos órganos jurisdiccionales que, una vez constatada la existencia de una colisión entre derechos, han de realizar un examen de la intensidad y trascendencia de cada uno de ellos, en atención a las circunstancias concretas, para lo que acuden a la denominada técnica de ponderación constitucional (apartado 2.3).

Y, por último, se ofrece una síntesis del tratamiento en el orden jurisdiccional penal de la libertad de expresión en el ejercicio de la función letrada (apartado 2.4) así como la compatibilidad y relación con la potestad disciplinaria en el proceso (apartado 2.5), para lo que de nuevo se acude a las apreciaciones y aclaraciones que han hecho los jueces y Tribunales respecto de los delitos, infracciones y, en su caso, sanciones aplicables.

Todo ello teniendo en cuenta la razón que justifica el especial tratamiento de la libertad de expresión de los abogados, esto es, su papel fundamental en la sociedad y en el adecuado funcionamiento de los órganos jurisdiccionales en cumplimiento del propio y fundamental papel que la Constitución les atribuye como garantes del derecho fundamental de defensa; y, por supuesto, sin perder de vista los principios que han de regir el ejercicio de la profesión, esto es, la dignidad, el respeto y la libertad.

1. Regulación del derecho a la libertad de expresion

1.1. Breve introducción histórica

El derecho a la libertad de expresión, uno de los derechos recogidos en las primeras declaraciones revolucionarias de derechos del siglo XVIII[1], se contempla por primera vez constitucionalmente en España como "derecho a la libertad de imprenta" en la Constitución española de 1812. Así, el artículo 371 disponía: "*Todos los españoles tienen libertad de escribir, imprimir y publicar sus ideas políticas sin necesidad de licencia, revisión o aprobación alguna anterior a la publicación, bajo las restricciones y responsabilidad que establezcan las leyes*".

Dos décadas después, la Constitución de 1837 trasladó la regulación de dicho derecho a su segundo artículo, en aras, a pesar de que el contenido de la regulación fuese sustancialmente el mismo, de otorgarle una mayor importancia: "*Todos los españoles pueden imprimir y publicar libremente sus ideas sin previa censura, con sujeción a las leyes. La calificación de los delitos de imprenta corresponde exclusivamente a los jurados*".

Dicha regulación se mantuvo básicamente inalterada en las sucesivas constituciones de 1845, 1869, 1876 y 1931, contemplándolo esta última por primera vez como un derecho de carácter universal, y no únicamente nacional.

Sin perjuicio de la consagrada importancia y prevalencia de la regulación constitucional en nuestro ordenamiento jurídico, es necesario destacar, antes de analizar la regulación constitucional y legal actual, la importancia de otras leyes y/o normas de diferentes rangos que contribuyeron también a la conformación del derecho a la libertad de expresión. Especialmente, disposiciones de carácter internacional como la Declaración de Derechos Humanos de 1948 que recoge la libertad de expresión en su artículo 19: "T*odo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por*

1. SALVADOR MARTÍNEZ, MARÍA (2006). El derecho a la libertad de expresión. Disponible en: **https://bit.ly/2UQzKP8**

cualquier medio de expresión", o la regulación contemplada en el décimo artículo del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, que integra dentro del derecho a la libertad de expresión los de opinión e información.

Todas ellas fueron antecedente y, en mayor o menor medida, inspiración para el poder constituyente de 1978 que plasmó la actual regulación del derecho a la libertad de expresión en España, que se analiza a continuación.

1.2. Constitución española de 1978 y regulación actual

La Constitución española de 1978 (en adelante, CE) "reconoce y protege" el derecho a la libertad de expresión en su artículo 20 apartado 1.a), ubicado en la Sección Primera ("De los derechos fundamentales y de las libertades públicas") del Capítulo II ("Derechos y libertades") del Título I ("De los derechos y deberes fundamentales").

El constituyente español reconoce en este artículo una serie de derechos basados fundamentalmente en la libertad de expresión, a la que dedica el primer apartado. Si bien el enunciado constitucional es, a priori, una elemental síntesis de la regulación contenida en los textos legales internacionales, no hay que olvidar que el artículo 20 sitúa la libertad de expresión en la parte más protegida y con mayores garantías del texto constitucional[2].

Así, el constituyente proclama una serie de garantías que delimitan el ejercicio de este derecho y que se pueden dividir en dos categorías: las garantías que señala el propio artículo 20 CE en los apartados 2, 3, 4 y 5, y las garantías previstas para la protección de todos los derechos fundamentales. Es de especial interés para la cuestión que ahora se analiza su necesario desarrollo legislativo (artículos 53.2 y 81 CE), cuestión clave

2. Aunque integrados en el mismo art. 20 CE, la libertad de expresión tiene un campo de acción objeto de tutela más amplio que la libertad de información, ya que no se refiere a la comunicación de hechos objetivos susceptibles de contraste, sino a la emisión de "juicios, creencias, pensamientos y opiniones de carácter personal y subjetivo", tal y como precisa la Jurisprudencia; por todas, STS (civil) de 1 de octubre de 2015 (rec. 1194/2013), Fundamento de Derecho Cuarto.

para entender el estudio normativo que se realizará a continuación. En este sentido, destaca la ausencia de una legislación específica orgánica de desarrollo, lo cual hace que el precepto constitucional antes indicado sea el pilar fundamental -y prácticamente único- al que acudir a la hora de interpretar su contenido y sus límites.

En consecuencia, ha sido de gran relevancia la interpretación que ha realizado el Tribunal Constitucional (al que los artículos 53.2, 161 y 163 CE atribuyen el conocimiento de los recursos de amparo y de inconstitucionalidad) del contenido del artículo 20.1 CE y de las garantías y límites para la protección de su ejercicio. Límites contemplados de forma expresa en el apartado 4º del artículo 20 CE, cuyo tratamiento jurisprudencial es también fundamental, como se verá en los siguientes apartados, a la hora de analizar la configuración actual del derecho a la libertad de expresión.

Una interpretación del derecho a la libertad de expresión que es especialmente relevante cuando el pronunciamiento judicial tiene por objeto la colisión y conciliación de dicho derecho con otros básicos y, en consecuencia, de especial protección constitucional, como son el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, consagrado en el art. 18 CE.

En tal sentido, es uniforme la doctrina del Constitucional y del Supremo en el sentido de que el derecho a la libertad de expresión no justifica ni ampara el derecho al insulto, si bien tal interpretación general admite matices flexibles cuando se trata de la colisión con derechos como los de participación política del art. 23 CE o cuando se trata de trata de personajes públicos o que desempeñan cargos públicos, para los que el derecho al honor aparece como "debilitado" o "atenuado", aunque no despojado, frente a la general prevalencia del derecho de libertad de expresión[3].

Un ejercicio de la libertad de expresión que se extiende a la función jurisdiccional, amparando las críticas a los pronunciamientos judiciales, tanto por parte de los profesionales de la abogacía como por la ciudadanía en general. Al respecto, de especial interés la reciente sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 de marzo de 2021 (asunto Benítez Moriana e Iñigo Fernández contra España)[4].

---

3. La doctrina del Tribunal Constitucional reconoce "el máximo nivel de eficacia justificadora al ejercicio de las libertades de expresión e información frente al derecho al honor cuando los titulares de este son personas públicas, ejercen funciones públicas o resultan implicados en asuntos de relevancia pública" (SSTC 107/1988, de 8 de junio, y 110/2000, de 5 de mayo, entre otras)", doctrina que aplica el Supremo; al respecto STS de 14/06/2021 (rec. 1357/2020) o STS de 18/05/2021 (rec. 2296/2020), por citar las más recientes
4. Sentencia del TEDH que supone una corrección en toda regla de la previa STC 65/2015 de 13 de abril, que había desestimado el recurso de amparo interpuesto por dos personas que habían sido condenadas penalmente por un delito de injurias por publicar una carta en la que se criticaba a un juez por determinadas resoluciones.

Más concretamente, especial trascendencia han tenido las resoluciones judiciales en la conformación y consagración de los límites a la libertad de expresión de los abogados pues, como explicaremos en el epígrafe 2, la casuística ha servido para colmar las lagunas normativas existentes en la materia, por lo que no solo se trata de una casuística amplia sino también valiosa y fructífera para formar el contenido actual de la libertad de expresión del profesional de la abogacía, cuyo desarrollo normativo estudiamos a continuación.

1.3. Libertad de expresión del profesional de la abogacía

La libertad de expresión de los abogados en su ejercicio profesional no es más que una manifestación, de idéntico contenido, que la libertad de expresión reconocida constitucionalmente en el artículo 20 CE[5]; si bien el Tribunal Constitucional ha declarado, y es doctrina consolidada, que la libertad de expresión del abogado en el ejercicio de su función de defensa es un supuesto especialmente cualificado de esa libertad fundamental (STC 157/1996, de 15 de octubre[6], FJ 5º), "especialmente resistente, inmune a restricciones que es claro que en otro contexto habrían de operar", tal y como indica doctrina reiterada del Tribunal Constitucional[7]. Esto es "consecuencia necesaria de su conexión instrumental con el derecho fundamental a la defensa y asistencia de letrado reconocido en el art. 24.1 CE, sin la cual dicho derecho fundamental resultaría ilusorio"[8], así como de su especial incidencia en el ejercicio de las funciones que las leyes atribuyen a los profesionales de la abogacía.

5. "Los límites constitucionales del derecho a la libertad de expresión del abogado en relación con el ejercicio del derecho de defensa". Lawyerpress.com. Disponible en: **https://bit.ly/2UOSkqR**
6. Sentencia del Tribunal Constitucional, nº 157/1996, de 15 de octubre de 1996. (ECLI:ES:TC:1996:157). En adelante, STC 157/1996
7. STC 205/1994, de 11 de julio, FJ 6; también, entre otras, SSTC 184/2001, de 17 de septiembre, FJ 4; 39/2009, de 9 de febrero, FJ 3)
8. STC 157/1996, FJ 5º, cita anterior.

Tal trascendencia, señalada y aceptada tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, no ha tenido reflejo en una normativa específica pues, si bien la libertad de expresión de los abogados es mencionada en algunos de los textos legales que regulan la profesión, no se encuentra regida por una normativa propia que contemple ampliamente su contenido y límites respecto de la defensa letrada. Laguna existente, como hemos apuntado en el apartado anterior, respecto al derecho a la libertad de expresión en sí mismo, pues no existe una ley en España específica y única que se ocupe per se de regular dicha libertad.

Tal carencia ha dado lugar a una regulación dispersa de la libertad de expresión, que se encuentra plasmada fundamentalmente en las leyes de procedimiento de cada uno de los órdenes jurisdiccionales y, con mayor importancia y trascendencia, en la Ley Orgánica del Poder Judicial (LO 6/1985, de 1 de julio, en adelante, LOPJ).

En concreto, es el artículo 542, apartado 2, de la LOPJ el precepto que contiene la principal referencia legal a la libertad de expresión de los abogados en nuestro ordenamiento jurídico:

> **"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".**

Este amparo, que garantiza legalmente la LOPJ, se ha recogido también en el nuevo Código Deontológico de la Abogacía Española (en adelante, CDAE), aprobado por el Pleno del Consejo General de la Abogacía Española el 6 de marzo de 2019 y en vigor desde el 8 de mayo del mismo año[9].

El anterior Código Deontológico -aprobado por el Pleno el 27 de septiembre de 2002[10]-, recogía en el artículo 3 la "Libertad de defensa", como derecho y deber del abogado, y hacía mención, en los apartados 2 y 3 de dicho artículo, a la libertad de expresión, señalando lo siguiente:

> **2. El abogado está obligado a ejercer su libertad de defensa y expresión conforme al principio de buena fe y a las normas de la correcta práctica profesional.**

9. Código Deontológico de la Abogacía Española aprobado por el Pleno del Consejo General de la Abogacía Española el 6 de marzo de 2019 (entrada en vigor: 8 de mayo de 2019).
10. Código Deontológico de la Abogacía Española aprobado por el Pleno del Consejo General de la Abogacía Española el 27 de septiembre de 2002 y modificado el 10 de diciembre de 2002 (entrada en vigor: 1 de enero de 2003).

3. El abogado está amparado en su libertad de expresión por el Art. 437.1 de la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial.

El nuevo CDAE ha introducido distintos cambios respecto de la normativa deontológica anterior debido a que, de acuerdo con su Preámbulo, "muchas han sido las reformas legislativas y muchos también los cambios políticos y sociales que han afectado al ejercicio profesional en España, lo que hace necesaria la actualización de las normas jurídicas que la rigen"[11], y ha ampliado -entre otros- el contenido de su artículo tercero, titulado ahora: "Libertades de defensa y de expresión":

> Artículo 3. Libertades de defensa y de expresión
> 1. Quienes ejercen la Abogacía tienen el derecho a la plena libertad de defensa y el deber de defender y asesorar libremente a sus clientes.
> **2. La libertad de expresión está especialmente amparada por la Constitución Española, la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial y demás legislación que pueda resultar aplicable.**
> **3. La libertad de expresión no legitima el insulto ni la descalificación gratuita.**
> 4. No se podrán utilizar medios ilícitos ni el fraude como forma de eludir las leyes.
> **5. Se debe ejercer las libertades de defensa y expresión conforme al principio de buena fe y a las normas de la correcta práctica profesional, procurando siempre la concordia, haciendo uso de cuantos remedios o recursos establece la normativa vigente, exigiendo tanto de las Autoridades, como de los Colegios, todas las medidas de ayuda en su función que les sean legalmente debidas.**

De este modo, la nueva redacción del artículo 3 CDAE se refiere "*a las libertades de defensa y de expresión; en el primer caso, como la manifestación más clara de dotar a los abogados de un espacio de libertad donde puedan desarrollar su actividad profesional de modo independiente, no sometidos a ningún tipo de presión –incluidas las recibidas de sus clientes-; en el segundo caso, en el sentido de expresarse libremente, sin temor a ser sancionados disciplinariamente, e incluso penalmente, pero siempre dentro de unos límites, muchas veces difusos*"[12].

---

11. Párrafo 7º del Preámbulo del Código Deontológico de la Abogacía Española de 2019
12. Los límites constitucionales del derecho a la libertad de expresión del abogado en relación con el ejercicio del derecho de defensa (2020). Lawyerpress.com. Disponible en: **https://bit.ly/2UOSkqR**

En concreto, se mantienen la referencia al amparo constitucional y legal respecto del derecho a la libertad de defensa y el deber de ejercer dicho derecho conforme al principio de buena fe. Pero, además, se incluye la obligación para los abogados de "procurar siempre" la concordia, para lo que se podrán valer de todos los recursos establecidos en la normativa vigente y, además, el derecho de exigir, tanto de las Autoridades como de los Colegios, todas las medidas de ayuda en su función que les sean legalmente debidas; inclusión que se corresponde con el amparo que los poderes judiciales vienen obligados a prestar a los abogados en el ejercicio de sus funciones por mandato de los artículos 542 y 546 de la LOPJ. Y, más concretamente, la nueva redacción aclara -a la vista de la reiterada jurisprudencia, que más adelante se analizará- la prohibición de utilizar insultos y/o descalificaciones gratuitas, aclarando que el abogado no puede ampararse en el derecho reconocido en el artículo 3 CDAE para utilizar tales expresiones..

No se refiere expresamente a la libertad de expresión del abogado el Código de Deontología de los Abogados Europeos[13], que sí recoge y regula otros principios generales del ejercicio profesional como la independencia (artículo 2.1), la confianza e integridad (artículo 2.2) o el secreto profesional (artículo 2.3).

De acuerdo con lo expuesto, si bien es cierto que, a todas luces, la regulación de la libertad de expresión sigue siendo insuficiente para evitar y solucionar los frecuentes dilemas y conflictos que puede suscitar el ejercicio de este derecho por parte de los letrados, también lo es que el contenido del nuevo artículo del CDAE resulta más completo a la hora de establecer el alcance y los límites de dicho derecho, ya que ofrece unos parámetros que, aún demasiado genéricos, permiten delimitar de forma más precisa su ejercicio.

En este sentido, el nuevo CDAE ha pretendido dotar de una mayor importancia a la libertad de expresión de los abogados basándose, de acuerdo con el párrafo 6º de su Preámbulo, en las exigencias de una "sociedad constituida y activada con base en el Derecho, que proclama como valores fundamentales la igualdad y la justicia", en la que "*quien ejerce la Abogacía, experto en leyes y conocedor de la técnica jurídica y de las estrategias procesales, se erige en elemento imprescindible para la realización de la justicia, garantizando la información o asesoramiento, la contradicción, la igualdad de las partes tanto en el proceso como fuera de él, encarnando el derecho de defensa que es requisito imprescindible de la tutela judicial efectiva*".

13. **https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2012/06/codigodeontologico.pdf**

En consecuencia, en la actualidad se precisa "más que nunca ratificar y desarrollar unas normas de comportamiento que permitan satisfacer los inalienables derechos del cliente, respetando la defensa y consolidación de los valores superiores en los que se asienta la sociedad y la propia condición humana"[14].

Son estos, básicamente, los mismos principios y valores que han servido como fundamento para la redacción del nuevo Estatuto General de la Abogacía Española[15] (en adelante, EGAE), en vigor desde el 1 de julio de 2021, y que ha incluido, por primera vez de forma explícita, una referencia a la libertad de expresión en su artículo 58:

> Artículo 58. Protección de la libertad e independencia del profesional de la Abogacía.
> **1. En su actuación ante los Juzgados y Tribunales los profesionales de la Abogacía son libres e independientes, gozarán de los derechos inherentes a la dignidad de su función y podrán solicitar ser amparados en su libertad de expresión y defensa, en los términos previstos en las normas aplicables.**
> 2. Si el profesional de la Abogacía considerase que la autoridad, juez o tribunal coarta la independencia y libertad necesarias para cumplir sus deberes profesionales, o que no guarda la consideración debida a su función, podrá hacerlo constar así ante el propio juzgado o tribunal y dar cuenta a la Junta de Gobierno. La Junta, si estimare fundada la queja, adoptará medidas activas para amparar la libertad, independencia y dignidad profesionales.
> 3. Los Colegios notificarán los amparos concedidos a las autoridades, jueces o tribunales que hayan coartado la libertad o independencia de los profesionales de la Abogacía y denunciarán dichas conductas, cuando proceda, ante el Consejo General del Poder Judicial y las instituciones pertinentes. Asimismo, los Colegios de la Abogacía promoverán fórmulas para ser oídos ante las Salas de Gobierno de sus respectivos Tribunales Superiores de Justicia en los expedientes gubernativos seguidos contra cualquier profesional de la Abogacía y sus recursos.

De esta manera, a propuesta del Consejo General de la Abogacía Española, el EGAE recoge entre su articulado el derecho de quienes ejercen la abogacía a expresarse libremente y a ser amparados en el ejercicio de tal derecho de acuerdo con la normativa vigente y -ha de entenderse- de acuerdo con los principios de libertad e independencia recogidos en el artículo 47 EGAE (anterior artículo 33).

---

14. Párrafo 6º del Preámbulo del Código Deontológico de la Abogacía Española de 2019
15. Real Decreto 135/2021, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española. **https://bit.ly/3iN536o**

No obstante, y sin desmerecer la primera inclusión de dicho derecho en la normativa que regula la profesión, la referencia no es otra que la ya contenida tanto en la LOPJ como en el CDAE, y similar a otras que, como hemos adelantado, también se han incluido en las distintas leyes de procedimiento de cada uno de los órdenes jurisdiccionales. Véase, por ejemplo, el artículo 31 ("Intervención de abogado") y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil (incluidos en el Capítulo V "De la representación procesal y la defensa técnica", Título I "De la comparecencia y actuación en juicio", Libro I); el artículo 118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (Capítulo I "Del derecho a la defensa y a la asistencia jurídica gratuita", Título V "Del derecho a la defensa, a la asistencia jurídica gratuita y a la traducción e interpretación en los juicios criminales", Libro I) y artículo 520 (Capítulo IV "Del ejercicio del derecho de defensa, de la asistencia de Abogado y del tratamiento de los detenidos y presos", Título VI "De la citación, de la detención y de la prisión provisional", Libro II); o el artículo 18 y siguientes de la Ley de Jurisdicción Social (Capítulo II "De la representación y defensa procesales, Título II "De las partes procesales").

Se trata de preceptos que, sin recoger de forma explícita el derecho a expresarse libremente de los abogados, regulan el ejercicio de la profesión de abogado en los distintos órdenes jurisdiccionales y establecen principios generales que ayudan a delimitar el contenido de dicho derecho -igual que otros artículos similares cuyo reflejo literal se omite en aras de una mayor brevedad-.

No obstante, queda patente, tal y como adelantábamos, y a pesar de la fundamental e íntima conexión de tal libertad con la actividad letrada, que el reconocimiento y concreción individualizada del derecho de los abogados en su ejercicio a expresarse libremente no ha dado lugar, al menos por el momento, a una regulación particular.

A pesar de ello, no son tan frecuentes ni numerosas las menciones a la necesidad de regular el ejercicio de dicho derecho en nuestro sector profesional -más allá de las provenientes, precisamente, del propio sector-, contrariamente a lo que ocurre en otros ámbitos en los que continuamente se hace mención a la escasez de regulación[16].

16. Véanse, por ejemplo, las constantes peticiones para regular la relación entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la información en el sector de los medios de comunicación: "Proteger la libertad de expresión, regular la disinformation". Agendapublica.es. Disponible en: **https://bit.ly/3f14nbz** "El Gobierno apuesta por regular la libertad de expresión de los medios". Elmundo.es. Disponible en: **https://bit.ly/3i1vDIJ**

Sin embargo, tal y como se deduce del Preámbulo del CDAE y de otras manifestaciones realizadas por distintos organismos y colectivos del sector[17], la abogacía española es consciente de las carencias normativas y de la necesidad de delimitar el ejercicio de los derechos que nos asisten en la profesión. En este sentido, se puede afirmar que existe un ánimo colectivo de llenar dichas lagunas reclamando una legislación específica completa que sirva como base para la autorregulación dentro de nuestro ámbito profesional.

Tales demandas no han caído en saco roto, sino que comienzan a tener, paulatinamente, su reflejo en el derecho positivo. Así, recientemente se han visto plasmadas, tal y como hemos analizado, en la redacción de los nuevos CDAE y EGAE, pero, además, también han servido como motivación y fundamento para la redacción y puesta en marcha de otros proyectos normativos, tal es el caso de la Ley Orgánica del Derecho de Defensa (en adelante, LODD).

El anteproyecto de la Ley Orgánica del Derecho de Defensa, sometida a consulta pública en marzo de 2018[18], anunciada su tramitación a finales del año 2019[19] y en elaboración desde mediados de 2020, pretende completar y actualizar el marco jurídico del derecho de defensa configurado en los artículos 24 y 25 de la CE, concebido, en palabras de Victoria Ortega (Presidenta del Consejo General de la Abogacía Española), como "función propia y exclusiva de los abogados, como resulta de la CE y de la LOPJ, garantes de este derecho fundamental, que no encuentra su razón de ser en la protección de los abogados, sino de los ciudadanos, quienes son titulares de ese Derecho Fundamental de Defensa por medio de abogado"[20].

Entre otros objetivos está el de "Contemplar los derechos y obligaciones del abogado, tanto respecto del tribunal, como respecto del ciudadano – cliente- que demanda su asistencia letrada", tal y como se contiene en la memoria justificativa del trámite de consulta pública. En la propuesta presentada por la Comisión Jurídica del Consejo General de la Abogacía Española[21], serían varios los preceptos que se dedicarían a regular la regulación entre la abogacía y las garantías del derecho de defensa (Capítulo II de la Propuesta), siendo el artículo 21 el eje central de la regulación del derecho a la libertad de expresión de los abogados.

---

17. "Una Ley Orgánica de Derecho a la Defensa blindaría la justicia gratuita, según los congresistas de ALTODO". Confilegal.com. Disponible en: **https://bit.ly/3i6tHid**
18. **https://bit.ly/3yRBl0o**
19. "Carmen Calvo anuncia una Ley Orgánica del Derecho a la Defensa como prioridad en esta legislatura". Confilegal.com. Disponible en: **https://bit.ly/2Wex2Di**
20. Prólogo de "El derecho de defensa: Propuesta de ley reguladora. Informes de la Comisión Jurídica del Consejo General de la Abogacía Española". "Propuestas jurídicas para una sociedad mejor" por Victoria Ortega Benito (Presidenta del Consejo General de la Abogacía Española)
21. **https://bit.ly/3yO5YcD**; págs. 15-24

> Artículo 21. La libertad de expresión del profesional de la abogacía
> 1. En protección del derecho de defensa, se garantiza la indemnidad del abogado o abogada por las declaraciones efectuadas en su ejercicio, verbalmente o por escrito, en las diligencias policiales o de investigación, así como en cualquier fase del procedimiento. La indemnidad se extenderá incluso después de terminado su encargo profesional.
> 2. El profesional de la abogacía no será constreñido, limitado o sancionado por las opiniones, orales o escritas, expresadas en el ejercicio del derecho de defensa, salvo cuando resulten contrarias a la deontología profesional. Esta libertad de expresión reforzada deberá ser interpretada del modo más favorable a la eficacia del derecho de defensa.
> 3. Los Colegios de la Abogacía velarán porque se respete la libertad de expresión del abogado o abogada como garantía del derecho de defensa.

A través de este artículo, se realiza una concreción de la genérica libertad de expresión contemplada en el artículo 20.1 CE, que deviene en una libertad de expresión reforzada (tal y como ha afirmado en reiteradas ocasiones la jurisprudencia), adaptada a la especificidad del sector profesional de la abogacía, contemplando para ello las garantías de las que gozan los profesionales en el ejercicio de tal derecho y las limitaciones o restricciones a las que están sujetos.

Pero, además, hay que destacar la importancia de que dicha propuesta no incluya una mera referencia a la forma en que los abogados han de ejercer su derecho a la libertad de expresión, sino que contiene un marco legislativo bastante completo -en especial si lo comparamos con la normativa actualmente vigente- que contempla la regulación de los principales derechos -fundamentales y no fundamentales- que intervienen, diaria y necesariamente, en el ejercicio de la función letrada.

De esta forma, es posible completar y delimitar de forma más precisa el contenido de los derechos de los abogados, realizando una interpretación sistemática y teleológica de los preceptos. Sirve con mencionar, a modo ejemplificativo, el artículo 14 de la Propuesta que, a pesar de no dedicarse expresamente a regular el contenido de la libertad de expresión, referencia el límite al mismo:

> Artículo 14. Deber de respeto
> 1. Toda persona tiene el deber de ejercer su derecho de defensa con el debido respeto hacia los demás y el de comportarse con sujeción a las normas de cortesía que rijan en el procedimiento.

> En particular, los abogados y procuradores habrán de ajustar en todo caso su actuación a las normas deontológicas aprobadas por sus respectivas organizaciones colegiales.
> 2. El ejercicio del derecho de defensa no ampara conductas amenazantes o intimidatorias ni la utilización de expresiones difamatorias o que atenten contra la dignidad de las personas. Tampoco exime de las consecuencias jurídicas que la ley anuda a las declaraciones falsas o a la aportación de pruebas alteradas o ilícitamente obtenidas.

Dicho artículo es un claro ejemplo de cómo ha de llevarse a cabo la concreción del derecho a expresarse libremente. Para ello, es necesario partir de la formulación genérica del artículo 20.1 CE, adoptar una perspectiva profesional específica y adaptar a la realidad laboral de la abogacía los límites a la libertad de expresión ya contemplados legalmente, tales como los que recoge el artículo 191 LOPJ, que encuentran su reflejo en el artículo 14 de la Propuesta.

Es decir, el CGAE propone una regulación específica de todos los derechos y deberes que asisten a los abogados en su función como sujetos garantes del derecho fundamental de defensa del artículo 24 CE. Regulación que permite no solo colmar los vacíos legales existentes, sino también conformar una base sólida sobre la que sea posible formular una autorregulación profesional que, necesariamente, ha de desarrollar y completar los principios recogidos en dicha proposición.

A pesar de lo esperanzador de los avances señalados y, en especial, de la propuesta de la Abogacía española de Ley Orgánica analizado, hay que ser conscientes de la dilación y lentitud inherentes al proceso normativo de nuestro ordenamiento jurídico[22] por lo que, si nos ceñimos al derecho positivo vigente, solo es posible reiterar - de nuevo- la inexistencia de una normativa específica que regule la libertad de expresión en el ejercicio de la función letrada.

22. En el momento de redacción del presente artículo (agosto 2021) el mencionado proyecto de ley no ha sido objeto de aprobación por el gobierno para su remisión a las Cortes. Tampoco figuraba en el Plan Anual Normativo del 2020

2. Interpretación jurisprudencial del contenido y límites de la libertad de expresión en el ejercicio de la abogacía

Con el objetivo de analizar el contenido actual del derecho a la libertad de expresión de los abogados en su profesión, y una vez analizada la normativa vigente en la materia, se estudian en este epígrafe las resoluciones judiciales más significativas al respecto. En concreto, se presenta la jurisprudencia nacional y europea más reciente y relevante -prestando especial atención a la doctrina del Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo y Tribunal Europeo de Derecho Humanos-, con la finalidad de aportar una visión actual y completa de la interpretación, aplicación y ponderación por parte de los Tribunales de los límites legales que delimitan el ejercicio del referido derecho.

2.1. La libertad de expresión y el derecho de defensa

Junto a los supuestos "ordinarios" de ejercicio de la libertad de expresión -como forma genérica, exteriorizada, de una previa libertad de opinión o de creencia- se dan supuestos de ejercicio de tal libertad de carácter "extraordinario", por estar implicados en su ejercicio otros bienes constitucionales o, incluso, otros derechos fundamentales (STC 157/1996, FJ 5º). Tal es el caso del derecho a la libertad de expresión de los abogados en el desarrollo de sus funciones, debido a la inexorable confluencia que su ejercicio ocasiona entre dos de los bienes constitucionales a los que la Constitución otorga especial protección: la libertad de expresión (artículo 20.1 CE) y el derecho de defensa (artículo 24 CE).

La libertad de expresión del abogado -ha de entenderse, en adelante, en el ejercicio de su función de defensa- resulta, así, una manifestación cualificada del genérico derecho reconocido en el artículo 20 CE, pues se encuentra vinculada con carácter inescindible a la efectividad de otro derecho fundamental: el derecho de defensa de la parte y, además, al adecuado funcionamiento de los órganos jurisdiccionales (artículo 117 CE) en cumplimiento del propio y fundamental papel que la Constitución les atribuye ex artículo 24 CE. Esta inmediata conexión a la tutela judicial efectiva -más en concreto, "a la defensa y a la asistencia de letrado"-, derecho que goza de las mismas garantías, hace que se estemos ante una libertad reforzada (STC 157/1996, FJ 5º), si bien en relación "a su funcionalidad para el logro de las finalidades que justifican su privilegiado régimen" (STC 205/1994, de 11 de julio; FJ 6).

Existe una consolidada doctrina que coincide en que esta especial protección es consecuencia del doble carácter o naturaleza de los derechos fundamentales, consagrado jurisprudencialmente desde la STC 25/1981, de 13 de agosto[23] (FJ 5º), y que tanto doctrina como jurisprudencia mantienen en la actualidad[24], según la cual: "los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un status jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia. Pero al propio tiempo, son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto esta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica plasmada [...] en el Estado social y democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución".

No obstante, tal condición de "libertad reforzada" o "especial resistencia" no por consagrada jurisprudencialmente es pacífica en la práctica. De facto, a pesar de que progresivamente es posible observar ciertos avances en la regulación de esta materia, y que los pronunciamientos judiciales han servido para colmar en la práctica muchos de los vacíos legales, en la actualidad siguen surgiendo con frecuencia conflictos a la hora de interpretar el contenido y modo correcto de ejercicio de esta libertad, lo que ha dado lugar a una numerosa casuística en la materia.

---

23. Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno), nº 25/1981, de 14 de julio. (ECLI:ES:TC:1981:25)
24. PRESNO LINERA, MIGUEL ÁNGEL (2020). Apuntes mínimos sobre teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española (4): la doble dimensión, subjetiva y objetiva, de las normas que garantizan derechos fundamentales. Disponible en: **https://bit.ly/3f5mSeN**
Villacorta Mancebo, Luis (2011). Jurisdicción constitucional y derechos fundamentales. Aspectos a destacar en el contexto de la discusión española.
Revista Ius et Praxis, Año 17, N0 1, 2011, pp. 81 - 118 ISSN 0717 – 2877. Disponible en: **https://bit.ly/3rDBabw**

Para entender esta abundancia de pronunciamientos judiciales ha de observarse que, en los supuestos de una controversia producida en un entorno forense, la libertad de expresión se encuentra amparada por la concurrencia de otro derecho fundamental, esto es, el derecho de defensa, que actúa como garantía frente a los límites contemplados en el artículo 20.4 CE que, a su vez, blindan otros derechos fundamentales, como lo son el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.

Esta diferencia no es baladí, sino que introduce un nuevo factor de análisis a los ya clásicos tratados por la doctrina y la jurisprudencia -el derecho al honor, la libertad de expresión y la libertad de opinión-, al entrar en juego el derecho de defensa (STS 1056/2008, de 5 de noviembre[25], FJ 1º; STS 377/2011, de 31 de mayo[26], FJ 4º). Es tal confluencia la que, sin lugar a dudas, justifica la especial trascendencia que ha tenido en esta materia los pronunciamientos de los Tribunales.

Pues bien, de acuerdo con el Tribunal Supremo, la libre expresión de un abogado en el ejercicio de la defensa ha de ser amparada cuando en el marco de la misma se efectúan afirmaciones y juicios instrumentalmente ordenados a la argumentación necesaria para impetrar la debida tutela en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos (STS 402/2021, de 14 de junio[27]; STS 381/2020, de 30 de junio[28]; 681/2020, de 15 de diciembre[29]).

No obstante, y a pesar de que, como hemos señalado, el ejercicio del derecho de defensa en las actuaciones judiciales -campo al que se extiende la libertad de expresión- tiene un contenido específicamente resistente y es inmune a restricciones, es necesario tener en cuenta que existen excepciones a dicha inmunidad, entre otras, aquellas que derivan de la prohibición de utilizar términos insultantes, vejatorios o descalificaciones gratuitas, ajenas a la materia sobre la que se proyecta la defensa (SSTC 205/1994 y 157/1996, entre otras). En este sentido, en palabras del Tribunal Constitucional, habitualmente es necesario cohonestar dos exigencias potencialmente opuestas, pero

25. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), nº 1056/2008, rec.1972/2005, de 5 de noviembre. (Roj: STS 5976/2008 - ECLI:ES:TS:2008:5976)
26. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), nº 377/2011, rec.47/2009, de 31 de mayo. (Roj: STS 4050/2011 - ECLI:ES:TS:2011:4050)
27. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), nº402/2021, rec.4413, de 14 de junio. (Roj: STS 2397/2021 - ECLI:ES:TS:2021:2397)
28. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), nº381/2020, rec.5895/2018, de 30 de junio. (Roj: STS 2062/2020 - ECLI:ES:TS:2020:2062)
29. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), nº681/2020, rec.1589/2019, de 15 de diciembre. (Roj: STS 4209/2020 - ECLI:ES:TS:2020:4209)

complementarias: el respeto a la libertad del abogado en la defensa del ciudadano (artículo 24 CE) -lo que incluye, necesariamente, el respeto a su libertad de expresión-, y el respeto por parte del abogado de los demás sujetos procesales que también participan en la función de administrar justicia (STC 235/2002, de 9 de diciembre[30]).

Naturalmente, el carácter reforzado de la libertad de expresión al que ahora nos referimos, está condicionado "a su funcionalidad para el logro de las finalidades que justifican su privilegiado régimen" (STC 205/1994, de 11 de julio, FJ 6º)[31], esto es, al servicio de la defensa en el proceso, sin que esta funcionalidad pueda imponerse al detrimento desproporcionado de los derechos de los demás partícipes en el proceso y de la integridad del proceso mismo (STC 39/2009, de 9 de febrero[32], FJ 3º).

2.2. Límites a la libertad de expresión

El mismo artículo que proclama la libertad de expresión como derecho fundamental dentro de nuestro ordenamiento jurídico (20 CE), impone, a su vez, el principal límite frente al ejercicio de tal derecho. En concreto, el apartado 4º del artículo 20 CE establece:

> 4. Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.

De la literalidad del precepto transcrito es posible inferir que los límites constitucionales a la libertad de expresión se agrupan en dos categorías. Por una parte, el artículo 20.4 señala como término de la libertad de expresión el respeto a los derechos reconocidos en el Título I y a los preceptos de las leyes que los desarrollen; por otra, hace especial referencia al derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia, exigiendo un especial respeto hacia los mismos.

Pero además de las limitaciones que operan frente a la libertad de expresión por mandato constitucional, existen otra serie de prohibiciones -sobre todo, deontológicas

y profesionales- que delimitan su alcance, en especial, a través de su interpretación y aplicación por parte de los Tribunales.

2.2.1. Respeto a los derechos constitucionales y a las leyes que los desarrollan

El Título I CE "De los derechos y deberes fundamentales" agrupa no solo los derechos fundamentales "en sentido estricto"[33], esto es, de acuerdo con la jurisprudencia y la doctrina, los artículos 14 a 29 y 30.2 CE, sino que engloba también los derechos y deberes de los ciudadanos contenidos en los artículos 30 a 38 CE. De tal forma, la primera referencia del artículo 20.4 CE constituye un límite genérico a la libertad de expresión que, necesariamente, ha de confluir y respetar los demás derechos constitucionales recogidos en el Título I. Ello sin perder de vista la especial importancia que el TC, intérprete de los mandatos constitucionales, ha otorgado a la libertad de expresión[34].

En el sector de la abogacía, es de especial interés la confluencia de la libertad de expresión con otro derecho constitucional especialmente singular: el derecho de defensa. Si bien, una vez analizada tal conexión en el epígrafe anterior (2.1) y entendiendo que el derecho contemplado en el artículo 24 CE supone, respecto del derecho a la libertad de expresión de los abogados, más una garantía que una limitación, conviene centrar ahora el estudio en el límite que cobra más importancia a la hora expresarnos libremente en nuestra profesión: el respeto al honor y a los demás derechos mencionados en la segunda parte del artículo 20.4 CE.

---

33. BAÑO LEÓN, JOSÉ MARÍA (1988). La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española. Revista Española de Derecho Constitucional. Año 8, nº 24, Septiembre-Diciembre. Disponible en: **https://bit.ly/3zJkpi8**
ANTONIO LEIVA, RABAEL (2020). Libertad de configuración y control de constitucionalidad: el Parlamento y el Tribunal Constitucional desde la Teoría de los Derechos Fundamentales. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, nº 54 Valparaíso 2020. Disponible en: **https://bit.ly/3xel3Cu**
34. Véase, por ejemplo, la comparación que realiza el Tribunal Supremo de la libertad de expresión en relación a otro derecho fundamental, el derecho a la información (recogido, de facto, en el mismo precepto 20.1 CE, en el apartado d), de mayor amplitud el primero, tal y como ya indicamos anteriormente

2.2.2. Derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia

Tal y como venimos de señalar, la Constitución otorga una especial relevancia al derecho al honor a la hora de fijar los límites al ejercicio de la libertad de expresión. Especial relevancia que trasciende, además, al ámbito de estudio al que ahora nos dedicamos puesto que dicho límite, por su conexión con los artículos 191, 193 y 553 LOPJ -que establecen algunas de las normas de respeto en el curso de los procedimientos judiciales- es determinante a la hora de delimitar el contenido y alcance de nuestras libertades profesionales. De hecho, un elevado número de las resoluciones judiciales referentes a la libertad de expresión de los abogados analizan los conflictos surgidos entre la libertad de expresión del abogado en el ejercicio del derecho a la defensa de su cliente y el derecho al honor de los jueces y magistrados.

En consecuencia, la mención que hace el legislador en el artículo 20.4 CE a los derechos contemplados en el artículo 18.1 CE (y, por tanto, derechos fundamentales en sentido estricto), constituye un límite "especial" a la libertad de expresión, que se suma al límite "genérico" de respetar los demás derechos constitucionales que se ha analizado en el apartado anterior.

El apartado 1º del artículo 18 CE garantiza el derecho al honor como una de las manifestaciones de la dignidad de la persona, proclamada en el artículo 10 CE. Mediante la consagración en nuestro ordenamiento jurídico de este derecho, el poder constituyente pretende proteger la reputación personal del ciudadano frente a atentados, entendiendo tal reputación "como la apreciación que los demás puedan tener de una persona, independientemente de sus deseos" (STC 14/2003, de 28 de enero[35], FJ 12º), impidiendo la difusión de expresiones o mensajes insultantes, insidias infamantes o vejaciones que provoquen objetivamente el descrédito de aquella (STC 216/2006, de 3 de julio[36], FJ 7).

No obstante, no nos encontramos ante un derecho ilimitado, sino que "el derecho al honor, según reiterada jurisprudencia, se encuentra limitado por las libertades de expresión e información". En concreto, la limitación del derecho al honor, por la libertad de expresión o de información, tiene lugar cuando se produce un conflicto

35. Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Segunda), nº 14/2003, de 28 de enero. (ECLI:ES:TC:2003:14)
36. Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Segunda), nº 216/2006, de 3 de julio. (ECLI:ES:TC:2006:216)

entre tales derechos, el cual debe ser resuelto mediante técnicas de ponderación constitucional (STS 609/2012, de 24 de julio[37], FJ 3º), a cuyo análisis se dedicará el siguiente apartado.

Si bien, el Tribunal Supremo ha entendido que se debe respetar la posición prevalente que ostentan los derechos a la libertad de información y de expresión sobre el derecho al honor, por resultar esencial como garantía para la formación de una opinión pública libre, indispensable para el pluralismo político que exige el principio democrático (STS 170/2009, 11 de marzo[38]).

No obstante, la protección del derecho al honor debe prevalecer frente a la libertad de expresión cuando se emplean frases y expresiones ultrajantes u ofensivas, sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y, por tanto, innecesarias a este propósito, dado que el artículo 20.1 a CE no reconoce un pretendido derecho al insulto, que sería, por lo demás, incompatible con la norma fundamental (por todas, STC 197/2004, de 15 de noviembre[39], y 39/2005, de 28 de febrero[40]).

Sin perjuicio de que, tal y como ha afirmado el TS y como se ha analizado en apartados precedentes, en los supuestos en que entra en juego el derecho de defensa en juicio ex artículo 24 CE, dicho límite puede verse aún más difuminado, ante la ponderación necesaria que haya de hacerse en el contexto concreto de un procedimiento civil (STS 609/2012, de 24 de julio, FJ 3º).

Es precisamente en estos casos en los que entra en juego el respeto debido a los jueces y tribunales y a los demás operadores jurídicos. Debido respeto que se contempla en el artículo 553 LOPJ, haciendo referencia expresa a la posibilidad de imponer sanciones a los abogados que en sus actuaciones forenses faltaren al respeto.

Esta corrección disciplinaria de los abogados que intervengan en los pleitos "no constituye sólo una regulación de la potestad disciplinaria atribuida a los Jueces o a las Salas sobre dichos profesionales [...] sino también un reforzamiento de la función de defensa que les está encomendada", de modo que "en todo procedimiento sancionador dirigido contra un Abogado por una falta del respeto debido a los

37. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), nº609/2012, rec.292/2011, de 24 de julio. (Roj: STS 5729/2012 - ECLI:ES:TS:2012:5729)
38. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), nº170/2009, rec.1457/2006, de 11 de marzo. (Roj: STS 938/2009 - ECLI:ES:TS:2009:938)
39. Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Segunda), nº 197/2004, de 15 de noviembre. (ECLI:ES:TC:2004:197)
40. Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Primera), nº 39/2005, de 28 de febrero. (ECLI:ES:TC:2005:39)

demás participantes en el proceso eventualmente cometida en su actuación forense, entrarán, pues, en juego y deberán ser tenidos en cuenta no sólo el respeto debido a -en su caso- una u otra autoridad, sino también la dignidad de la función de defensa, en cuanto ejercitada al servicio de garantías establecidas en el art. 24 de la C.E., así como la libertad de expresión de que es titular el Abogado en cuanto tal, como ha sido entendido por el legislador en el art. 437.1 LPOJ" (STC 38/1988, de 9 de marzo[41], FJ 2º).

En palabras del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: "La libertad de expresión de la que goza un abogado en el estrado no es ilimitada, y ciertos intereses, tales como la autoridad del poder judicial, son bastante importantes como para justificar restricciones de este derecho" (STEDH de 12 de enero de 2016, Asunto Rodríguez Ravelo[42], párrafo 45).

La misma línea han seguido las resoluciones judiciales en España: "Se entiende que el derecho a expresar libremente las opiniones propias se encuentra limitado por la prohibición de utilizar en ello palabras insultantes, vejatorias u objetivamente injuriosas que puedan vulnerar el honor de aquél frente a quien se profieren, atentando contra su fama o su propia estimación" (STS 1056/2008, de 5 de noviembre, FJ 2º).

Y, más concretamente, en relación al debido respeto a los jueces, los Tribunales españoles han entendido que si bien se reitera la general prevalencia de la libertad de expresión del abogado, se matiza cuanto el objeto de la misma son los órganos judiciales y las personas que ostentan los mismos, en especial cuando las declaraciones se efectúan con publicidad y fuera del ámbito propiamente procesal, dado que en ese supuesto : "...el límite de la libertad de expresión en el ejercicio del derecho de defensa lo constituye, en este caso, el mínimo respeto debido a la autoridad e imparcialidad del Poder Judicial, y para comprobar si aquél se ha franqueado ha de atenderse principalmente al significado de las concretas expresiones utilizadas y al contexto en que se emplean, en cuanto puedan revelar una intención de menosprecio en la plasmación de las ideas y conceptos a cuya expresión sirven en una comprensión global....Tal crítica hacia una de las funciones estatales, como es la función judicial, constituye un límite a la libertad de expresión del abogado, cuando las afirmaciones y juicios instrumentalmente efectuados no están ordenados a la argumentación necesaria para impetrar de los órganos judiciales la debida tutela de los ciudadanos en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos..." (STS de 18/06/2012, ya mencionada).

---

41. Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Primera), Nº 38/1988, de 9 de marzo. (ECLI:ES:TC:1988:38)
42. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Asunto Rodríguez Ravelo contra España, de 12 de enero de 2016. Demanda nº 48074/10. En adelante, Asunto Rodríguez Ravelo

Así, es posible concluir, a la vista de la jurisprudencia mayoritaria, que uno de los principales límites que opera frente a la libertad de expresión del abogado es la prohibición de utilizar palabras insultantes, vejatorias u objetivamente injuriosas que puedan vulnerar el honor de aquél frente a quien se profieren, atentando contra su fama o su propia estimación; es decir, "la libertad de expresión del Abogado no legitima así ni el insulto ni la descalificación" (por todas, SSTC 157/1996, de 15 de octubre, FJ 5º; y 197/2004, de 15 de noviembre, FJ 7º).

Tan amplia es la casuística al respecto, e interesante su conexión con la regulación deontológica, que se dedicará el epígrafe siguiente al estudio pormenorizado que han realizado los Tribunales sobre las expresiones que se encuentran -o no- amparadas por la libertad de expresión de los abogados.

No obstante, cabe en este punto destacar la diferencia que ha realizado la jurisprudencia internacional entre insulto y crítica -en aplicación del artículo 10 CEDH- y que ha seguido nuestro Tribunal Constitucional. Así, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, señaló en su STEDH de 8 de octubre de 2019 (Asunto L.P. y Carvalho contra Portugal)[43], que las críticas que puede recibir un juez -en el caso de autos, por considerar el abogado que aquel incurre en causa de recusación en un caso por pérdida de su imparcialidad-, no determinan por ello un atentado a su honor, porque "son críticas que cualquier juez puede esperar recibir en el ejercicio de sus funciones" (párrafo 68).

No obstante, en la reciente sentencia de 25 de junio de 2020, Asunto Bagirov contra Azerbaiyán[44], el TEDH ha matizado que: "debe hacerse una clara distinción entre crítica e insulto. Si la única intención de cualquier forma de expresión es insultar a un tribunal o a sus miembros, una sanción apropiada podría, en principio, no constituir una violación del artículo 10 de la Convención" (párrafo 78).

La misma interpretación ha hecho el TC que, en la también reciente Sentencia 142/2020, de 19 de octubre, ha partido del mismo principio que la citada STEDH de 25 de junio de 2020, esto es, que "el buen funcionamiento de los tribunales no sería posible sin unas relaciones basadas en la consideración y mutuo respeto entre los distintos protagonistas en el sistema de justicia, dentro del cual los abogados ocupan una posición central [...] como intermediarios entre el público y los tribunales" (párrafo 78).

---

43. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Asunto LP y Carvalho contra Portugal, de 8 de octubre de 2019. Demandas nº 55391/13; 57728/13; 74041/13
44. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Asunto Bagirov contra Azerbaiyán, de 25 de junio de 2020. Demandas nº81024/12 y 28198/15. En adelante, STEDH de 25 de junio de 2020, Asunto Bagirov

En la Sentencia 142/2020 (FJ 2º), el Tribunal Constitucional afirma que "*Los abogados tienen entre otros el derecho a comentar las actuaciones de la Administración de Justicia. Los límites de una crítica admisible son distintos cuando se trata de los magistrados que actúan en el ejercicio de sus poderes, a cuando es un particular. [...] No obstante, su situación como servidores públicos no es la misma que la de los políticos y no cabe por ello someterles a un control «atento de sus actos y de sus gestos» como sucede con aquellos*". Así, tanto el TC como el TEDH coinciden en que los jueces deben "beneficiarse de la confianza del público sin perturbaciones indebidas y por tanto puede ser necesario protegerlos contra los ataques verbales ofensivos cuando están en servicio" (STEDH de 30 de junio de 2015, Asunto Peruzzi contra Italia[45], párrafo 52). Sin embargo, el Constitucional no duda en proclamar que la libertad de expresión, según su propia naturaleza, comprende la crítica de la conducta de otro, aun cuando sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a aquel contra quien se dirige (SSTC 6/2000, de 17 de enero[46], FJ 5º; 49/2001, de 26 de febrero[47], FJ 4º), pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática (STEDH de 23 de abril de 1992, Castells contra España[48]).

En cualquier caso, tal y como afirman tanto el TC como el TEDH, ha de hacerse una ponderación de los factores concurrentes en cada caso concreto, acudiendo para ello a la técnica de ponderación que analizamos en el epígrafe 2.3 del presente trabajo.

Por último. La interpretación antes expuesta, de aplicación general, debe ser matizada para supuestos concretos, en los que la condición particular de la persona que ejercita la abogacía en el proceso le pueda suponer determinadas limitaciones y restricciones añadidas al ejercicio de la libertad de expresión.

Es el caso del personal militar que asume su defensa letrada respecto de asuntos propios del ámbito castrense, tal y como precisa la muy reciente STS (Sala de lo Militar) de 9 de abril de 2021 (rec. 62/2020), en la que, después de recordar la doctrina del Tribunal Constitucional respecto de las "restricciones añadidas" y a las "*restricciones singularizadas al ejercicio de la libertad de expresión por lo militares*",

45. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Asunto Peruzzi contra Italia, de 30 de junio de 2015. Demanda nº 39294/09
46. Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Segunda), nº 6/2000, de 17 de enero. (ECLI:ES:TC:2000:6)
47. Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Segunda), nº 49/2001, de 26 de febrero. (ECLI:ES:TC:2001:49)
48. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Asunto Castells contra España, de 23 de abril de 1992 Demanda nº 11798/85

concluye que en el supuesto concreto[49] un escrito puede ser considerado "*un ataque personal contra un superior jerárquico que desempeña la función oficial de Instructor del expediente disciplinario, afectando a su honor y dignidad personal, sin que, por tanto, pueda formar parte del ejercicio legítimo del derecho de defensa*".

2.2.3. Límites deontológicos: las buenas maneras

Las resoluciones de las distintas instancias judiciales no han sido únicamente determinantes a la hora de aplicar los límites constitucional y legalmente establecidos, sino que también han influido en las normas deontológicas de la abogacía y en su aplicación por parte de los distintos órganos profesionales como, por ejemplo, los colegios de abogados.

De conformidad con la normativa deontológica de la abogacía en España, quienes ejercen la abogacía "no solo deben procurar ser educados en la misma línea que cualquier otra persona [...] sino que hay una suerte de plus de exigencia para observar buenas maneras en el trato con los Tribunales"[50]. En concreto, el anterior EGAE mencionaba como obligaciones del abogado en su relación con los Tribunales "la probidad, lealtad y veracidad en cuanto al fondo de sus declaraciones o manifestaciones, y el respeto en cuanto a la forma de su intervención" (artículo 36). Actualmente, el nuevo Estatuto dedica su artículo 55.2 a regular las relaciones entre los "Profesionales de la Abogacía y la Administración de Justicia":

> **En su intervención ante los órganos jurisdiccionales, el profesional de la Abogacía deberá atenerse en su conducta a la buena fe, prudencia y lealtad. La forma de su intervención deberá guardar el debido respeto a dichos órganos y a los profesionales de la Abogacía defensores de las demás partes.**

También hace especial hincapié en las buenas maneras el Código Deontológico, que incluye como deberes de quienes ejercen la abogacía el respeto a la parte contraria y, en general, a todos los compañeros (artículo 11), a los órganos jurisdiccionales y a todos cuantos intervienen en la Administración de Justicia (artículo 10.2.a).

---

50. ALCAYDE BLANES, CARMEN (2020). Las buenas maneras en el ejercicio de la defensa letrada: libertad de expresión y derecho de defensa en la reciente sentencia del Tribunal Constitucional. Elderecho.com (Lefebvre). Disponible en: **https://bit.ly/3hVtZZ2**

Es necesario señalar, además, que estas normas de conducta no se limitan a ser meras recomendaciones, sino que el Estatuto contempla la inobservancia de las obligaciones señaladas como infracciones que podrán dar origen a la incoación de un expediente sancionador.

En concreto, el artículo 125 EGAE tipifica como infracciones graves: "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"; "La falta del respeto debido a quienes intervengan en la Administración de Justicia"; y "La falta del 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", contemplando para quien las cometa la posibilidad de imponer una sanción de suspensión del ejercicio de la Abogacía por un plazo superior a quince días sin exceder de un año o una multa pecuniaria por importe de entre 1.001 y 10.000 euros (artículo 127 EGAE).

Sin embargo, es necesario tener en cuenta, y así lo ha recordado en varias ocasiones el Tribunal Supremo, que la cuestión deontológica es independiente y compatible con la tutela en vía civil, tal y como abordaremos en el capítulo 2.5.

Esta especial exigencia en cuanto a las "formas" tiene su justificación en la peculiar situación de este colectivo. Por una parte, "porque su frecuencia en el trato con las autoridades les sitúa en una posición de mayor probabilidad de incurrir en cualquiera de las conductas expuestas"[51]. De otra, porque de acuerdo con las normas rectoras de la profesión, la Abogacía está al servicio del ser humano y de la sociedad. De tal forma, "La dignidad, como modo de comportamiento, debe impregnar todas las actividades profesionales de quienes ejercen la Abogacía [...]. Por eso, debe preservar no sólo la propia, sino la de sus clientes, de sus compañeros y de los contrarios, tratándoles con distinción, deferencia y respeto, sin olvidar que sus actuaciones repercuten en la profesión entera. Por tanto, quebranta la obligación de comportarse con dignidad quien ejerce su profesión con desprecio u olvido de que trata con personas, o incurre en comportamientos que, por su naturaleza, cuestionen o desacrediten gravemente la consideración que debe a los que se relacionan con él"[52].

---

51. ALCAYDE BLANES, CARMEN (2020). Las buenas maneras en el ejercicio de la defensa letrada: libertad de expresión y derecho de defensa en la reciente sentencia del Tribunal Constitucional, cit., página anterior
52. Preámbulo del Código Deontológico de la Abogacía Española de 2019.

No hay que olvidar que las referencias tanto del EGAE como del Código deontológico al buen comportamiento de los letrados en las actuaciones forenses incluyen no solo a los jueces y Tribunales sino a todos aquellos quienes intervengan en el proceso. De facto, si bien es cierto que, tal y como hemos afirmado en anteriores epígrafes, la casuística acerca de la relación entre la libertad de expresión de los abogados y el derecho al honor de los jueces es abundante, tampoco es desdeñable el número de resoluciones relativas a los conflictos entre letrados (STS 681/2020, de 15 de diciembre); entre estos y otros operadores jurídicos (por ejemplo, STC 142/2020, de 19 de octubre[53], que resuelve conflicto entre el letrado de la defensa y el Fiscal interviniente en el procedimiento); e, incluso, entre la libertad de expresión del abogado y el derecho al honor de las partes (STC 299/2006, de 23 de octubre[54], en la que el letrado pone en conocimiento del juez, a través de sus escritos procesales, determinadas circunstancias personales de la parte contraria).

Pues bien, una vez ha quedado claro que la educación y, en general, las "buenas maneras" han de servir como base para ejercer la abogacía, es interesante examinar cuándo entienden los Tribunales[55] que las expresiones proferidas por los abogados exceden el ámbito de su libertad de expresión y/o se encuentran fuera de las normas básicas de conducta.

En especial, es clarificadora en este sentido la STC 142/2020, de 19 de octubre, en la que ha de dilucidarse si resulta operativa la libertad de expresión ex artículo 20.1.a) ejercida por el abogado en orden al legítimo derecho de defensa de su patrocinado en juicio, o si, por el contrario, las manifestaciones vertidas por aquel incurrieron en un exceso no cubierto por tales derechos fundamentales.

Para ello, el Tribunal examina pormenorizadamente las expresiones utilizadas por el letrado recurrente de amparo y pondera el derecho a la libertad de expresión y el derecho al honor -del Fiscal interviniente, en este caso-. Pero lo interesante aquí es la clasificación que hace el TC al agrupar las manifestaciones en dos grupos, acudiendo a la distinción entre críticas o expresiones "aceptables" y las manifestaciones que pueden considerarse vejatorias.

53. Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Segunda), nº 142/2020, de 19 de octubre. (ECLI:ES:TC:2020:142).
54. Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Primera), nº 299/2006, de 23 de octubre. (ECLI:ES:TC:2006:299).
55. Y, en realidad, también los colegios profesionales, puesto que muchas de las resoluciones proceden de recursos frente a las sanciones impuestas por los mismos

El Tribunal distingue, por una parte, las manifestaciones que se encuentran amparadas por el derecho a la libertad de expresión, pues se trata de expresiones que "no pueden calificarse de insulto [...] por más que resulten sin duda rechazables y fuera de contexto [...] y Por consiguiente no cabe concluir que esas expresiones desbordaran el umbral de protección constitucional". Se trata de alusiones como: «no se ha leído el escrito de recurso»; «desconocemos si posee el don de la videncia, clarividencia o adivinación»; o acusarlo de «simpleza» en sus juicios.

Por otra parte, el segundo grupo de manifestaciones (por ejemplo «insidioso», «malintencionado» y, especialmente, la referencia a la lectura por el fiscal de la causa de «alguna revista de contenido inconfesable») pueden considerarse "vejatorias y desde luego innecesarias a los fines de la defensa que ejercía, pues con ellas no se cuestionaba legítimamente la calidad del trabajo desempeñado por el fiscal al oponerse este a lo que dicha defensa planteaba, sino que buscaban su descrédito como persona con el fin de socavar su credibilidad ante el juez a quo". Es decir, no cumplían el objetivo que la crítica aceptable, como antes hemos señalado, ha de tener; esto es, tratarse de afirmaciones y juicios instrumentalmente ordenados a la argumentación necesaria para impetrar la debida tutela en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos o, en definitiva, "para obtener la convicción del tribunal a favor de los intereses de su cliente" (STS 447/2015, de 3 de septiembre, FJ 4º).

Sin embargo, ello no implica, necesariamente, que deban ser merecedoras de una sanción (y, en caso de que tal sanción deba aplicarse, que la misma sea de carácter penal, como veremos en el apartado 2.4.) ya que, cabe recordar y reiterar, de igual modo que lo hace el Tribunal, que es necesario examinar las circunstancias concurrentes ("considerar la injerencia litigiosa a la luz del conjunto del asunto, incluido, en este caso, el tenor de los comentarios que se recriminan al demandante y el contexto en el cual este los ha formulado" según STEDH de 12 de enero de 2016, Asunto Rodríguez Ravelo) y "realizar el correspondiente juicio de proporcionalidad de la reacción sancionatoria que pondere los derechos en juego, a la luz de la totalidad de circunstancias concurrentes en el caso concreto" (STC 142/2020, FJ 2º), para lo que tanto el TEDH como los tribunales nacionales utilizan la mecánica que se estudia en el apartado siguiente: la técnica de la ponderación.

Por último, y como síntesis de este apartado, cabe en este punto reflexionar acerca de lo siguiente. Si bien es cierto que determinadas expresiones -las vertidas en la sentencia del TC ahora analizada y las empleadas en otros supuestos, de similares connotaciones- no son merecedoras, a la luz de la última jurisprudencia, de reproche judicial (ya sea civil o penal), ello no obsta a que su uso en las actuaciones forenses

sea contrario a la educación, el respeto y, en general, las "buenas formas" que exigen las normas que rigen la profesión. Exigencia que no solo se contempla, como hemos observado, en la normativa deontológica, sino que así lo han considerado y manifestado en numerosas ocasiones a través de sus resoluciones los distintos órganos judiciales. En este sentido, sirva como ejemplo la STEDH de 25 de junio de 2020 (Asunto Bagirov contra Azerbaiyán, párrafo 78):

"*El buen funcionamiento de los tribunales no sería posible sin unas relaciones basadas en la consideración y mutuo respeto entre los distintos protagonistas en el sistema de justicia, dentro del cual los abogados ocupan una posición central [...] como intermediarios entre el público y los tribunales*".

2.3. Técnica de ponderación constitucional

Está claro que la libertad de expresión de los abogados en el ejercicio profesional es una manifestación de la libertad de expresión especialmente resistente, inmune a las restricciones que es claro que en otro contexto habrían de operar.

Sin embargo, el TEDH ha establecido que "este reforzamiento, esta especial cualidad de la libertad ejercitada, se ha de valorar en el marco en que se ejerce, y atendiendo a su finalidad para el logro de las finalidades que justifican su privilegiado régimen" (STEDH de 22 de febrero de 1989, caso Barfod contra Dinamarca[56]).

De tal forma que "a la hora de ejercer su control, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha de considerar la injerencia litigiosa a la luz del conjunto del asunto, incluido el tenor de los comentarios que se recriminan al demandante y el contexto en el cual este los ha formulado" (STEDH de 12 de enero de 2016, Asunto Rodríguez Ravelo, párrafo 39).

56. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Asunto Barfod contra Dinamarca, de 22 de febrero de 1989. Demanda nº11598/85

La misma línea ha seguido el Tribunal Supremo al entender que, cuando se produce un conflicto entre los distintos derechos aplicables en el seno de un procedimiento judicial, dicho conflicto "*debe ser resuelto mediante técnicas de ponderación constitucional, teniendo en cuenta las circunstancias del caso. Por ponderación se entiende, tras la constatación de la existencia de una colisión entre derechos, el examen de la intensidad y trascendencia con la que cada uno de ellos resulta afectado, con el fin de elaborar una regla que permita, dando preferencia a uno u otro, la resolución del caso mediante su subsunción en ella*" (por todas, STS 744/2010, de 1 de diciembre[57]).

En este sentido, el TS ha afirmado (en concreto, STS 609/2012, de 24 de julio), en relación al derecho a la libertad de expresión, que la técnica de ponderación exige valorar, en primer término, el peso en abstracto de los respectivos derechos fundamentales que entran en colisión; y, en segundo lugar, el peso relativo de los respectivos derechos fundamentales que entran en colisión.

En relación al primero de los análisis, al valorar el peso en abstracto de los derechos constitucionales en conflicto, la ponderación ha de tener en cuenta tres cuestiones fundamentales, explicadas pormenorizadamente en los apartados precedentes:

En primer lugar, debe respetar la posición prevalente que ostentan los derechos a la libertad de información y de expresión sobre el derecho al honor, por resultar esencial como garantía para la formación de una opinión pública libre, indispensable para el pluralismo político que exige el principio democrático (STS 170/2009, 11 de marzo[58]).

En segundo lugar, y en relación con lo anterior, ha de valorar 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 artículo 24 CE (STC 113/2000, de 5 de mayo[59], FJ 4º), como hemos analizado en el epígrafe 2.1.

Por último, debe tener en cuenta que la libertad de expresión, según su propia naturaleza, comprende la crítica de la conducta de otro, para la cual es necesario remitirnos a la diferencia -explicada en el apartado 2.2.2.- entre las manifestaciones que suponen una crítica aceptable y aquellas otras que son vejatorias e insultantes y, en consecuencia, reprobables.

---

57. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), nº744/2010, rec. 43/2008, de 1 de diciembre. (Roj: STS 7663/2010 - ECLI:ES:TS:2010:7663)
58. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), nº170/2009, rec. 1457/2006, de 11 de marzo. (Roj: STS 938/2009 - ECLI:ES:TS:2009:938).
59. Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Primera), nº 113/2000, de 5 de mayo. (ECLI:ES:TC:2000:113)

En relación a la segunda parte del análisis, esto es, la valoración del peso relativo de los respectivos derechos fundamentales que entran en colisión, los Tribunales han señalado que la ponderación debe tener en cuenta una serie de factores, de los que a continuación se realiza una síntesis de los más reiterados por la doctrina, tanto por su especial importancia como por la abundante casuística a la que han dado lugar.

Primeramente, la técnica de ponderación exige valorar el contexto en el que se produce el conflicto entre los distintos intereses o derechos constitucionales, en relación con la proyección funcional del ejercicio de la libertad de expresión respecto del derecho de defensa. En el caso que ahora se analiza, uno de los derechos en conflicto será la libertad de expresión de los letrados que, en los procedimientos judiciales, necesariamente habrá de confluir con otros derechos y, en especial, con el derecho de defensa. Así, el contexto que habrá de analizarse será un contexto forense, jurisdiccional, regido por unas normas específicas debido a su especial trascendencia en la vida de los ciudadanos. En este sentido, el Tribunal Supremo entiende que, a la hora de analizar las expresiones hay que tener en cuenta que, si bien "las expresiones aisladamente y descontextualizadas pudieran resultar atentatorias contra el honor del demandante [...] al enmarcarse dentro de una demanda judicial, el grado de crítica admisible es mayor, no solo por estar en juego el derecho de defensa, sino también por el hecho de que en definitiva la certeza de las imputaciones va a ser enjuiciada por un tribunal y, por ende, sometida a un test de fundamentación y racionalidad" (STS 609/2012, de 24 de julio). Pero, como ya hemos estudiado, es de fundamental importancia que se trate de expresiones dirigidas a defender los intereses de las partes en juicio, que tengan una utilidad -aunque sea potencial- en relación a la convicción del Tribunal.

Así, "la libre expresión de un abogado en el ejercicio de la defensa de su patrocinado ha de ser amparada, cuando en el marco de la misma se efectúan afirmaciones y juicios instrumentalmente ordenados a la argumentación necesaria para impetrar la debida tutela en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos" (STS 144/2011, de 3 de marzo[60]).

En relación con lo expuesto, ha de valorarse también cuales son los intereses que se pretenden defender por medio de las expresiones utilizadas por el abogado en el ejercicio de su defensa. A este respecto, la libertad de expresión de los letrados es merecedora de un especial amparo cuando la cuestión litigiosa afecta a los derechos fundamentales de las partes. Véase, por ejemplo, la STC 157/1996, de 15 de octubre,

60. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), nº144/2011, rec. 500/2009, de 3 de marzo. (Roj: STS 990/2011 - ECLI:ES:TS:2011:990)

referida a un caso en el que, se impugnaba un Auto de prisión sin fianza mediante la denuncia de la vulneración de un derecho fundamental ex artículo 24 CE. Se combatía dicha resolución judicial, en palabras del TC: "*ciertamente, con aseveraciones de especial gravedad y dureza*" (FJ 5º). Ahora bien, "*la defensa de la libertad de su defendido ha de permitirle al letrado la mayor beligerancia en los argumentos, con el solo límite, en la expresión, del insulto o la descalificación gratuitos [...] pues estando en juego la libertad personal de su patrocinado y creyéndose en la obligación de estructurar su defensa sobre la base de una supuesta infracción del derecho fundamental al Juez ordinario predeterminado por la ley, es evidente que sus aseveraciones no podían dejar de encontrar acomodo en la libertad de expresión, que, singularmente reforzada en el caso de los Abogados, sirve a los fines de una defensa técnica adecuada y efectiva*" (FJ 5º). En síntesis, el Tribunal enjuiciador, en su tarea de ponderación, habrá de tener en cuenta el peso o trascendencia de los derechos defendidos por el abogado, con especial atención a los derechos fundamentales, "*de forma que la libre expresión de un Abogado en el ejercicio de la defensa de su patrocinado ha de ser amparada cuando en el marco de la misma se efectúan afirmaciones y juicios instrumentalmente ordenados a la argumentación necesaria a los fines de impetrar de los órganos judiciales la debida tutela de los ciudadanos en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, tanto más cuando se trata de la reparación de un derecho fundamental que se entiende conculcado*".

Otra de las circunstancias que, según la doctrina del TEDH, ha de ser ponderadas por el órgano judicial de manera específica, es la comprobación de que los hechos cursaron exclusivamente en el ámbito forense, esto es, que no trascendieron a conocimiento de terceros por su difusión, por ejemplo, en medios de comunicación (SSTEDH de 16 de enero de 2018, asunto Čeferin contra Eslovenia[61], párrafo 54; y de 25 de junio de 2020, Asunto Bagirov, párrafo 80).

Tal circunstancia, la publicidad mediática de las declaraciones del abogado antes, ha sido valorada y apreciada también por nuestros Tribunales; por ejemplo, en la ya comentada STS de 18/06/2012 (rec. 197/2011).

En la misma línea, habrá de valorarse si las expresiones que pretenden ampararse en el derecho a la libertad de expresión del abogado se han reflejado en alguno de los escritos que obran en el procedimiento o si se han producido en un acto oral. De acuerdo con el TC, cabe entender que, en el caso de las expresiones realizadas en

61. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Asunto Čeferin contra Eslovenia, de 16 de enero de 2018. Demanda nº 40975/08

escritos procesales, tienen "*una velada imputación de comportamiento judicial irregular que trasciende además al proceso en el que se aporta el escrito*" (STC 39/2009, de 9 de febrero[62], FJ 4º).

Es decir, ha de ponderarse si la manifestación enjuiciada "*ha sido empleada de manera espontánea por la Abogada demandante durante una intervención oral (que pudiera consentir, en principio, un mayor margen de tolerancia de los posibles excesos verbales) [...] o en un escrito y, por tanto, de forma reflexiva y consciente*" (STC 155/2006, de 22 de mayo[63], FJ 5º), "sin el calor inmediato que puede producirse en un debate oral" (AATC 261/1995, de 27 de diciembre[64], FJ 2º; y 43/2002, de 14 de marzo[65], FJ 4º).Si bien no basta con atender únicamente al medio o escenario en el que han sido vertidas las expresiones litigiosas, sino que, como hace la sentencia del Tribunal Constitucional 142/2020, hay que tener en cuenta el resto de factores contextuales en aras a determinar el amparo -o no- del abogado en su derecho a la libertad de expresión.

Y, por último, otro de los parámetros que ha sido analizado en numerosas ocasiones por los jueces y Tribunales ha sido y, en concreto, también por el TC en la sentencia a la que ahora nos acabamos de referir (STC 142/2020), es el ius retorquendi.

En palabras del Tribunal, si bien es cierto que es doctrina firmemente asentada que el art. 20.1 CE no garantiza un ius retorquendi ilimitado que consista en replicar al juicio que otros hayan formulado sobre nuestra persona recurriendo al insulto (STC 134/1999, de 15 de julio[66], FJ 7º); esto es, a expresiones formal y patentemente injuriosas y, además, innecesarias (STC 204/2001, de 15 de octubre[67], FJ 5º), ello no implica descartar que en un caso concreto pueda considerarse oportuno examinar el contexto en el que las expresiones que se dicen vulneradoras del derecho al honor han sido proferidas. De facto, en el caso de autos de la STC 142/2020, el Tribunal analiza dicho contexto, reflejando que "*las afirmaciones por las que luego ha sido condenado el recurrente por un delito de injurias cometido contra el fiscal interviniente en aquella causa, no se produjeron inopinadamente, sino como respuesta a unos calificativos vertidos previamente por el fiscal contra él en un escrito anterior*". Por tanto, el contexto exacto y el sujeto a quien se dirigen las expresiones (así como las expresiones precedentes que dicho sujeto

62. Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Primera), nº 39/2009, de 9 de febrero. (ECLI:ES:TC:2009:39))
63. Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Primera), nº 155/2006, de 22 de mayo. (ECLI:ES:TC:2006:155)
64. Auto del Tribunal Constitucional, nº 261/1995, de 27 de septiembre. (ECLI:ES:TC:1995:261A)
65. Auto del Tribunal Constitucional, nº 43/2002, de 14 de marzo. (ECLI:ES:TC:2002:43ª)
66. Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Primera), nº 134/1999, de 15 de julio. (ECLI:ES:TC:1999:134)
67. Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Segunda), nº 204/2001, de 15 de octubre. (ECLI:ES:TC:2001:204)

pueda haber empleado), merecen ser considerados, sin perjuicio, como se ha expuesto, del no reconocimiento constitucional de un ius retorquendi por parte de la doctrina jurisprudencial.

2.4. Libertad de expresión del abogado en el ámbito penal

Por último, es necesario hacer una síntesis del tratamiento en el orden jurisdiccional penal de la libertad de expresión en el ejercicio de la función letrada, sin perjuicio de que, a lo largo del presente estudio, se ha acudido para la mejor comprensión de los aspectos analizado a sentencias recaídas, en especial, tanto en el orden civil como en el penal

No obstante, se recogen ahora algunas apreciaciones y aclaraciones específicas que han hecho los jueces y Tribunales respecto de los delitos, infracciones y, en su caso, sanciones aplicables.

Tal y como pone de manifiesto el Tribunal Constitucional en su sentencia 142/2020, de 19 de octubre (FJ 2º), "la doctrina dictada por este tribunal se ha desplegado esencialmente en asuntos en los que se ventilaba una sanción disciplinaria impuesta a causa de expresiones vertidas por letrados en el ejercicio de su labor profesional. Sin embargo, no han faltado pronunciamientos por condenas de naturaleza penal". En su mayoría, por delitos contra el honor. En estos casos, los derechos fundamentales en conflicto son: "de una parte, el derecho de acción o de defensa de los propios intereses y pretensiones de los ciudadanos que impetran la actuación de los tribunales de justicia (artículo 24 CE) y las libertades de expresión e información de quien actúa el derecho de defensa en los procesos judiciales o administrativos (artículo 20.1 CE). De otra parte, como límites a su ejercicio hemos identificado el honor del resto de partes y sujetos procesales que participan en la función de administrar justicia, la autoridad e independencia del Poder Judicial y el adecuado orden y desarrollo del propio proceso".

Esta es la ponderación jurisprudencial que se ha seguido tanto por los órganos penales como por los órganos civiles.

No obstante, en aquellos casos en que se ejercita una acción penal, es necesario recordar que, para que dicha acción prospere, las manifestaciones o expresiones realizadas por el abogado han de presentar "caracteres delictivos como conducta típica", de forma que los hechos se puedan subsumir en un concreto tipo penal que será normalmente, en estos casos, el de injuria o calumnia.

En su vertiente penal, la libertad de expresión del letrado, en relación con su independencia y el derecho de defensa, debe ser analizada en función de cada caso concreto, de la asociación entre lo expresado, oralmente y/o por escrito y el ámbito objetivo-funcional de la práctica profesional del abogado, así como el destinatario de las mismas, el instrumento y momento de transmisión y su incidencia mediática.

Si bien, y tal y como resume la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en la Sentencia de 14 de febrero de 2001 (recurso 4846/1998; FD 13º): "ni el derecho a la libertad de expresión e información ni el derecho de defensa, amparan la calumnia", el juicio de ponderación en el ejercicio de tales derechos es casuístico, y dependerá de las concretas circunstancias del caso, esto es, "del quién, cómo, cuándo y de qué forma", a lo que cabe añadir los propios antecedentes previos de la relación entre abogado y ofendido.

La ponderación de tales circunstancias es ciertamente variada por los órganos judiciales, predominando, en cualquier caso, una interpretación restrictiva a la aplicación de sanción penal, prevaleciendo, en general, el ejercicio del derecho de libertad de expresión al del honor del ofendido, tanto se trate de la imputación de calumnias como de injurias.

Interpretación y aplicación restrictiva de la vía penal, en cuanto potencialmente disuasoria de la libertad de expresión en el ámbito judicial, que es también la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Así se precisa en la reciente Sentencia de 9 de marzo de 2021 (Benítez Moriana e Iñigo Fernández contra España): "Según lo expresado anteriormente por este Tribunal, la injerencia con la libertad de expresión puede tener un efecto disuasorio en el ejercicio de dicha libertad. El carácter relativamente moderado de una multa penal (véase Mor c. Francia, nº 28198/09, § 61, de 15 de diciembre de 2011) no es suficiente para negar el riesgo del efecto disuasorio en el ejercicio de la libertad de expresión".

Obviamente, tal prevalencia y amparo general no incluye la falta del respeto debido a las restantes personas que intervienen en el proceso cuando se utilizan términos insultantes, maliciosos, vejatorios o cuando atentan directamente contra la ética,

honestidad o dignidad personal, de especial relevancia cuando los destinatarios de los mismos son, precisamente, las personas responsables de impartir o administrar la Justicia.

No obstante, como se ha señalado en apartados precedentes, la improcedencia o desestimación de la acción penal por parte del Tribunal enjuiciador no implica que las conductas no sean merecedoras de reproche en otros ámbitos, como el deontológico.

Esta recomendación de la vía disciplinaria no es una excepción, sino que ha sido reiterada en numerosas ocasiones por el Tribunal Constitucional: "Ya en la STC 113/2000 de 5 de mayo, FJ 5º, este tribunal se pronunció a favor de la preferencia de la vía disciplinaria sobre la penal en esta clase de asuntos. En concreto, con cita de las SSTC 38/1988, 92/1995 y 157/1996, nos manifestábamos a favor de «la preferente aplicación de la vía disciplinaria configurada en los arts. 448 y ss. de la Ley Orgánica del Poder Judicial [en la actualidad, arts. 552 y siguientes de dicha ley orgánica] respecto de la vía penal del juicio de faltas para sancionar las conductas que no sean constitutivas de delito de los abogados en el proceso, toda vez que aquella vía disciplinaria se ha establecido al servicio de los derechos fundamentales garantizados en los arts. 20.1 a) y 24 CE" (STC 142/2020).

En la misma idea viene insistiendo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH de 12 de enero de 2016, Asunto Rodríguez Ravelo, párrafo 50), considerando que se debe ser particularmente cuidadoso en el ejercicio de la acción penal por delitos como el de injurias, singularmente cuando cabe la posibilidad de imponer penas de prisión (para lo que es irrelevante si en el caso concreto se satisfizo dicha multa eludiendo con ello la privación de libertad, pues lo importante es que la pena comportaba eventualmente esta última medida).

En este sentido, el TEDH afirma que la imposición de una sanción penal a un abogado por las manifestaciones realizadas (en el caso concreto, contra la actuación de un juez) es una posibilidad excepcional que, en todo caso, exige realizar el correspondiente juicio de proporcionalidad de la reacción sancionatoria que pondere los derechos en juego, a la luz de la totalidad de circunstancias concurrentes en el caso concreto (citado Asunto Rodríguez Ravelo). Es decir, es necesario ponderar la naturaleza y severidad de las sanciones impuestas, a fin de calibrar la proporcionalidad de la respuesta punitiva (STEDH de 25 de junio de 2020, Asunto Bagirov contra Azerbaiyán, párrafo 83).

Especial hincapié hace también la mencionada sentencia en el efecto que la imposición de las sanciones penales puede o debe tener en el sector de la abogacía: "Es inevitable que la imposición de una pena de prisión a un abogado conlleve, por su misma naturaleza, un efecto disuasorio, no solo para el abogado afectado, sino también para la profesión en su conjunto [...]. Todo efecto disuasorio es un factor importante a tener en cuenta para ponderar un justo equilibrio entre los tribunales y los abogados en el marco de una buena administración de la justicia". Si bien tal efecto disuasorio resulta "más inaceptable cuando se trata de un abogado llamado a asegurar la defensa efectiva de sus clientes" (STEDH de 8 de octubre de 2019, Asunto L.P. y Carvalho contra Portugal, párrafo 71).

En definitiva, la doctrina jurisprudencial, tanto europea como española, propugna expresamente la preferencia de sanciones no penales como respuesta ante las manifestaciones o expresiones de las que los letrados puedan valerse en estrados; en especial cuando los destinatarios de dichas expresiones -y, en consecuencia, posteriores denunciantes- son los jueces u otros operadores jurídicos intervinientes en el proceso. En palabras de dicho Tribunal (en el citado Asunto Rodríguez Ravelo): "Aunque sea legítimo que las instituciones del Estado sean protegidas por las autoridades competentes en su condición de garantes del orden público institucional, la posición dominante que esas Instituciones ocupan exige a las autoridades que den muestras de mesura en el uso de la vía penal".

2.5. Potestad sancionadora colegial y tutela de derechos

Por último, es preciso hacer referencia a la potestad sancionadora colegial (en aplicación del Código Deontológico de la Abogacía) y la tutela ponderada de derechos en el conflicto entre la libertad de expresión y el derecho de defensa en relación con el derecho al honor.

En primer lugar, la jurisprudencia es reiterada al respecto de la compatibilidad e independencia entre la sanción colegial y la tutela de derechos en vía civil, al tratarse de bienes jurídicos protegidos diferentes[68] y efectos distintos, por lo que la previa sanción colegial por vulneración de normas deontológicas, "supone consecuencias meramente administrativas que son independientes de la acción civil para la defensa del derecho al honor con el consiguiente resarcimiento indemnizatorio por el daño moral causado" (STS de 3 de septiembre de 2015; rec. 106/2014).

Criterio que se reitera en la más reciente STS de 30 de junio de 2020 (rec. 5895/2018): "*La jurisprudencia de esta sala ha declarado la compatibilidad entre una sanción colegial y una indemnización civil por intromisión ilegítima en el honor (sentencia 447/2015, de 3 de septiembre). Ni la sanción disciplinaria supone un resarcimiento para quien ha visto vulnerado su derecho al honor y ha sufrido el daño moral asociado a tal vulneración, ni la condena en un proceso civil de protección de los derechos fundamentales supone propiamente una sanción que, al coexistir con una sanción disciplinaria, determine la infracción del principio non bis in ídem*".

En segundo lugar, la jurisprudencia, como norma general, diferencia la potestad disciplinaria en el proceso -policía de estrados- de la potestad sancionadora colegial, siendo la primera de naturaleza preferente sobre la segunda[69], aunque pueda coexistir con ella.

Una preferencia que, precisa la STS de 21 de abril de 1998 (rec. 6967/1993), debe ser matizada no solamente en atención al momento temporal en el que acontece sino a su naturaleza, remitiendo a la potestad disciplinaria de estrados la propiamente procesal mientras corresponde a la colegial la tutela y salvaguarda de los principios éticos, aunque éstos se hayan infringido durante el proceso: "[...] no tiene, sin embargo, carácter absoluto, ni puede pretender extenderse a cualquier tipo de conducta cometida en el seno de un proceso o que tenga relación con él, pues el hecho de que la potestad disciplinaria procesal, en beneficio de la propia libertad de expresión del abogado en defensa de su cliente, tenga preferencia sobre otras modalidades sancionadoras, no significa que cuando la conducta punible exceda del ámbito propio de aquella para adquirir relevancia penal o disciplinaria profesional no pueda ser objeto de consideración en los respectivos ámbitos punitivos. [...] pero la delimitación entre

68. Mientras el bien protegido en la policía de estrados se refiere a preservar con las debidas garantías el orden en el proceso como instrumento para hacer viable su función, la potestad disciplinaria colegial tiene por objeto la salvaguardia de la ética y del buen hacer en la práctica profesional de la abogacía
69. La STS de 11 de noviembre de 1992 precisa que "la policía de estrados tiene una vis atractiva mayor que la potestad sancionadora del Colegio"

potestad disciplinaria procesal y profesional no puede hacerse de manera mecánica acudiendo exclusivamente al momento procesal o no en que la conducta se produce, sino a su naturaleza, [...] cuando la infracción transciende del campo puramente procesal para afectar a niveles éticos de índole más general la competencia para la sanción deberá corresponder al Colegio, aunque la infracción se haya cometido en el curso de un proceso".

3. Conclusiones

Es doctrina consolidada que la libertad de expresión del abogado en el ejercicio de su función de defensa es un supuesto especialmente cualificado de esa libertad fundamental como consecuencia necesaria de su conexión instrumental y funcional con el derecho fundamental a la defensa y asistencia de letrado reconocido en el art. 24.1 CE.

Tal trascendencia no ha tenido reflejo en el derecho positivo pues ni la libertad de expresión como derecho genérico, ni la concreción que supone la libertad de expresión de los abogados, han sido objeto de una normativa propia y específica. La principal regulación se recoge en el artículo 542.2 LOPJ y en las normas deontológicas que rigen la profesión, sin perjuicio de que las leyes de procedimiento de los distintos órganos jurisdiccionales también contengan referencias a otros aspectos del ejercicio profesional de los abogados.

La abogacía española es consciente de estas carencias normativas y de la necesidad de delimitar el ejercicio de los derechos que nos asisten en la profesión, de modo que uno de los retos actuales del sector es exigir y colaborar en el desarrollo de una legislación específica completa que sirva como base para la autorregulación dentro de nuestro ámbito profesional. En este sentido, es posible afirmar que tales demandas comienzan a tener, paulatinamente, su reflejo en nuestro ordenamiento jurídico.

Tanto el nuevo Código Deontológico de la Abogacía Española de 2019 como el nuevo Estatuto General de la Abogacía Española, en vigor desde el 1 de julio de 2021, han supuesto avances indudables, aunque limitados, en la concreción de la libertad de expresión del abogado en relación con el derecho de defensa.

Además de estas dos novedades, la anunciada y futura Ley Orgánica del Derecho de Defensa, pero aún pendiente de su aprobación y envío a las Cortes (a pesar de que su consulta previa finalizó en el 2018), supondría un real avance trascendental.

En definitiva, a pesar de lo esperanzador de los avances señalados, si nos ceñimos al derecho positivo vigente, destaca la ausencia de una legislación específica que, en cierto modo, explica la especial importancia que han tenido las resoluciones judiciales en la conformación y consagración de los límites a la libertad de expresión de los abogados pues, la amplia casuística ha servido para delimitar el contenido actual de la libertad de expresión del profesional de la abogacía.

En primer lugar, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, la libertad de expresión del abogado es una manifestación cualificada, especialmente resistente, del genérico derecho reconocido en el artículo 20 CE, pues se encuentra vinculada con carácter inescindible al derecho de defensa de la parte y al adecuado funcionamiento de los órganos jurisdiccionales (artículo 117 CE) en cumplimiento del propio y fundamental papel que la Constitución les atribuye ex artículo 24 CE.

En segundo lugar, los Tribunales han analizado los límites constitucionales a la libertad de expresión, entendiendo que se clasifican en dos grupos: por una parte, el respeto a los derechos reconocidos en el Título I; y, por otra parte, derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia, exigiendo un especial respeto hacia los mismos.

El límite "especial" referido al derecho al honor, es determinante a la hora de delimitar el contenido y alcance de nuestras libertades profesionales por su conexión con los artículos 191, 193 y 553 LOPJ -que establecen algunas de las normas de respeto en el curso de los procedimientos judiciales-. De hecho, tras analizar la jurisprudencia de interés, se observa que un elevado número de las resoluciones judiciales referentes a la libertad de expresión de los abogados analizan los conflictos surgidos entre la libertad de expresión del abogado en el ejercicio del derecho a la defensa de su cliente y el derecho al honor de los jueces y magistrados (ex articulo 553 LOPJ).

No obstante, no nos encontramos ante un derecho ilimitado, sino que el derecho al honor, según reiterada jurisprudencia, se encuentra limitado por las libertades de expresión e información, de modo que es necesario cohonestar el respeto a la libertad del abogado en la defensa del ciudadano (artículo 24 CE) -lo que incluye, necesariamente, el respeto a su libertad de expresión-, y el respeto por parte del abogado de los demás sujetos procesales que también participan en la función de administrar justicia.

El Tribunal Supremo ha entendido que se debe respetar la posición prevalente que ostentan los derechos a la libertad de información y de expresión sobre el derecho al honor, por resultar esencial como garantía para la formación de una opinión pública libre, indispensable para el pluralismo político que exige el principio democrático (STS 170/2009, 11 de marzo). No obstante, rige la prohibición de utilizar en ello "palabras insultantes, vejatorias u objetivamente injuriosas que puedan vulnerar el honor de aquél frente a quien se profieren, atentando contra su fama o su propia estimación" (STS 1056/2008, de 5 de noviembre). Y, más concretamente, en relación al debido respeto a los jueces, se ha entendido que el menosprecio, ofensa y maltrato hacia una de las funciones estatales, como es la función judicial, constituye el límite a la libertad de expresión del abogado. La diferenciación entre crítica e insulto es básica al respecto.

Para responder a la pregunta de cuándo entienden los Tribunales que las expresiones proferidas por los abogados exceden el ámbito de su libertad de expresión y/o se encuentran fuera de las normas básicas de conducta es clarificadora la STC 142/2020, de 19 de octubre, que distingue entre críticas o expresiones "aceptables" (afirmaciones y juicios instrumentalmente ordenados a la argumentación necesaria para impetrar la debida tutela en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos y no dañar, de modo innecesario, el honor del sujeto a quien se dirige) y las manifestaciones que pueden considerarse vejatorias, innecesarias a los fines de la defensa y que únicamente pretenden el descrédito del destinatario.

Además de las limitaciones constitucionales, existen también límites en la normativa deontológica, según la cual, quienes ejercen la abogacía no solo deben procurar ser educados en la misma línea que cualquier otra persona, sino que se les exige que observen buenas maneras en el seno del procedimiento judicial (tanto respecto de los órganos jurisdiccionales como respecto de los demás operadores jurídicos y partes intervinientes). Estas normas de conducta no se limitan a ser meras recomendaciones, sino que el EGAE contempla la inobservancia de las obligaciones señaladas como infracciones que podrán dar origen a la incoación de un expediente sancionador.

Sin embargo, de acuerdo con el Tribunal Supremo, la cuestión deontológica y la correlativa potestad sancionadora colegial es independiente y compatible con la tutela civil del derecho al honor.

En cualquier caso, para determinar si el abogado se encuentra amparado en su discurso por la libertad de expresión, es necesario examinar la totalidad de las circunstancias concurrentes en el caso concreto, para lo que tanto el TEDH como los tribunales nacionales utilizan la técnica de la ponderación, que exige valorar, en primer término, el peso en abstracto de los respectivos derechos fundamentales que entran en conflicto; y, en segundo lugar, el peso relativo de los respectivos derechos fundamentales.

Al valorar el peso en abstracto de los derechos constitucionales en conflicto, la ponderación ha de tener en cuenta tres cuestiones fundamentales: (i) La posición prevalente que ostentan los derechos a la libertad de información y de expresión sobre el derecho al honor; (ii) El ejercicio de la libertad de expresión en el seno del proceso judicial por los letrados de las partes posee una singular cualificación al estar ligado estrechamente a la efectividad de los derechos de defensa; (iii) la libertad de expresión, según su propia naturaleza, comprende la crítica de la conducta de otro.

Y, al valorar el peso relativo, él órgano enjuiciador debe tener en cuenta una serie de factores, de los que se han analizado los más reiterados por la doctrina. En primer lugar, habrá que analizar el contexto, que será un contexto forense, jurisdiccional, regido por unas normas específicas, de modo que, al enmarcarse dentro de una demanda judicial, el grado de crítica admisible es mayor por estar en juego el derecho de defensa y porque, en definitiva, la certeza de las imputaciones va a ser enjuiciada por un tribunal y, por ende, sometida a un test de fundamentación y racionalidad (STS 609/2012, de 24 de julio). En segundo lugar, ha de valorarse también cuales son los intereses que se pretenden defender por medio de las expresiones utilizadas por el abogado en

el ejercicio de su defensa. En tercer lugar, hay que valorar si las expresiones se han reflejado en alguno de los escritos que obran en el procedimiento (de modo que tienen una velada imputación de comportamiento judicial irregular, ya que se realizan de forma reflexiva y consciente) o si se han producido en un acto oral (cuya espontaneidad pudiera consentir, en principio, un mayor margen de tolerancia de los posibles excesos verbales), con o sin publicidad. Y, por último, a pesar de que es doctrina firmemente asentada que el art. 20.1 CE no garantiza un ius retorquendi ilimitado que consista en replicar al juicio que otros hayan formulado sobre nuestra persona recurriendo al insulto, ello no implica descartar que en un caso concreto pueda considerarse oportuno examinar el contexto que ha precedido a las expresiones empleadas.

Por último, en cuanto al tratamiento penal de la cuestión, la doctrina jurisprudencial, tanto europea como española, propugna expresamente la preferencia de la vía disciplinaria sobre la penal en esta clase de asuntos y, en consecuencia, la imposición de sanciones no penales como respuesta ante las manifestaciones o expresiones de las que los letrados puedan valerse en estrados. El TEDH (en la trascendente STEDH de 12 de enero de 2016, Asunto Rodríguez Ravelo, y otras posteriores) insiste en el efecto disuasorio que pueda conllevar la imposición de una pena, que resulta "más inaceptable cuando se trata de un abogado llamado a asegurar la defensa efectiva de sus clientes" (STEDH de 8 de octubre de 2019, Asunto L.P. y Carvalho contra Portugal).

Y, más específicamente, respecto de la amplia casuística que pondera el derecho a la libertad de expresión de los letrados y el derecho al honor de los jueces, el TEDH (en el citado Asunto Rodríguez Ravelo) entiende que: "*Aunque sea legítimo que las instituciones del Estado sean protegidas por las autoridades competentes en su condición de garantes del orden público institucional, la posición dominante que esas Instituciones ocupan exige a las autoridades que den muestras de mesura en el uso de la vía penal*".

4. Reflexión final

El principio del que debe partirse, señalado en la reciente STEDH 25 de junio de 2020 (Asunto Bagirov contra Azerbaiyán) es que "el buen funcionamiento de los tribunales no sería posible sin unas relaciones basadas en la consideración y mutuo respeto entre los distintos protagonistas en el sistema de justicia, dentro del cual los abogados ocupan una posición central como intermediarios entre el público y los tribunales".

Esta especial exigencia en cuanto al modo de expresarse tiene su justificación en la peculiar situación de este colectivo; no solo por su frecuencia en el trato con derechos, intereses y operadores jurídicos tan distintos como legítimos, sino también porque de acuerdo con las normas rectoras de la profesión "la dignidad, como modo de comportamiento, debe impregnar todas las actividades profesionales de quienes ejercen la Abogacía y, en consecuencia, el abogado debe preservar no sólo la propia, sino la de sus clientes, de sus compañeros y de los contrarios, tratándoles con distinción, deferencia y respeto, sin olvidar que sus actuaciones repercuten en la profesión entera" (Preámbulo del Código Deontológico de la Abogacía Española de 2019).

Así, si bien es cierto que determinadas expresiones no son merecedoras, a la luz de la regulación y jurisprudencia analizadas, de reproche judicial -ya sea civil o penal-, ello no obsta a que su uso en las actuaciones forenses sea contrario a la educación, el respeto y, en general, las "buenas formas" que exigen las normas que rigen la profesión.

No obstante, y dicho lo cual, es necesario en último término reiterar la necesaria prevalencia de la libertad de expresión sobre otros derechos cuando la misma se emplea para ejercer la defensa, función propia y exclusiva de los abogados como resulta de la Constitución y de la Ley Orgánica del Poder Judicial; función que, en definitiva, supone hacer efectiva la tutela proclamada en el artículo 24 CE.

Estamos por tanto ante la confluencia de dos derechos, de expresión y de defensa, que no son solo elementos esenciales de nuestro ordenamiento jurídico, sino que son dos de los pilares sobre los que, indiscutiblemente, se ha de configurar un Estado social y democrático de Derecho que garantice, al fin, una convivencia justa y pacífica.

En consecuencia, no es posible realizar una interpretación restrictiva de la libertad del abogado respecto de las expresiones utilizadas en su estrategia, puesto que se pondría en peligro, nada más y nada menos, que el derecho de defensa. Ello implicaría, en palabras del Tribunal Supremo (STS 609/2012, de 24 de julio), "que cualquier imputación que se trate de demostrar en un proceso corra el riesgo de ser injuriosa en el caso de no resultar demostrada", lo que indudablemente limitaría los derechos de los ciudadanos y las garantías en su ejercicio, ya que, al menos hasta hoy, los abogados somos intermediarios entre la sociedad y la tutela judicial efectiva, necesariamente, a través de la palabra, oral o escrita.

Bibliografía

ALCAYDE BLANES, CARMEN (2020). Las buenas maneras en el ejercicio de la defensa letrada: libertad de expresión y derecho de defensa en la reciente sentencia del Tribunal Constitucional. Elderecho.com (Lefebvre). Disponible en: https://bit.ly/3hVtZZ2

ANTONIO LEIVA, RABAEL (2020). Libertad de configuración y control de constitucionalidad: el Parlamento y el Tribunal Constitucional desde la Teoría de los Derechos Fundamentales. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, nº 54 Valparaíso 2020. Disponible en: https://bit.ly/3xel3Cu

BAÑO LEÓN, JOSÉ MARÍA (1988). La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española. Revista Española de Derecho Constitucional. Año 8, nº 24, Septiembre-Diciembre. Disponible en: https://bit.ly/3zJkpi8

EPRS, SERVICIO DE ESTUDIOS DEL PARLAMENTO EUROPEO (2019). La libertad de expresión, una perspectiva de Derecho comparado. Unidad Biblioteca de Derecho Comparado. PE 642.241. Disponible en: https://bit.ly/2Vhnff9

FERNÁNDEZ BONET, ALBERTO (2019). Nuevo Código Deontológico de la Abogacía Española. Adefinitivas.com. Disponible en: https://bit.ly/3BGqxte

LEÓN CAMPO, JESÚS (2021). Derechos frente a frente: el derecho al honor y la libertad de expresión. Sanchezgarridoabogados.com. Disponible en: https://bit.ly/3fjYtCs

MARTÍN GONZÁLEZ, MARINA (2017). Los límites a la libertad de expresión del Abogado. LegalToday. Disponible en: https://bit.ly/2UY56TD

SALVADOR MARTÍNEZ, MARÍA (2006). El derecho a la libertad de expresión. Disponible en: https://bit.ly/2UQzKP8

SÁNCHEZ STEWART, NIELSON (2019). Principales novedades que introduce el Código Deontológico de la Abogacía Española. Abogacia.es. Disponible en: https://bit.ly/378AgKF

PRESNO LINERA, MIGUEL ÁNGEL (2020). Apuntes mínimos sobre teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española (4): la doble dimensión, subjetiva y objetiva, de las normas que garantizan derechos fundamentales. Disponible en: https://bit.ly/3f5mSeN

VILLACORTA MANCEBO, LUIS (2011). Jurisdicción constitucional y derechos fundamentales. Aspectos a destacar en el contexto de la discusión española. Revista Ius et Praxis, Año 17, N0 1, 2011, pp. 81 - 118 ISSN 0717 – 2877.

WITHMAN ABOGADOS (2015). ¿Qué técnicas de ponderación deben emplear los tribunales para determinar si prevalece la libertad de expresión sobre el derecho al honor de una persona? Withmanabogados.com. Disponible en: https://bit.ly/2TSEZgQ

Otros enlaces de interés

“El Gobierno apuesta por regular la libertad de expresión de los medios”. Elmundo.es. Publicado: 27/09/2018. Disponible en: https://bit.ly/3i1vDIJ

“Proteger la libertad de expresión, regular la disinformation”. Agendapublica.es. Publicado: 02/10/2018. Disponible en: https://bit.ly/3f14nbz

“El derecho de defensa: Propuesta de ley reguladora. Informes de la Comisión Jurídica del Consejo General de la Abogacía Española”. Tirant lo blanch (2019). Disponible en: https://bit.ly/3BJFB9t

“Carmen Calvo anuncia una Ley Orgánica del Derecho a la Defensa como prioridad en esta legislatura”. Publicado: 22/11/2019. Confilegal.com. Disponible en: https://bit.ly/2Wex2Di

“Una Ley Orgánica de Derecho a la Defensa blindaría la justicia gratuita, según los congresistas de ALTODO”. Confilegal.com. Publicado: 23/11/2019. Disponible en: https://bit.ly/3i6tHid

“Los límites constitucionales del derecho a la libertad de expresión del abogado en relación con el ejercicio del derecho de defensa”. Lawyerpress.com. Publicado: 22/12/2020. Disponible en: https://bit.ly/2UOSkqR

Anexo de legislación

Constitución Española. Boletín Oficial del Estado (BOE) núm. 311, de 29 de diciembre de 1978, 29313 a 29424. (Ref. BOE-A-1978- 31229).

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Boletín Oficial del Estado (BOE) núm. 157, de 2 de julio de 1985. (Ref. BOE-A-1985-12666).

Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española. Boletín Oficial del Estado (BOE) núm. 164, de 10 de julio de 2001. (Ref. BOE-A- 2001-13270). [Disposición derogada]

Real Decreto 135/2021, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española (entrada en vigor: 1 de julio de 2021). Boletín Oficial del Estado (BOE) núm. 71, de 24 de marzo de 2021. (Ref. BOE-A-2021-4568)

Código Deontológico de la Abogacía Española aprobado por el Pleno del Consejo General de la Abogacía Española el 27 de septiembre de 2002 y modificado el 10 de diciembre de 2002 (entrada en vigor: 1 de enero de 2003).

Código Deontológico de la Abogacía Española aprobado por el Pleno del Consejo General de la Abogacía Española el 6 de marzo de 2019 (entrada en vigor: 8 de mayo de 2019).

Código de Deontología de los Abogados Europeos adoptado en la Sesión Plenaria del CCBE de 28 de octubre de 1988 y modificado en las Sesiones Plenarias de 28 de noviembre de 1998, 6 de diciembre de 2002 y 19 de mayo de 2006. Disponible en: https://bit.ly/2ULe9aZ

Propuesta Consejo General de la Abogacía Española. Ley reguladora del derecho de defensa. Disponible en: https://bit.ly/3y7HESD

Declaración Universal de Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948. Disponible en: https://bit.ly/2TIBklG

Convenio Europeo de Derechos Humanos, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950. Disponible en: https://bit.ly/3zDDq5y

Anexo de jurisprudencia

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Asunto Barfod contra Dinamarca, de 22 de febrero de 1989. Demanda nº11598/85. Disponible en: https://bit.ly/3zZRHtm

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Asunto Castells contra España, de 23 de abril de 1992. Demanda nº 11798/85. Disponible en: https://bit.ly/37fGiJQ

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Asunto Peruzzi contra Italia, de 30 de junio de 2015. Demanda nº 39294/09. Disponible en: https://bit.ly/3AaasL1

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Asunto Rodríguez Ravelo contra España, de 12 de enero de 2016. Demanda nº 48074/10. Disponible en: https://bit.ly/3zLe85D

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Asunto Čeferin contra Eslovenia, de 16 de enero de 2018. Demanda nº 40975/08. Disponible en: https://bit.ly/3zY8KvZ

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Asunto LP y Carvalho contra Portugal, de 8 de octubre de 2019. Demandas nº 55391/13; 57728/13; 74041/13. Disponible en: https://bit.ly/3yiyd2T

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Asunto Bagirov contra Azerbaiyán, de 25 de junio de 2020. Demandas nº81024/12 y 28198/15. Disponible en: https://bit.ly/3zUy4mp

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Asunto Benítez Moriana e Íñigo Fernández v. España, de 9 de abril de 2021. Demandas nº 36537/15 y 36539/15). Disponible en: https://bit.ly/3yMWEpk

Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Primera), Nº 38/1988, de 9 de marzo. (ECLI:ES:TC:1988:38). Disponible en: https://bit.ly/3BZ1iT6

Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Primera), nº 205/1994, de 11 de julio. (ECLI:ES:TC:1994:205). Disponible en: https://bit.ly/3iNSJBS

Auto del Tribunal Constitucional, nº 261/1995, de 27 de septiembre. (ECLI:ES:TC:1995:261A). Disponible en: https://bit.ly/37bnviv

Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Primera), nº 157/1996, de 15 de octubre. (ECLI:ES:TC:1996:157). Disponible en: https://bit.ly/2UQTAcU

Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Primera), nº 134/1999, de 15 de julio. (ECLI:ES:TC:1999:134). Disponible en: https://bit.ly/3flqZUe

Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Segunda), nº 6/2000, de 17 de enero. (ECLI:ES:TC:2000:6). Disponible en: https://bit.ly/3rTB7sn

Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Primera), nº 113/2000, de 5 de mayo. (ECLI:ES:TC:2000:113). Disponible en: https://bit.ly/2Vb77we

Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Segunda), nº 49/2001, de 26 de febrero. (ECLI:ES:TC:2001:49). Disponible en: https://bit.ly/3jen5xu

Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Segunda), nº 184/2001, de 17 de septiembre. (ECLI:ES:TC:2001:49). Disponible en: https://bit.ly/2VT4zTi

Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Segunda), nº 235/2002, de 9 de diciembre. (ECLI:ES:TC:2002:235). Disponible en: https://bit.ly/3rBoWjU

Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Segunda), nº 14/2003, de 28 de enero (ECLI:ES:TC:2003:14). Disponible en: https://bit.ly/3j8RWeN

Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Segunda), nº 197/2004, de 15 de noviembre. (ECLI:ES:TC:2004:197). Disponible en: https://bit.ly/3j1lLNm

Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Primera), nº 39/2005, de 28 de febrero. (ECLI:ES:TC:2005:39). Disponible en: https://bit.ly/3ikMNS1

Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Primera), nº 155/2006, de 22 de mayo. (ECLI:ES:TC:2006:155). Disponible en: https://bit.ly/2Vgs2hj

Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Segunda), nº 216/2006, de 3 de julio. (ECLI:ES:TC:2006:216). Disponible en: https://bit.ly/3xf28HT

Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Primera), nº 299/2006, de 23 deoctubre. (ECLI:ES:TC:2006:299). Disponible en: https://bit.ly/37jVeGx

Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Primera), nº 39/2009, de 9 de febrero. (ECLI:ES:TC:2009:39). Disponible en: https://bit.ly/3i9kohD

Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Segunda), nº 142/2020, de 19 de octubre. (ECLI:ES:TC:2020:142). Disponible en: https://bit.ly/3f0V4se

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), nº192/2001, rec. 4846/1998, de 14 de febrero. (Roj: STS 1001/2001 - ECLI:ES:TS:2001:1001). Disponible en: https://bit.ly/3yT0Unq

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso, Sección 6ª), nº 2533/1998, rec. 1972/2005, de 21 de abril. (Roj: STS 2533/1988 - ECLI:ES:TS:19988:2533). Disponible en: https://bit.ly/37F4qFF

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), nº 1056/2008, rec. 1972/2005, de 5 de noviembre. (Roj: STS 5976/2008 - ECLI:ES:TS:2008:5976). Disponible en: https://bit.ly/3i6JfIW

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), nº377/2011, rec. 47/2009, de 31 de mayo. (Roj: STS 4050/2011 - ECLI:ES:TS:2011:4050). Disponible en: https://bit.ly/2WnNxwV

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), nº170/2009, rec. 1457/2006, de 11 de marzo. (Roj: STS 938/2009 - ECLI:ES:TS:2009:938). Disponible en: https://bit.ly/3lfUxX9

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), nº744/2010, rec. 43/2008, de 1 de diciembre. (Roj: STS 7663/2010 - ECLI:ES:TS:2010:7663). Disponible en: https://bit.ly/3fmaasf

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), nº144/2011, rec. 500/2009, de 3 de marzo. (Roj: STS 990/2011 - ECLI:ES:TS:2011:990). Disponible en: https://bit.ly/3rEd8xg

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), nº408/2012, rec. 197/2011, de 18 de junio. (Roj: STS 5814/2012 - ECLI:ES:TS:2012:5814). Disponible en: https://bit.ly/3yT0Xj6

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), nº609/2012, rec. 292/2011, de 24 de julio. (Roj: STS 5729/2012 - ECLI:ES:TS:2012:5729). Disponible en: https://bit.ly/3jfe8nT

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), nº447/2015, rec. 106/2014, de 3 de septiembre. (Roj: STS 3747/2015 - ECLI:ES:TS:2015:3747). Disponible en: https://bit.ly/2TBcaVQ

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), nº536/2015, rec. 11194/2013, de 1 de octubre. (Roj: STS 4081/2015 - ECLI:ES:TS:2015:4081). Disponible en: https://bit.ly/3AC2RF0

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), nº381/2020, rec. 5895/2018, de 30 de junio. (Roj: STS 2062/2020 - ECLI:ES:TS:2020:2062). Disponible en: https://bit.ly/3yjrUfc

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), nº681/2020, rec. 1589/2019, de 15 de diciembre. (Roj: STS 4209/2020 - ECLI:ES:TS:2020:4209). Disponible en: https://bit.ly/2V3LVs6

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Militar, Sección 1ª), nº32/2021, rec. 62/2020, de 9 de abril. (Roj: STS 1367/2021 – ECLI:ES:TS:2021:1367). Disponible en: https://bit.ly/3iH7iIC

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), nº337/2021, rec. 2296/2020, de 18 de mayo. (Roj: STS 1910/2021 – ECLI:ES:TS:2021:1910).Disponibleen: https://bit.ly/3fY7IbR

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), nº500/2021, rec. 3261/2019, de 9 de junio. (Roj: STS 2272/2021 - ECLI:ES:TS:2021:2272). Disponible en: https://bit.ly/2Vhrk2X

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), nº402/2021, rec. 4413, de 14 de junio. (Roj: STS 2397/2021 - ECLI:ES:TS:2021:2397). Disponible en: https://bit.ly/2Vdqq81

FUNDACIÓN Mutualidad

La suspensión de vistas por maternidad o paternidad de los profesionales de la abogacía

Ana María Castro Franco

Máster Universitario en Abogacía.
Universidad de León

IX Premios a la Excelencia Cátedra Fundación Mutualidad

FUNDACIÓN Mutualidad

Ana María Castro Franco

Máster Universitario en Abogacía.
Universidad de León.

TERCER PREMIO

IX Premios a la Excelencia de la Cátedra Fundación Mutualidad Abogacía

2021

FUNDACIÓN Mutualidad

Resumén 163
Abstract 164
Introducción 165
1. Normativa entorno a la suspensión de vistas consideraciones previas 168
2. Vinculación de la suspensión de vistas con el derecho de defensa garantizado constitucionalmente 173
2.1. Las sustituciones en supuestos de maternidad o paternidad y el derecho de defensa 174
2.2. La vía de indefensión contenida en el art. 24 CE respecto a la no suspensión por maternidad o paternidad de los Letrados/as 176
3. Suspensión de vistas en relación con el supuesto de maternidad o paternidad 179
3.1. Ámbito subjetivo 181
3.2. Ámbito objetivo 183
3.3. Bienes jurídicos protegidos y duración de la suspensión 185
3.3.1. Prestación por nacimiento y cuidado de menor 190
3.3.2. Subsidio no contributivo por nacimiento 192
3.3.3. Corresponsabilidad en el cuidado del lactante 193
3.3.4. El derecho a la prestación por riesgo durante el embarazo y la lactancia. Dinámica de la protección 193
3.3.5. Protección otorgada por la Mutualidad de la Abogacía 194

3.4. Exigencias formales 196
3.5. Tratamiento jurisprudencial 200
3.5.1. Argumentos judiciales en contra de la suspensión 201
3.5.2. Fallos a favor de la suspensión 203
4. Especialidades de la suspensión en otros órdenes jurisdiccionales 205
4.1. Factores determinantes para acordar la suspensión en el orden penal 206
4.2. El vacío legal en el orden contencioso-administrativo 209
4.3. Motivos justificados y duración de la suspensión en el proceso laboral 210
5. Suspensión de otras actuaciones 212
Conclusiones 215
Bibliografía 218
Anexo jurisprudencial 224

Resumen

El estrecho margen dado por la legislación procesal para suspender actos judiciales ha sido siempre motivo de descontento para los Letrados, especialmente para quienes trabajan por cuenta propia. Por ello, el derecho a la conciliación surge como una de las principales reclamaciones por parte de los profesionales de la Abogacía, con propuestas como la posibilidad de ordenar satisfactoriamente la figura de la suspensión de vistas y procedimientos en caso de maternidad o paternidad, no solo en el proceso civil, sino en cualquier otra modalidad jurisdiccional. Las políticas de conciliación de la vida familiar y la vida profesional deben contribuir a lograr la igualdad de género, promoviendo el reparto igualitario de las responsabilidades en el cuidado de hijos entre hombres y mujeres. Contexto normativo capaz de impulsar medidas o criterios para fomentar la compatibilidad de las actuaciones jurisdiccionales de los Abogados/as en relación con los permisos de paternidad y maternidad o periodos de descanso equivalentes.

Palabras clave: Abogacía, suspensión de vistas, suspensión de otras actuaciones procesales, permisos por maternidad y paternidad.

Abstract

The narrow margin given by procedural legislation to suspend judicial acts has always been a source of discontent for lawyers, especially for those who are self-employed. For this reason, the right to conciliation has emerged as one of the main demands of the legal profession, with proposals such as the possibility of satisfactorily ordering the suspension of hearings and proceedings in the event of maternity or paternity, not only in civil proceedings, but also in any other jurisdictional modality. Policies to reconcile family and professional life should contribute to achieving gender equality, promoting the equal sharing of childcare responsibilities between men and women. Regulatory context capable of promoting measures or criteria to encourage the compatibility of the jurisdictional actions of Lawyers in relation to paternity and maternity leave or equivalent periods of rest.

Keywords: Lawyers, suspension of hearings, suspension of other procedural actions, maternity and paternity leave.

Introducción

El presente ensayo aborda una de las cuestiones jurídicas de mayor actualidad, ligada directamente a la actuación profesional de los Abogados, reflexionando sobre aspectos tan cruciales como la incidencia en los actos procesales del embarazo, el parto y la lactancia. La creciente presencia de las mujeres en la Abogacía y sobre todo en puestos de alta dirección ha producido un cambio en la configuración tanto de la vida familiar, como en los propios despachos; no obstante, diversos estudios muestran que el 77% de las Abogadas consideran no tener hijos como factor importante para lograr el éxito profesional, mientras solo un 54% de los Abogados piensa lo mismo[1].

Los análisis en esta línea muestran cómo la llegada de la maternidad o la paternidad afectan a la promoción en la carrera, a la dedicación, al número de horas trabajadas o al tipo de casos y encargos asumidos, con la tentación siempre presente de acogerse a aquellos más beneficiosos para la conciliación y renunciar a cuantos resulten más gravosos desde la perspectiva examinada. Una de las características del día a día laboral de estos profesionales laborales es la imprevisibilidad del volumen de trabajo, así como la irregularidad en los horarios. Los requerimientos del turno de oficio, el cumplimiento de plazos administrativos o procesales o la atención a la clientela, entre otros aspectos comunes en el quehacer profesional tornan en muy complicada la tarea de conseguir compatibilizar la vida personal y familiar. Ofrecer un plan tendente a favorecer la conciliación constituye ahora mismo un factor competitivo, y carecer de él, un hándicap a la hora de captar y retener talento joven[2].

La perspectiva de género debe ser incorporada como parte de la estrategia de crecimiento de los despachos y las law firms, pues desperdiciar el talento femenino sale muy caro. Para ello, parece necesario articular mecanismos capaces de implantar medidas de corresponsabilidad ordenados a favorecer la conciliación real de la

1. Aunque la normativa de Seguridad Social ha modificado la denominación legal de la prestación por nacimiento de hijo, se ha optado por utilizar los términos tradicionales para tratar de hacer más fluido el discurso, CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA: La igualdad de género en la Abogacía Española: la evaluación actual de las abogadas y los abogados, 24 noviembre 2017, en **https://www.abogacia.es/wpcontent/uploads/2017/12/Metroscopia_Informe_Aboga cia_v2.pdf**
2. LAHERA FORTEZA, J.: "Planes de igualdad e igualdad retributiva", Observatorio de Recursos Humanos y Relaciones Laborales, núm. 161, 2020, pág. 9

mujer y, sobre todo, para las Abogadas jóvenes. En este sentido, iniciativas como los protocolos para la suspensión de actuaciones en situaciones de maternidad, permiten asegurar también el derecho de defensa de los ciudadanos. No es cuestión de limitar la maternidad/paternidad, sino de facilitar los medios para compaginar estas situaciones con el desarrollo de la carrera profesional. Por ello, el trabajo judicial en este tipo de asuntos no puede perder la perspectiva familiar; esto es, proteger no únicamente el derecho de los Letrados a conciliar su vida laboral y familiar a fin de cumplir con los deberes inherentes a la patria potestad, sino también el propio interés del menor a recibir la mejor atención posible.

La conciliación es indispensable para avanzar en igualdad, pero si las medidas no se adjetivan debidamente consiguen el efecto contrario. En este sentido, la conciliación demanda conjugar de manera adecuada una imprescindible corresponsabilidad. A partir de tal acepción cabrá seguir que el principio de igualdad no prohíbe al legislador cualquier desigualdad de trato, sino solo aquellas injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos suficientemente razonados de acuerdo con juicios de valor generalmente aceptados. Sin embargo, la doctrina de la acción positiva puede suponer ciertos riesgos por generar una nueva discriminación basada en la sospecha de falta de verdadera capacidad o mérito profesional o académico de sus actuales o potenciales beneficiarios, motivo por el cual las normas y los criterios generales sobre señalamientos y suspensiones en casos de embarazo, lactancia y parto pueden constituir disposiciones o criterios aparentemente neutros, pero tradicionalmente colocaban a las personas del género femenino en desventaja con respecto a las personas del sexo masculino.

La equiparación, en sus respectivos ámbitos de aplicación, de la duración de los permisos por nacimiento de madres y padres ha fomentado la igualdad real de Abogados y Abogadas. Si bien el derecho de los padres a acceder a un derecho para el cuidado de sus hijos les fue concedido en el año 1989, requería su cesión por parte de la madre y la mayor parte de los padres no lo utilizaba. Además, el Abogado/a, por su conocimiento personal del asunto, difícilmente puede ser sustituido por otro, lo cual a menudo impide el disfrute completo de los permisos asociados a las situaciones analizadas[3]. En este sentido, el Senado recientemente ha registrado una Proposición de Ley para modificar el Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal, incorporando la maternidad y paternidad entre las causas de suspensión del juicio oral.

3. FERNÁNDEZ GALIÑO, M. Y LOUSADA AROCHENA, F.: "Judicatura, abogacía e igualdad", Revista de Género e Igualdad, núm. 4, 2021, pág. 34

Estos ejemplos ponen de manifiesto la necesidad de promover con firmeza las modificaciones necesarias en las leyes procesales en materia de suspensiones de vistas y plazos en los supuestos conexos a un vínculo familiar tan relevante para que no acaben constituyendo un impedimento en el desarrollo de la carrera profesional. De este modo, si la maternidad/paternidad de la propia Abogada no alcanza para justificar un aplazamiento de un juicio, las responsabilidades de cuidados representan una verdadera barrera para el ejercicio de la profesión en unas condiciones razonablemente cómodas. Resulta necesario asegurar la prevalencia de la dimensión constitucional de las medidas normativas tendentes a facilitar la conciliación profesional y familiar frente a cualquier duda interpretativa suscitada ante la aplicación a un supuesto concreto de una disposición referente a estas cuestiones.

1. Normativa en torno a la suspensión de vistas. consideraciones previas

La maternidad, entendida en sentido amplio e incluyendo los periodos de embarazo, parto y lactancia, es objeto de tutela al más alto nivel en el orden internacional, de la Unión Europea e interno. El fundamento de tan intensa y extensa protección radica en su necesaria función social[4]. En el ámbito sustantivo del Derecho, es tradicional la tutela dispensada a mujeres y hombres en situación de maternidad o paternidad, a partir de una protección que ha evolucionado a lo largo del tiempo, desde su consideración como situación asimilada a la enfermedad común, hasta su configuración como derecho de protección autónoma.

A nivel internacional son varios los Tratados y Convenios que han abordado esta materia, de entre los cuales cabrá destacar el Convenio núm. 103 de la OIT, relativo a la protección de la maternidad, y la Carta Social Europea, hecha en Turín en 1961. Estos instrumentos normativos surgieron como consecuencia del incremento de la participación femenina en el mercado de trabajo y al hecho de que la maternidad pasará a constituir un desafío mundial, en paralelo al aumento de las expectativas sociales sobre la necesaria conciliación de la vida laboral con la familiar.

En el Derecho de la Unión Europea procederá mencionar la Directiva 92/85/CEE, de 19 de octubre, sobre aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia, así como la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo. En su conjunto, establecen un tratamiento unitario en torno a la protección de la mujer durante el embarazo y el parto a fin de disminuir las cargas derivadas del ejercicio simultáneo de la actividad económica desempeñada y las relaciones familiares[5].

4. LÓPEZ ANIORTE, M.: "La suspensión del contrato de trabajo por maternidad biológica", Anales de Derecho, núm. 18, 2000, pág. 117
5. GARRIGUES GIMÉNEZ, A.; NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P. Y CEBRIÁN CARRILLO, A.: "La maternidad y paternidad en el derecho de la Unión Europea", Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, núm. 67, 2007, pág. 241

Las situaciones cubiertas por las Directivas no deben influir negativamente en el acceso o permanencia en el puesto de trabajo; dato a partir del cual evitar el elemento discriminatorio juega un papel fundamental, como causa — discriminación directa— o como consecuencia —discriminación indirecta— de cuanto viene a ser concebido como elemento de protección elemental[6].

La tendencia legal ha ido encaminada a atribuir también al padre derechos históricamente reconocidos únicamente a la mujer. Con el abandono progresivo, aunque todavía lento, de la enraizada distribución de roles dentro de la familia. La finalidad pretendida por los instrumentos jurídicos puede quedar englobada en dos elementos fundamentales: en primer lugar, cumplir con el principio de igualdad; y, segundo, evitar el efecto boomerang[7], garantizando que las medidas protectoras no acaben originando un perjuicio al colectivo tutelado. En este sentido, si las disposiciones en la materia quedan acotadas exclusivamente a la mujer, provocarán de manera casi natural la consecuente desincentivación en la contratación de mano de obra femenina (o encargo de contratos a las mujeres). Por esto, resulta necesaria su extensión, en la medida de lo posible, al hombre.

En la misma línea, la normativa interna debe fomentar la tutela antidiscriminatoria por razón de género ex art. 14 CE; a su lado, la corresponsabilidad y la protección a la familia se erigen como criterios globales de actuación para los poderes públicos en virtud del art. 39.2 CE y la modalidad procesal de los derechos relativos a la conciliación encuentra amparo en la jurisprudencia constitucional[8], en tanto que, desde una perspectiva formal, las responsabilidades familiares aparecen configuradas como derechos y obligaciones tanto de hombres como de mujeres.

En una primera valoración, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres, supuso un importante avance en las condiciones laborales, familiares y personales de la mujer, pues introdujo —a los efectos que aquí interesan—, en el régimen de suspensión de las vistas previsto en el art. 188.1.5º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la maternidad y la paternidad de las Letradas o Letrados como nueva causa de suspensión; sin embargo, las medidas obtuvieron resultados discretos,

6. CASTRO ARGÜELLES, M.A.: "Protección especial de la trabajadora embarazada y en situación de maternidad y lactancia (Directiva 92/85/CE)", en AA.VV. (GARCÍA MURCIA, J., Dir.): La transposición del Derecho social comunitario al ordenamiento español, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Madrid), 2005, pág. 207
7. LÓPEZ ANIORTE, M.: "La suspensión del contrato de trabajo por maternidad biológica", cit., pág. 119
8. En este sentido, STC 3/2007, de 15 de enero: los órganos judiciales no pueden ignorar la dimensión constitucional de la cuestión ante ellos suscitada y limitarse a valorar, para excluir la violación del art. 14 CE, si la diferencia de trato tiene en abstracto una justificación objetiva y razonable, sino que han de efectuar su análisis atendiendo a las circunstancias concurrentes y, sobre todo, a la trascendencia constitucional de este derecho de acuerdo con los intereses y valores familiares a que el mismo responde

cuando no insignificantes, lo cual vino a poner de manifiesto cómo la norma no habría ni alcanzado las cuotas de éxito que el legislador ha pretendido con su promulgación.

Con posterioridad, el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, introdujo cambios significativos en esta materia. En concreto, las reformas equiparan la duración de los permisos por nacimiento de hijo o hija de ambos progenitores en respuesta a la existencia de una clara voluntad y demanda social. Los poderes públicos no pueden desatender esta petición que, por otro lado, es una exigencia derivada —entre otros— de los artículos 9.2 y 14 CE. De esta forma (y de forma progresiva, de manera que el régimen transitorio finalizó en enero de 2021) se da un paso importante en la consecución de la igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres, en la promoción de la conciliación de la vida personal y familiar y en el principio de corresponsabilidad.

Las consideraciones precedentes permiten centrar así el ensayo, para señalar que la regla general viene dada por la sucesión ininterrumpida del procedimiento, si bien a veces resulta tan lenta que bien parecería que la suspensión concurre en cada uno de los trámites procesales[9]. No obstante, la suspensión del procedimiento civil tiene lugar ante la imposibilidad de realizar un acto procesal porque concurre una situación expresamente prevista en la Ley, ya como consecuencia de la actuación de oficio del órgano jurisdiccional en virtud del art. 179.1 LEC, ya por voluntad de las partes, con el efecto inmediato de interrumpir los plazos procesales. A su vez, el art 188 LEC regula los motivos de suspensión de vistas en el procedimiento civil, bien sea una audiencia previa, un juicio verbal o un juicio ordinario.

En el lenguaje común, los términos “supensión” e “interrupción” a menudo se usan indistintamente porque conllevan la paralización del procedimiento; sin embargo, considerando los distintos efectos que producen, conviene distinguirlos. La diferencia fundamental radica en que la figura de la interrupción del acto procesal recogida en el art. 193 LEC resulta de aplicación una vez iniciada la celebración de una vista; en cambio, la suspensión deja sin efecto la vista señalada cuando esta no hubiera dado comienzo.

La enumeración de las causas de suspensión de vistas contenidas en el art. 188 LEC parece cerrada, según cabe colegir del tenor literal del artículo cuando comienza

9. PÉREZ DEL BLANCO, G.: “Consideraciones en torno a la suspensión de vistas por maternidad y paternidad de abogadas y abogados”, Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje, núm. 3, 2008, pág. 3

indicando que "la celebración de las vistas en el día señalado solo podrá suspenderse, en los siguientes supuestos (...)". El término "solo" resulta esclarecedor, cerrando la puerta a la invocación de motivo alguno distinto de los enunciados en el precepto. Con otra palabras, la literalidad de lo dispuesto en el art. 188 LEC no parece admitir otra interpretación; de este modo, y al igual que ocurría bajo la norma anterior, la celebración de las vistas en el día señalado "solo" podrá suspenderse por concurrir alguna de las siete causas mencionadas en dicho precepto; por tanto, y algún pronunciamiento formula de manera taxativa los supuestos de suspensión, sin dejar en ningún momento abierta una vía indeterminada que permita su integración con circunstancias distintas de las expresamente establecidas[10].

La existencia de alguna previsión en el elenco de la enumeración de claro carácter abstracto e indeterminado, sí evoca a la materialización de una cláusula residual, permitiendo defender la concurrencia de ciertos márgenes de actuación capaces de matizar la aparente ordenación tasada del precepto.

De esta manera, las causas de suspensión desde la entrada en vigor de la Ley de Igualdad en 2019 quedan conforme sigue: i) la existencia de una vista pendiente del día anterior; ii) por faltar el número de Magistrados necesario para dictar resolución o por indisposición sobrevenida del Juez o del Letrado de la Administración de Justicia, siempre y cuando no pudiere ser sustituido; iii) por acuerdo de las partes, alegando justa causa; iv) a modo de cajón de sastre, la imposibilidad absoluta de cualquiera de las partes citadas para ser interrogadas en el juicio o vista, siempre que tal imposibilidad quede justificada suficientemente y se hubiera producido cuando ya no fuera posible solicitar nuevo señalamiento; v) por muerte, enfermedad o imposibilidad absoluta, baja por maternidad o paternidad del Abogado de la parte que pidiere la suspensión, o situación análoga prevista en otros regímenes de previsión social, justificadas suficientemente, siempre que se garantice el derecho a la tutela judicial efectiva y no se cause indefensión; vi) por tener el Abogado defensor dos señalamientos de vista para el mismo día en distintos tribunales, resultando imposible, por el horario fijado, su asistencia a ambos; vii) como cláusula residual, la suspensión del curso de las actuaciones o la procedencia de tal suspensión de acuerdo con lo dispuesto por la norma de ritos civil.

A tenor del contenido de la anterior enumeración resulta patente la remisión reiterada del precepto al artículo 183 LEC. Este último emplea términos más flexibles y generales en la regulación del señalamiento de una nueva vista cuando a cualquiera

10. SAP Cádiz, Civil, 7 de febrero de 2005 (Proc. 3/2005)

de los que hubieren de acudir a una vista —incluyendo a los Abogados y Procuradores de las partes— le resultare imposible asistir a ella en el día señalado, por causa de fuerza mayor u otro motivo de análoga entidad. Además, el precepto hace mención a la imposibilidad del Abogado de una de las partes de acudir el día del juicio, siempre previa alegación y prueba suficiente[11].

Ahora bien, en el ámbito de la abogacía resulta especialmente relevante conocer la duración de la suspensión del juicio en aras de ponderar los posibles perjuicios para el justiciable. El aplazamiento del juicio no puede prolongarse indefinidamente y, en este sentido, el art. 189 LEC proporciona las primeras pistas al respecto: por un lado, el Letrado de la Administración de Justicia hará el nuevo señalamiento al acordarse la suspensión y, de no ser posible, tan pronto como desaparezca el motivo que la ocasionó en función del caso concreto; por otro, el nuevo señalamiento tendrá lugar en el día más inmediato posible, sin alterar el orden de los que ya estuvieran fijados. A su tenor, por tanto, otro procedimiento no puede resultar perjudicado por la celebración del suspendido anteriormente; además y, en fin, la reanudación del juicio permite afirmar la conservación de los actos procesales anteriores al momento de suspensión de la vista, sin necesidad de repetir lo actuado hasta entonces.

11. VALENCIA GARCÍA, F.: "Conciliación: ¿una asignatura pendiente?", en AA.VV. (CARRETERO GONZÁLEZ, C. Y MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F. Dirs.): Retos de la abogacía ante la sociedad global, Civitas (Madrid), 2012, pág. 983

2. Vinculación de la suspensión de vistas con el derecho de defensa garantizado constitucionalmente

En el ejercicio profesional de la abogacía pueden aparecer dificultades para conciliar las circunstancias derivadas de la maternidad o paternidad con la actividad profesional en general, y con la asistencia a vistas ante los órganos jurisdiccionales en particular. A estos efectos procede valorar el derecho de todo ciudadano a la libre elección de Abogado, así como la vinculación y la confianza establecida entre Letrado y cliente a lo largo del proceso, en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva de todo justiciable y con el derecho y deber de defensa jurídica del Abogado recogido en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, así como en el Real Decreto 135/2021, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española.

2.1. Las sustituciones en supuestos de maternidad o paternidad y el derecho de defensa

Los órganos de la abogacía, en sus respectivos ámbitos, velarán con los medios legales a su alcance para remover los impedimentos de cualquier clase que se opongan a la intervención en juicio de los Abogados, incluidos los normativos, así como para lograr el reconocimiento de la exclusividad de su actuación. Asimismo, el artículo 546.1 LOPJ recuerda la obligación de los poderes públicos de garantizar la defensa y la asistencia de Letrado, en los términos establecidos en la Constitución y en las leyes[12].

Por tanto, la sustitución de la Abogada/o en los supuestos de embarazo, parto, lactancia y permiso de maternidad o paternidad no parece la solución óptima desde el punto de vista del derecho a la libre elección de defensa y, además, no siempre resulta materialmente posible en el caso de despachos unipersonales, de pequeño tamaño o muy especializados. Tampoco es compatible con las políticas de igualdad de género, pues la adopción de dicha medida supone penalizar laboralmente a los profesionales de la abogacía a consecuencia de su maternidad o paternidad, lo cual sucederá cuando, ante estas circunstancias, el despacho donde presten sus servicios pueda considerar preferible no encomendarles determinados asuntos desde el principio, para evitar posteriormente sustituciones.

Por todo lo anterior, de acuerdo a las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con los principios generales de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, cabe defender el carácter excepcional de la figura de la sustitución Un supuesto distinto viene dado por la justicia gratuita, pues el justiciable no designa libremente al Abogado; sin embargo, los abogados del turno de oficio asumen entre sus obligaciones profesionales, las de desempeñar sus funciones de asistencia y defensa de forma real y efectiva hasta la terminación del proceso y, en su caso, la ejecución de la sentencia. De este modo, resulta necesario ponderar los intereses en juego en los casos de maternidad o paternidad, pues no siempre procede sin más la sustitución.

12. NAVARRO MASSIP, J.: "La asistencia letrada al detenido a la luz de la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la reciente doctrina del Tribunal Constitucional", Aranzadi Doctrinal, núm. 5, 2018, pág. 60

Ahora bien, la solución idónea en ningún caso consiste en imponer a las Abogadas/os la realización de actuaciones jurisdiccionales en situaciones donde puedan comprometer su salud, su embarazo o el cuidado del hijo durante el permiso estudiado[13]. En ese sentido, la defensa jurídica es tanto un deber como un derecho para los Letrados; por lo tanto, además de hacer uso de cuantos recursos establece la normativa vigente, podrán reclamar, tanto de las autoridades como de los Colegios y de los particulares, todas las medidas de ayuda configuradas legalmente[14], dentro de las cuales cabrá encuadrar las referidas a los señalamientos y las suspensiones en casos relacionados con las contingencias familiares significadas de los Letrados.

De esta forma, son obligaciones del Abogado para con la parte por él defendida, además de las derivadas de sus relaciones contractuales, el cumplimiento de la misión de defensa encomendada con el máximo celo, diligencia y guardando el secreto profesional. En principio le corresponde a quien haya asumido el asunto realizar las actuaciones profesionales más adecuadas para garantizar su debida atención —sin perjuicio de recabar ayuda de otros compañeros—, pues es la relación de confianza la base determinante para acudir a ciertos Letrados con preferencia a otros[15]. En este sentido, en el ejercicio del derecho a la asistencia letrada tienen un lugar destacado las condiciones profesionales y humanas de su Abogado y, por ello, la libre designación de este viene integrada en el ámbito protector del derecho constitucional de defensa.

En cuanto a la separación del Letrado de un asunto, el cliente no puede quedar indefenso, de acuerdo con las normas deontológicas; sin embargo, parece razonable realizar una ponderación adecuada en cada caso para preservar de una parte el buen funcionamiento de la Administración de Justicia y de otra los derechos de los clientes y de los Letrados relativos a la maternidad o paternidad. Esta ponderación debe realizarse de acuerdo con las normas sobre regulación de vistas y comparecencias ante los órganos jurisdiccionales contenidas en los artículos 182-193 LEC, de aplicación supletoria a los otros órdenes jurisdiccionales.

13. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.: "La igualdad por razón de género en los planes de igualdad", en AA.VV. (RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. Y MARTÍNEZ BARROSO, M.R., Dirs.): Propuestas para la igualdad por razón de género en los procesos de negociación colectiva, Cizur Menor (Navarra), 2016, pág. 107
14. STS, Penal, 2 de noviembre de 2016 (Proc. 821/2016)
15. CASADO ROMÁN, J. E ISÁBAL ORDÓÑEZ, E.: "La falta de suspensión de las vistas civiles por la renuncia del letrado de una de las partes litigantes", Aranzadi Doctrinal, núm. 4, 2011, pág. 1

2.2. La vía de indefensión contenida en el art. 24 CE respecto a la no suspensión por maternidad o paternidad de los Letrados/as

El derecho a la defensa y asistencia letrada, consagrado en el artículo 24.2 CE, permite al interesado encomendar su representación y asesoramiento técnico a quien merezca su confianza y considere más adecuado para instrumentar su propia defensa; máxime cuando la actuación procesal está supeditada al requisito de la postulación. La finalidad radica en asegurar la efectiva realización de los principios de igualdad de las partes y de contradicción, así como evitar desequilibrios en la posición procesal de las partes o limitaciones en la defensa de alguna de ellas causando una situación de indefensión, prohibida en todo caso en el inciso final del art. 24.1 CE[16].

Cuando la intervención de Letrado resulta preceptiva, la garantía constitucional se convierte en una exigencia estructural del proceso tendente a asegurar su correcto desenvolvimiento, cuyo sentido viene dado por satisfacer el fin común a toda asistencia letrada de lograr el adecuado desarrollo del procedimiento como mecanismo instrumental introducido por el legislador con miras a una dialéctica procesal efectiva ordenada a facilitar al órgano judicial la búsqueda de una sentencia ajustada a Derecho[17]. Por otra parte, si la intervención de Letrado no es preceptiva en un proceso determinado, tal circunstancia no priva al justiciable del derecho a la defensa y asistencia letrada reconocido en el artículo 24.2 CE, pues el carácter no preceptivo del Abogado no obliga a las partes a actuar personalmente.

El resultado de indefensión tiene causa directa e inmediata en actos u omisiones de los órganos judiciales, quedando excluidas de su ámbito protector las debidas a la pasividad, desinterés, negligencia, error técnico o impericia de los profesionales de la abogacía[18].

16. SAP Málaga, Civil, 12 de marzo de 2020 (Proc. 116/2020)
17. STC 225/2007, de 22 de octubre
18. STC 179/2014, de 3 de noviembre

A tales efectos, la indefensión constitucionalmente relevante exige, ante una transgresión de las normas de procedimiento, la obligación de observar una conducta activa por parte del Letrado interesado, denunciando la falta cometida y empleando los medios de recurso brindados por el ordenamiento jurídico para poner fin a dicha irregular situación.

La falta de asistencia letrada en la vista provoca no solo una indefensión formal, sino también otra material de superior calado, al limitar la práctica de la prueba y la formulación de conclusiones cuando haya podido razonablemente causar un perjuicio al justiciable, pues, de otra manera, la estimación del recurso de amparo tendría una consecuencia puramente formal y dilataría indebidamente el proceso[19]. La intervención directa del justiciable sin la intervención de Abogado/a resulta claramente perjudicial a sus intereses, habida cuenta de la complejidad del cauce procedimental y la ausencia de la pericia precisa para defender convenientemente sus posibles derechos, dada la dificultad técnico-jurídica de conocer y aplicar el ordenamiento jurídico, pues únicamente los profesionales especializados y experimentados en el sistema jurídico, como son singularmente los Abogados, pueden formular y debatir en el proceso ante el órgano jurisdiccional.

En consecuencia, la Ley de Enjuiciamiento Civil confía al Tribunal —o al Letrado de la Administración de Justicia— la apreciación de la maternidad o paternidad del Abogado/a como motivo justificado de suspensión de la vista, a la luz del derecho fundamental reconocido en el art. 24 CE. Así, la falta de comparecencia del Letrado/a por el nacimiento de su hijo efectivamente determina la indefensión para el cliente; consecuencia de desprotección agravada, cuando la otra parte comparece a juicio asistida de su Abogado, y ello en virtud de lo prevenido al efecto en los arts. 183.2º y 188.1.5º LEC.

En el ámbito penal, la presencia de Letrado implica, ante todo, un beneficio del propio defendido, aun cuando también constituye una garantía del correcto desenvolvimiento del proceso penal. De esta manera, frente a una acusación técnica aparece también una defensa de la misma naturaleza. Por el contrario, la incomparecencia del Abogado de una de las partes a un acto de tanta significación como es la audiencia previa produce indefensión, por cuanto, siendo el Letrado el único capaz de hacer uso de la palabra, al ser preceptiva la defensa técnica, la parte a quien defiende pierde la oportunidad, cuando menos, de proponer la prueba conducente a acreditar su posición procesal.

19. SAP Valencia, Civil, 20 de mayo de 2020 (Proc. 125/2020)

Ahora bien, la indefensión, para producir el debido efecto anulatorio, ha de ser imputable al órgano judicial. La no suspensión de la audiencia previa por maternidad o paternidad del Letrado/a de una de las partes debe ser atendida; de no hacerlo así, el derecho a la tutela judicial efectiva contenido en el art. 24 CE podría resultar lesionado. En los procedimientos administrativos la infracción de normas de ritos puede dar lugar a la indefensión prevista en el art. 24.1 CE si afecta a un procedimiento sancionador. Al respecto, el vicio de indefensión es instrumental y carece de virtualidad en sí mismo, a efectos de sopesar una posible nulidad, la cual solo existe si ha supuesto una disminución efectiva, real y trascendente de las garantías incidiendo así en la decisión de fondo. Este criterio concede eficacia subsanadora no solo a las sucesivas oportunidades de intervención a lo largo de la vía previa administrativa, sino también a la propia vía jurisdiccional y a sus trámites. La falta de alegaciones a consecuencia de las situaciones de embarazo, parto o lactancia, dan lugar a una indefensión real y efectiva.

Por otro lado, en el orden social, la declaración de nulidad de actuaciones constituye un remedio excepcional, aplicado con carácter restrictivo, pues una interpretación amplia de la posibilidad de anulación podría incluso vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. Por ello, en la actual regulación, el cotejo de los artículos 193.a) y 202 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social, permitirá seguir que procede la nulidad de la sentencia o de las actuaciones realizadas sin su comparecencia cuando concurran ciertas causas tasadas como son la indefensión o la vulneración de una norma o garantía esencial en la regulación del proceso[20]. Sobre tal interpretación encuentra acomodo la falta de suspensión cuando el Letrado/a haya justificado debidamente la situación de maternidad o paternidad.

En fin, la regla o principio de interdicción de indefensión reclaman un cuidadoso esfuerzo del órgano jurisdiccional a la hora de garantizar la plena efectividad de los derechos de defensa de ambas partes[21]. Por tanto, corresponde a los tribunales —en todas las fases del proceso— velar por la necesaria contradicción, con idénticas facultades de alegar, probar e intervenir en la prueba ajena, para controlar su correcta práctica, contradecirla y, más concretamente, interrogar o hacer interrogar a los testigos a través de sus Letrados.[22]

20. STSJ Andalucía/Sevilla, Social, 27 de mayo de 2010 (Proc. 1626/2010)
21. SAP Murcia, Civil, 9 de mayo de 2017 (Proc. 126/2017)
22. SAP Las Palmas, Civil, 17 de diciembre de 2010 (Proc. 3/2011)

3. Suspensión de vistas en relación con el supuesto de maternidad o paternidad

El contexto en el cual aparece enmarcada esta causa de suspensión exige poner de relieve la existencia de una serie de preceptos de carácter tutelar directamente vinculados a un claro fundamento biológico y, en principio, intransferibles. No obstante, este tipo de disposiciones ha ido disminuyendo con el paso del tiempo, pues, por ejemplo, quedan fuera del mentado núcleo normativo la reducción de la jornada por motivos familiares, la excedencia por cuidado de familiares o el permiso de lactancia. De este modo, el desequilibrio que presentaba la situación del hombre y de la mujer tiende a ser corregido con la introducción de medidas que pretenden reforzar tanto los derechos de la mujer en el ámbito laboral como los del hombre en el familiar[23]. Pese al poco tiempo transcurrido, la reciente modificación operada del permiso por paternidad ha confirmado que este tipo de medidas destinadas a facilitar la corresponsabilidad en las cargas familiares son propicias para obtener la deseada normalización de los derechos de conciliación de los ejercientes de la abogacía[24].

El art. 188.1.5º LEC ha establecido como causa de aplazamiento de juicio "la baja por maternidad o paternidad del abogado de la parte que pidiere la suspensión". A primera vista llama la atención la falta de técnica en la previsión legal, en tanto la expresión "baja por maternidad" pertenece al lenguaje coloquial y no es el término jurídico correcto para el tratamiento de esta figura, que debería ser "suspensión por maternidad". La tutela se concreta en la protección a la maternidad/paternidad de cualquier Abogado de las partes en el procedimiento, habida cuenta de la enorme dificultad, e incluso imposibilidad, de ejercer bajo estas circunstancias. Por tanto, la suspensión implica el cese temporal de la ejecución de las prestaciones principales de la profesión.

23. MELLA MÉNDEZ, L.: "Situación de riesgo durante el embarazo: aspectos laborales y de Seguridad Social", Aranzadi Social, núm. 5, 1999, pág. 1211
24. LÓPEZ ÁLVAREZ, M.J.: "Marco jurídico de la conciliación laboral y familiar. Luces y sombras", Revista de Ciencias y Orientación Familiar, núm. 43, 2011, pág. 127

Asimismo, la previsión vincula a los poderes públicos en la tarea de proteger las situaciones reseñadas en todas sus etapas (embarazo, parto, puerperio y lactancia), dando cumplimiento al mandato constitucional; aun cuando la norma no exige que el hijo nazca vivo, y su muerte no obsta al inicio o mantenimiento de la suspensión contractual contemplada ex art 48.4 ET, parece lógico entender que la suspensión quedará limitada al periodo mínimo obligatorio encaminado a la recuperación tanto física como psíquica de la madre[25].

Es más, el ordenamiento jurídico nacional tutela las situaciones previas y posteriores al alumbramiento en otras disposiciones de distintas ramas del ordenamiento. La más clara, sin duda es la recogida en los arts. 45 y 49 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, los cuales prevén que el contrato de trabajo podrá suspenderse por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural. De su literal y espíritu cabrá seguir que no importa en absoluto, a los efectos de adquirir el derecho de suspensión (art. 48 ET y 49 EBEP), ni el estado civil de los progenitores, ni el estatuto legal de los hijos, ofreciendo — por ende— cobertura tanto a padres o madres solteros como a hijos matrimoniales o extramatrimoniales.

El periodo de suspensión aparece subordinado a una variada casuística, extrapolable a lo dispuesto en el art. 188.1.5º LEC; previsión llamada a consagrar un verdadero derecho para los Letrados, no solo como garantía eminentemente procesal, sino como un derecho de carácter general cuya finalidad última radica en amparar los estados sujetos a consideración.

25. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: "La protección jurídico-laboral de la maternidad: algunas cuestiones pendientes", Temas Laborales, núm. 82, 2005, pág. 64

3.1. Ámbito subjetivo

El artículo 188.1.5º LEC abarca aquellos supuestos donde los Letrados o Letradas están dados de alta en alguno de los regímenes de la Seguridad Social; incluyendo, por tanto, el Régimen General y el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, es decir, el trabajo tanto por cuenta ajena como propia. Si cumplen los requisitos establecidos por la norma, obtendrán pleno reconocimiento de la suspensión[26].

Mayores problemas plantea la literalidad del precepto en cuanto hace a la alusión a "otras situaciones análogas previstas en otros sistemas de previsión social". La frase entrecomillada debe quedar referida a los ejercientes por cuenta propia dados de alta en la Mutualidad General de la Abogacía, pues originariamente no tenían reconocida la contingencia por maternidad.

Situada la particularidad en su contexto, cabrá recordar cómo el encuadramiento en la Seguridad Social era, en su origen, obligatorio, a excepción de los profesionales liberales, como sucedía con los Abogados. A partir del año 1995 la opción por la inclusión, o no, cambia el signo de la alternativa, pues pasa a ser una elección entre la Mutualidad o el Sistema público[27]. La denominación legal supone un salto cualitativo, pues la Mutualidad deja de ser obligatoria y, además de ser el sistema de previsión social de los Abogados que no pertenecen al Sistema público de pensiones, pasa a conformarse como la gestora en un sistema complementario para cuantos sí están incorporados a la Seguridad Social.

De la misma forma que nadie debería circular con un vehículo de motor sin haber concertado previamente un seguro de responsabilidad civil, menos aún debiera concebir el ejercicio de la abogacía sin tener cubiertos los riesgos más elementales. Y ello porque los profesionales de este sector también causan baja por razón de maternidad y paternidad, y deviene de todo punto necesario tener cubierto de forma suficiente este tipo de situaciones de necesidad en el seno familiar[28].

---

26. GOERLICH PESET, J.: "La relación especial de los abogados que prestan servicios en despachos de abogados, individuales o colectivos", en AA.VV. (BLASCO PELLICER, A., Coord.): El trabajo profesional de los abogados, Tirant lo Blanch (Valencia), 2012, pág. 78
27. MUÑOZ MACHADO, S.: Historia de la abogacía española, Aranzadi (Navarra), 2015, pág. 120
28. AIS CONDE, C; FELIP ARROYO, X. E IMBRODA ORTIZ, B.: "La organización básica del abogado", Cátedra Mutualidad, 2017, pág. 76

A día de hoy, la Disposición Adicional 19ª del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, dispone que las mutualidades de previsión social alternativas al RETA, de forma obligatoria, deben ofrecer a sus afiliados una cobertura análoga a la dispensada por el RETA, asegurando la maternidad, paternidad y el riesgo durante el embarazo, y otorgando las prestaciones económicas reconocidas como consecuencia de la suspensión por tales contingencias destinadas a paliar la pérdida de ingresos que sufren los Letrados.

Hasta la entrada en vigor de esta Ley, la Disposición Adicional 15ª de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, no regulaba ni qué prestaciones debían ofrecer las mutualidades para ser alternativas al régimen de autónomos, ni su cuantía. Como lógica consecuencia, tampoco contemplaba la cobertura de la suspensión por maternidad o paternidad[29]. Aun cuando el art. 15 del Real Decreto 1430/2002, de 27 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de mutualidades de previsión social, ya disponía que estas entidades podrían cubrir las contingencias por razón de maternidad, la facultad no aparece materializada hasta el año 2015. Desde esa fecha la expresión empleada por el art. 188.1.5º LEC para aludir a quienes ejercen su profesión amparados por el sistema de la Mutualidad encuentra verdadero acomodo en la normativa actual, viniendo a salvar la laguna legislativa inicial, partiendo siempre del presupuesto básico de la maternidad o paternidad de la Abogada/o como elemento causal.

29. ALFONSO MELLADO, C.: "La relación laboral especial de los abogados: derechos y deberes, contratación y contrato en prácticas, tiempo de trabajo", en AA.VV. (ALBIOL MONTESINOS, I; ALFONSO MELLADO, C.; ARADILLA MARQUÉS, M.; BLASCO PELLICER, A. Y GOERLICH PESET, J., Dirs.): La relación laboral especial de los abogados, Tirant lo Blanch (Valencia), 2007, pág. 82

3.2. Ámbito objetivo

En cuanto al ámbito objetivo de la suspensión hace, el art. 188.1.5º LEC impone una sutil línea delimitadora de carácter negativo situada en garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva y no causar indefensión. Con superior detalle, el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la tutela judicial efectiva aparece plasmado en la exigencia de ausencia de indefensión, lo cual significa que todo el proceso debe respetar el derecho a la defensa contradictoria de los contendientes mediante la oportunidad de alegar y probar cuanto a sus derechos e intereses convenga[30], pues tal es la consecuencia derivada de los principios de contradicción y audiencia bilateral, como manifestaciones elementales del derecho consagrado en el art. 24 CE[31].

En consonancia con el norte expuesto, procederá realizar una ponderación de derechos previa a la adopción de la suspensión, siguiendo un criterio fundado sobre el equilibrio entre el del Letrado al aplazamiento del juicio por concurrir causa legal, con el de la tutela judicial efectiva de la otra parte a no suspender el juicio por conllevar una dilación indebida si no está suficientemente acreditada la existencia de la causa. Así, el órgano jurisdiccional ostenta la potestad para estimar, o desestimar, la suspensión alegada en función de si a su juicio concurre la indefensión para alguna de las partes. De este modo, frente al derecho de una de las partes a la suspensión, mantiene pleno vigor el de la otra a la celebración del juicio, pues el señalamiento de una vista ocasiona indudables molestias a otros interesados, potenciales perjudicados por el aplazamiento del juicio.

En aras de la protección del derecho a la tutela efectiva, las normas reguladoras de la suspensión de actos procesales merecen una interpretación flexible y antiformalista[32], congruente con el propósito del legislador de restringir en lo posible las suspensiones inmotivadas o solapadamente dilatorias[33]. Como los derechos procesales de una de las partes se contrarrestan o compensan con los de la parte contraria, no pueden quedar amparadas actitudes carentes de la diligencia debida por parte del interesado, lesivas del derecho a la tutela judicial efectiva de la contraparte, de la garantía a un proceso sin dilaciones indebidas o a la regularidad, buen funcionamiento y, en definitiva, integridad objetiva del proceso [34].

30. STSJ Cataluña/Barcelona, Social, 31 de marzo de 2006 (Proc. 2728/2006)
31. SAP Madrid, Civil, 26 de diciembre de 2011 (Proc. 267/2011)
32. STC 86/1994, de 14 de marzo
33. STC 195/1999, de 25 de octubre
34. STC 196/1994, de 4 de julio

La mera alegación de una causa o motivo justificado no basta, ni conlleva ipso iure la suspensión del juicio[35]. Como es natural, la realidad de la causa de suspensión invocada por las situaciones familiares de los profesionales de la defensa ahora analizadas ha de ser adverada para llevar al ánimo del juzgador la realidad y entidad de la circunstancia impeditiva de la asistencia. En todo caso, "es al órgano judicial a quien corresponde apreciar la concurrencia de las circunstancias imposibilitantes de la comparecencia para acordar la suspensión del juicio, decisión que no admite discrecionalidad alguna pues se ha de adoptar en función de circunstancias concretas, probadas e idóneas para justificar la suspensión"[36].

Cuando existe una petición de suspensión, el órgano jurisdiccional debe adoptar su decisión mediante una resolución motivada, con pronunciamiento expreso sobre la causa alegada, el momento y la forma de su justificación[37]. La norma de ritos civil exige, para poder suspender una vista por razón de la maternidad o paternidad de la defensa letrada de una de las partes, una justificación suficiente de aquella circunstancia (artículo 188.1.5º LEC); locución concordante en lo esencial con la empleada en el artículo 183 LEC, para la solicitud de nuevo señalamiento, el cual demanda la acreditación cumplida de la imposibilidad de asistencia. Con unos u otros términos, la Ley deja muy clara la idea a la cual responden las normas citadas: la suspensión únicamente puede obedecer a un hecho debidamente justificado[38].

Así las cosas, y dada la relevancia que para el derecho de defensa reviste la presencia del Letrado en el acto de la vista (pues es este el único momento procesal en el cual tiene lugar la práctica de las pruebas de declaración de las partes, testificales, informes orales y contradictorios de peritos, reconocimiento judicial en su caso y reproducción de palabras, imágenes y sonidos, así como, y una vez practicadas las pruebas, la formulación de conclusiones), el Tribunal Constitucional ha declarado reiteradamente que la apreciación del cumplimiento del antecitado requisito ha de hacerse en el sentido más favorable para la efectividad de la tutela judicial, pues el art. 24.1 CE contiene un mandato implícito al legislador y al intérprete dirigido a promover la defensa mediante la correspondiente contradicción[39].

35. SAP A Coruña, Civil, 26 de febrero de 2010 (Proc. 88/2010)
36. STC 9/1993, de 18 de enero
37. STC 114/1997 de 16 junio
38. SAP Las Palmas, Civil, 21 de marzo de 2019 (Proc. 404/2019)
39. SAP Palencia, Civil, 10 de diciembre de 2009 (Proc. 364/2009)

La interpretación significada implica que, previa justificación de la imposibilidad del Letrado de acudir al acto de la vista por la concurrencia de alguno de los supuestos contenidos en el art. 188.1.5º LEC, la decisión de celebrarlo sin su presencia provoca indefensión del cliente; motivo por el cual procede acordar la nulidad de actuaciones desde la diligencia de ordenación que deniega la suspensión de la vista y, al tiempo, señalar un nuevo día para la celebración del acto.

Por otra parte, para poder apreciar una posible indefensión deviene necesario apreciar su naturaleza material y no meramente formal, lo cual implica que el pretendido defecto haya supuesto un perjuicio real y efectivo para la parte en sus posibilidades de defensa, así como una indefensión no imputable a la propia voluntad o a la falta de diligencia del interesado, esto es, el Letrado[40].

3.3. Bienes jurídicos protegidos y duración de la suspensión

Para determinar el alcance de las exigencias desplegadas por el art. 14 CE con el fin de hacer efectiva la prohibición de discriminación de las mujeres, resulta preciso atender a circunstancias tales como la peculiar incidencia que respecto de la situación laboral de aquellas tiene el hecho de la maternidad, y la lactancia[41]. En este sentido, la protección de la condición biológica y de la salud de la mujer trabajadora ha de ser compatible con la conservación de sus derechos profesionales, pues la minusvaloración o el perjuicio causado por el embarazo y su natural consecuencia reproductiva constituyen un supuesto de discriminación directa por razón de sexo[42].

No cualquier ventaja legal otorgada a la mujer resulta siempre discriminatoria para el varón por el mero hecho de no hacerlo partícipe, cuando la justificación de tal diferencia podría radicar en una situación de desventaja de la mujer a compensar; en

40. STC 250/2005, de 10 de octubre
41 . STC 214/2006, de 3 de julio
42. STC 182/2005, de 4 de julio

este caso, tiene lugar en el seno de la relación de trabajo, sin perjuicio de extender el beneficio al varón o incluso suprimirlo.

En definitiva, la protección de la mujer no queda limitada a la de su condición biológica durante el embarazo y después de este, ni a las relaciones entre la madre y el hijo durante el periodo siguiente al embarazo y al parto. Además, persigue evitar en el marco del ejercicio profesional las consecuencias físicas y psíquicas en la salud derivadas de medidas discriminatorias y afianzar, al tiempo, todos los derechos laborales correspondientes a su condición de trabajadora, al quedar prohibido cualquier perjuicio derivado de aquel estado[43]. Según criterio del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el derecho al permiso de maternidad reconocido a favor de las mujeres embarazadas constituye un medio de protección del Derecho social de particular importancia[44].

Este permiso tiene por objeto, de una parte, la protección de la condición biológica de la mujer durante el embarazo y después de este; de otra, la tutela de las especiales relaciones entre la mujer y su hijo durante el periodo siguiente al embarazo y al parto, evitando la acumulación de cargas derivada del ejercicio simultáneo de la actividad profesional.

En virtud del art. 8 de la Directiva 92/85, del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia, el beneficio social reconocido debe incluir un permiso obligatorio de como mínimo dos semanas, distribuidas antes y/o después del parto, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales.

En este sentido, el art. 48.4º ET, va más allá de estas disposiciones mínimas, pues la duración del permiso alcanza dieciséis semanas ininterrumpidas, a jornada completa, de las cuales las seis semanas inmediatamente posteriores al parto son de descanso obligatorio para la madre, a fin de propiciar la recuperación de su salud[45]. Puede ser disfrutado, a opción de la trabajadora, bien de forma simultánea o sucesiva (en cuyo caso habría de serlo en periodos semanales acumulados o independientes), bien a jornada completa o parcial (previo acuerdo entre la empresa y la persona trabajadora)

43. STC 324/2006, de 20 de noviembre
44. STJUE 20 septiembre 2007 (C-116/06), asunto Kiiski, apartado 49
45. LLORENS ESPADA, J.: "Nuevos retos de las prestaciones de la Seguridad Social por maternidad y paternidad", Lan Harremanak, núm. 38, 2017, pág. 129

desde la finalización del periodo obligatorio hasta los 12 meses del hijo. La interesada deberá comunicar a la empresa cada periodo semanal o acumulación de periodos con una antelación mínima de 15 días.

A salvo del periodo de descanso obligatorio inmediato al parto, el padre (o el otro progenitor u otra progenitora) puede hacer uso de parte o de todo el permiso maternal, siempre y cuando ambos trabajen, respetando el límite máximo de 10 semanas[46]. En el supuesto de fallecimiento de la madre, el otro progenitor hará uso de la totalidad, en su caso, o de la parte restante desde la fecha del parto. Cuando la madre biológica hubiera cedido parte de su descanso al otro progenitor, este podrá ejercer el derecho transferido, aun cuando en la fecha prevista para su inicio la madre se encontrará en situación de incapacidad temporal.

El permiso es ampliable en dos semanas más por cada hija o hijo a partir del segundo, en caso de parto múltiple, al igual que por nacimiento de un bebé con discapacidad (una semana para cada progenitor). Si el recién nacido ha de permanecer hospitalizado, el periodo de descanso puede ser ampliado hasta un máximo de 13 semanas. La ampliación solo es aplicable en los casos de parto prematuro, así como en las hospitalizaciones de más de una semana tras el nacimiento del hijo, con la finalidad de evitar la llegada a casa del recién nacido, tras su necesaria estancia en el hospital, al tiempo de la reincorporación de la madre a su trabajo por haber agotado el correspondiente permiso.

Cuando la mujer contrajera una enfermedad durante este tiempo de descanso retribuido susceptible de ser calificada como incapacidad temporal por enfermedad, y esta finaliza en una fecha anterior a la expiración de aquel, no se verá privada del derecho a seguir disfrutando, después de esta fecha, de cuanto restara hasta la expiración del periodo mínimo, debiendo calcular dicho periodo a partir de la fecha del inicio del permiso de maternidad. Su duración tiene por objetivo garantizar a la madre la posibilidad de atender a su hijo recién nacido en las semanas siguientes al parto. Por lo tanto, salvo en casos excepcionales, no puede ser privada de esta garantía por motivos de salud[47].

En los casos de adopción y acogimiento, cuando ambos progenitores trabajan, quedará distribuido a opción de los interesados, quienes podrán disfrutarlo de forma

46. LOUSADA AROCHENA, F. Y RON LATAS, R.P.: "La protección por maternidad de las abogadas en el ejercicio libre de la profesión y el disfrute por el padre", Revista de Derecho de la Seguridad Social, núm. 17, 2018, pág. 135
47. CABEZA PEREIRO, J.: "Maternidad y riesgos laborales", Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 17, 2006, pág. 231

simultánea o sucesiva, en periodos ininterrumpidos y sin exceder de las 28 semanas entre ambos progenitores, siempre y cuando el niño sea menor de seis años. El periodo de descaso obligatorio es de 6 semanas para cada uno de los progenitores, a jornada completa, inmediatamente después de la resolución judicial. El periodo voluntario es de 16 semanas, acumuladas o interrumpidas en periodos semanales solo si trabajan ambos progenitores, en régimen de jornada completa o parcial desde la finalización del periodo obligatorio hasta los 12 meses siguientes a la resolución judicial o decisión administrativa de adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento. Uno de los progenitores podrá disfrutar individualmente de un máximo de 10 semanas sobre las dieciséis semanas totales de disfrute voluntario, quedando al menos seis de las dieciséis semanas a disposición del otro progenitor. En los supuestos de adopción internacional, cuando sea necesario el desplazamiento previo de los progenitores al país del adoptado, el periodo de suspensión podrá comenzar hasta 4 semanas antes de la resolución de adopción.

Por su parte, el permiso de lactancia, también llamado cuidado del hijo lactante, puede ser disfrutado por los dos progenitores, adoptantes, guardadores con fines de adopción o acogedores de carácter permanente, cuando ambos trabajen, para el cuidado del lactante hasta el momento en el cual cumpla nueve meses o los doce meses de edad (en caso de prolongar el permiso). Así, claramente ha perdido hoy en día la vinculación con la lactancia natural y con la condición biológica de la maternidad.

La situación protegida es la ausencia de una hora del trabajo, divisible en dos fracciones, de acuerdo con lo previsto en el art. 37.4 ET (otra opción, viene dada por acumular estas horas en jornadas completas, con el objetivo de alargar la lactancia de forma continuada)[48]. La reducción de jornada —en media hora o acumulada— está contemplada como un derecho individual de las personas trabajadoras y su ejercicio resulta intransferible al otro progenitor, adoptante, guardador o acogedor.

El permiso de lactancia es, en la mayoría de los casos, incompatible con el subsidio por riesgo durante la lactancia. Si la trabajadora no acude al trabajo porque es peligroso, lógicamente no puede disfrutar de reducción horaria alguna ligada al hecho de estar trabajando. Aun cuando la expresión popular obedece a "baja por riesgo en la lactancia", el permiso no es ni una baja ni tampoco implica un periodo de incapacidad temporal. Es decir, la existencia de un riesgo para la madre o el bebé no depende de la valoración de un médico de atención primaria o de la mutua, sino de

48. SEMPERE NAVARRO, A.: "¿Cuándo y cómo se acumula el permiso por lactancia?", Aranzadi Doctrinal, núm. 7, 2018, pág. 9

las normas de seguridad y salud laborales en su caso interpretadas por los médicos del servicio de prevención. En cuanto al permiso por riesgo durante el embarazo hace, tanto las Letradas por cuenta ajena como por cuenta propia pueden ser beneficiarias. La prestación protege el periodo de suspensión del contrato en los supuestos en los cuales la trabajadora embarazada ocupa un puesto de trabajo con riesgo para su salud o la del feto (ocasionado por agentes, procedimientos o condiciones del trabajo o de la actividad desarrollada) y no ha sido factible adaptarlo de forma compatible con su estado, ni reubicarla en otro sin riesgo[49].

Bajo tal contexto, el Real Decreto-ley 6/2019 implementó algunos cambios trascendentes en cuanto a la forma de disfrute de los permisos por maternidad y paternidad. La novedad principal fue, sin duda, la ampliación —progresiva— de la duración del permiso del progenitor diferente de la madre biológica a 8 semanas desde el 1 de abril del 2019, a 12 semanas a partir del 1 de enero del 2020, y a 16 semanas desde el primer día del 2021. De este modo, la normativa introduce un elemento de equiparación real hacia la igualdad en el acceso al empleo de hombres y mujeres, no en vano al empresario también le resultará gravoso un eventual permiso a solicitud del padre[50].

Esta suspensión es independiente del disfrute compartido de los periodos de descanso regulados en el art. 48.4º ET. En el supuesto de parto, la suspensión corresponde exclusivamente al otro progenitor; en los casos de adopción o acogimiento, queda atribuido a uno solo de los progenitores, a elección de los interesados. Sin embargo, cuando el descanso maternal fuera disfrutado en su totalidad por uno de los progenitores, el derecho a la suspensión por paternidad únicamente podrá ser ejercido por el otro.

Este último permiso —de carácter intransferible— supone un avance efectivo en la corresponsabilidad en las tareas domésticas y responsabilidades familiares. Al tiempo, los países del entorno han ido introduciendo y ampliando los descansos exclusivos para los padres, con carácter intransferible y retribución próxima al 100% del salario; solo una minoría disfruta alguna parte de los permisos cedidos por la madre o de retribución insuficiente[51].

---

49. ROMERAL HERNÁNDEZ, J.: "El riesgo durante la lactancia natural: prevención y protección social", Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 217, 2019, pág. 37
50. PERÁN QUESADA, S.: "De la tutela diferenciada de la maternidad y la paternidad a la protección por nacimiento y cuidado de menor desde una perspectiva constitucional", Revista de Derecho de la Seguridad Social, núm. 20, 2019, pág. 130
51. BALLESTER PASTOR, A.: "De los permisos parentales a la conciliación", Derecho de las Relaciones Laborales, núm. 11, 2019, pág. 1109

Además, la duración del descanso obligatorio ha sido de 2 semanas, 4 semanas y 6 semanas en los años 2019, 2020 y 2021 respectivamente, a jornada completa e inmediatamente después del nacimiento o resolución de adopción o acogimiento. El descanso voluntario, por su parte quedó fijado en 6 semanas, 8 semanas y 10 semanas en 2019, 2020 y 2021, a jornada completa o parcial, continuadas o interrumpidas. En este último caso, y solo si ambos progenitores trabajan, podrá ser disfrutado desde la finalización de las seis semanas obligatorias para la madre o con posterioridad a la finalización de los permisos por nacimiento y/o adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento. Por último, la duración en el supuesto de parto, adopción, acogimiento o guarda múltiples será de dos semanas más por cada hijo a partir del segundo. La última semana del periodo de descanso, por su parte, podrá ser disfrutada de forma independiente en otro momento dentro de los 12 meses siguientes a la fecha del nacimiento del hijo. La novedad de incluir el cuidado del menor a lo largo del primer año de vida implica asumir un principio rector en la crianza fuera del ámbito circunscrito al hecho del parto. Igualmente, la ampliación de la duración del permiso en 2 semanas resulta aplicable en caso de hijo con discapacidad en nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento.

3.3.1. Prestación por nacimiento y cuidado de menor

El Real Decreto-ley 6/2019, con el fin de garantizar la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, procede a cambiar la denominación de las prestaciones por maternidad y paternidad y modifica algunos aspectos de su régimen jurídico[52]. Son situaciones protegidas los periodos de descanso y permisos por nacimiento de hijo, la adopción, la guarda con fines de adopción y el acogimiento familiar. En este último caso, de acuerdo con el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, los supuestos de adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, tanto temporal como permanente, serán los establecidos en el Código Civil o en las leyes civiles de las comunidades autónomas, debiendo tener el acogimiento temporal una duración no inferior a un año[53].

52. MERCADER UGUINA, J.: "En busca de la ontología de la igualdad en lo social", Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social, Vol. 2, núm. 1, 2021, pág. 153.
53. SÁEZ LARA, C.: "Naturaleza y titularidad del permiso de maternidad", en AA.VV. (GÁRATE CASTRO, F. Y MANEIRO VÁZQUEZ, Y., Dirs.): Las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales sobre política social planteadas por órganos jurisdiccionales españoles, Universidad de Santiago de Compostela (Santiago de Compostela), 2020, pág. 553

Serán beneficiarias las personas trabajadoras por cuenta ajena o propia, sin distinción por sexo, siempre y cuando estén en situación de alta o asimilada al alta, disfruten de los periodos de descanso/permiso por nacimiento y cuidado de menor y acrediten los periodos mínimos de cotización exigibles en cada ocasión[54]. No obstante, también serán beneficiarias del subsidio por nacimiento las trabajadoras por cuenta ajena o propia que, en caso de parto, reúnan todos los requisitos establecidos para acceder a la prestación por nacimiento y cuidado de menor, salvo el periodo mínimo de cotización.

Si el trabajador acredita menos de 21 años de edad en la fecha del parto o en la fecha de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial de adopción, no será exigible periodo mínimo de cotización. En cambio, cuando el trabajador tuviera cumplidos entre 21 y menos de 26 años de edad en la fecha del parto o en la fecha de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial de adopción, el periodo de cotización mínimo será de 90 días dentro de los 7 años inmediatamente anteriores al momento del inicio del descanso o, alternativamente, 180 días cotizados a lo largo de su vida laboral con anterioridad a dicha fecha. Por último, si el trabajador hubiera cumplido 26 años de edad en la fecha del parto o en la fecha de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial de adopción, el periodo de cotización mínimo será de 180 días dentro de los 7 años inmediatamente anteriores al momento del inicio del descanso o, alternativamente, 360 días cotizados a lo largo de su vida laboral con anterioridad a dicha fecha.

Como regla general, la prestación económica consiste en un subsidio equivalente al 100% de la base reguladora, cuyo importe será igual a la correspondiente para la prestación de incapacidad temporal, derivada de riesgo común, tomando como referencia la fecha del inicio del descanso. La duración del subsidio será la de los periodos de descanso o permisos disfrutados, de acuerdo con lo previsto en el art. 48.4, 5 y 6 ET y en el art. 49 a) y b) y c) EBEP. A partir del 1 de enero de 2021, cada progenitor, adoptante, guardador o acogedor accederá a idéntico periodo de suspensión.

En caso de parto, la madre o padre tendrán derecho al subsidio a partir del mismo día en el cual dé comienzo el periodo de descanso correspondiente, esto es, desde el mismo día de la fecha del parto o la del inicio si la data fuera anterior. La madre

54. MONEREO PÉREZ, J.L., Y GUINDO MORALES, S.: "El principio de igualdad en el complemento de maternidad en las pensiones contributivas del Sistema de la Seguridad Social", La Ley Unión Europea, núm. 85, 2020, pág. 151

biológica podrá comenzar el descanso con una antelación de 4 semanas a la fecha prevista para el parto, fecha fijada en el informe de maternidad del Servicio Público de Salud. En el supuesto en el cual la madre biológica estuviera en situación de incapacidad laboral, el inicio del descanso y consiguiente subsidio tendrá lugar en todo caso, en la fecha del parto[55]. Por su parte, en el supuesto de adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, nace, bien a partir de la fecha de la resolución judicial de la adopción, bien de la decisión administrativa de guarda con fines de adopción o de acogimiento. En los supuestos de adopción internacional, cuando sea necesario el desplazamiento previo de los padres al país de origen del adoptado, podrá iniciarse el subsidio hasta cuatro semanas antes de la resolución de adopción.

El derecho a la prestación puede ser denegado, anulado o suspendido cuando el beneficiario actúe fraudulentamente para obtener o conservar la prestación, o trabaje por cuenta propia o ajena durante los correspondientes periodos de descanso.

3.3.2. Subsidio no contributivo por nacimiento

Resultan beneficiarias del subsidio especial por maternidad no contributivo las trabajadoras por cuenta ajena cuando, en caso de parto, reúnan todos los requisitos establecidos para acceder a la prestación por nacimiento y cuidado de menor, salvo el periodo mínimo de cotización[56]. Su cuantía será igual al 100% del IPREM vigente en cada momento, salvo si la base reguladora, calculada conforme a las reglas establecidas para el subsidio por nacimiento y cuidado de menor, fuera de cuantía inferior, en cuyo caso a esta procederá estar. Su duración será, como regla general, de cuarenta y dos días naturales a contar desde el parto.

55. DESDENTADO BONETE, A. Y BARRIOS BAUDOR, G.: "La incapacidad temporal, el riesgo durante el embarazo y la maternidad", Manuales de Formación Continuada, núm. 20, 2002, pág. 714
56. MOLINA NAVARRETE, C.: "Permisos por nacimiento y recelo comunitario de acumularlos en la mujer", Revista de Trabajo y Seguridad Social (CEF), núm. 454, 2021, pág. 164

3.3.3. Corresponsabilidad en el cuidado del lactante

La acreditación del ejercicio responsable del cuidado del lactante ha de ser realizada mediante certificación de la reducción de la jornada por las empresas donde trabajen sus progenitores, adoptantes, guardadores o acogedores. Para el acceso al derecho de esta prestación económica constituyen requisitos esenciales el de reunir la condición general de estar afiliados y en alta en algún régimen del sistema de la Seguridad Social, así como acreditar los periodos mínimos de cotización exigibles para la prestación por nacimiento y cuidado de menor.

Cuando ambos progenitores, adoptantes, guardadores con fines de adopción o acogedores de carácter permanente reúnan las condiciones para ser beneficiarios de la prestación, el derecho a percibirla solo podrá ser reconocido a favor de uno de ellos. La prestación económica consistirá en un subsidio, de devengo diario, equivalente al 100% de la base reguladora establecida para la prestación por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, y en proporción a la reducción que experimente la jornada de trabajo.[57]

3.3.4. El derecho a la prestación por riesgo durante el embarazo y la lactancia. Dinámica de la protección

Son beneficiarias las trabajadoras por cuenta ajena y socias trabajadoras de sociedades cooperativas o laborales, en situación de suspensión de contrato o permiso por riesgo durante el embarazo, siempre y cuando reúnan el requisito de estar afiliadas y en alta en alguno de los regímenes del Sistema de la Seguridad Social en la fecha de inicio de la suspensión. Al atribuir la naturaleza de prestación derivada de riesgos profesionales, no cabe periodo de carencia para resultar beneficiaria de este subsidio.

Como consecuencia de dicha naturaleza, las trabajadoras por cuenta ajena serán consideradas, de pleno derecho, en situación de alta, aun cuando la empresa hubiera incumplido sus obligaciones.

57. GORELLI HERNÁNDEZ, J.: "La corresponsabilidad a través de la Seguridad Social: las nuevas prestaciones por nacimiento y lactancia", Revista de Derecho de la Seguridad Social, núm. 20, 2019, pág. 47

Como norma general, la prestación económica consiste en un subsidio equivalente al 100% de la base reguladora correspondiente a la prestación de incapacidad temporal derivada de riesgos profesionales. El derecho al subsidio nace desde el mismo día de inicio de la suspensión del contrato de trabajo o el permiso por riesgo durante el embarazo.

El abono de la prestación queda vinculado a la duración del periodo de suspensión o permiso necesario para la protección de la seguridad o de la salud de la trabajadora embarazada y/o del feto, finalizando el día anterior al inicio de la suspensión del contrato de trabajo por nacimiento de menor o el de reincorporación de la mujer trabajadora a su puesto de trabajo anterior o a otro compatible con su estado[58].

Por su parte, el derecho al subsidio por lactancia nace desde el mismo día de inicio de la suspensión del contrato de trabajo por este riesgo, aunque proceda el reconocimiento en tanto siga vigente el periodo de descanso por nacimiento de menor[59]. De nuevo, el abono de la prestación aparece vinculado al periodo necesario para la protección de la salud de la trabajadora y/o del hijo, como máximo hasta los 9 meses de este, salvo cuando la beneficiaria haya sido reincorporada con anterioridad a su puesto de trabajo o a otro compatible con su situación o sustituya la lactancia natural por una artificial, pues cuánto se pretende es evitar que la madre al estar expuesta a agentes tóxicos en el lugar de trabajo pueda poner en riesgo al lactante transmitiendo sustancias nocivas.

3.3.5. Protección otorgada por la Mutualidad de la Abogacía

Las prestaciones otorgadas por las mutualidades, en su condición de alternativas al Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, cuando adopten la forma de renta, habrán de alcanzar en el momento de acaecer el hecho causante señalado, un importe no inferior al 60 por 100 de la cuantía mínima inicial cubierta para la respectiva clase de pensión en el Sistema de la Seguridad Social; o, si resultara superior, el importe establecido para las pensiones no

58. MORENO I GENÉ, J. Y ROMERO BURILLO, A.: Maternidad y salud laboral: la protección de la salud laboral de la trabajadora embarazada, de parto reciente y en período de lactancia, Tirant lo Blanch (Valencia), 2000, pág. 73
59. BARCELÓN COBEDO, S.: "La contingencia protegida por la prestación de riesgo durante la lactancia", Aranzadi Social, núm.5, 2012, pág. 276

contributivas de la Seguridad Social[60]. Cuando las prestaciones adoptaran la forma de capital, este no podrá ser inferior al importe capitalizado de la cuantía mínima establecida para caso de renta.

Las mutualidades también cumplen con la obligación reseñada de cuantía mínima de la prestación, si las cuotas a satisfacer por el mutualista equivalen al 80 por 100 de la cuota mínima con carácter general en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, y ello con independencia de las contingencias contratadas con la mutualidad alternativa.

En el caso de la Mutualidad de la Abogacía, la cobertura de la protección por maternidad es obligatoria y la prestación consiste en el pago de una cantidad a tanto alzado equivalente a 60 días del capital suscrito, en coherencia con el sistema de capitalización individual y de aportación definida que rige frente al sistema de prestaciones definidas financiadas mediante el sistema de reparto, propio del sistema público de Seguridad Social. A estos efectos, resulta irrelevante que la prestación otorgada por la Mutualidad de la Abogacía sea una cantidad a tanto alzado y no una prestación periódica durante un cierto tiempo.

La distinción de requisitos entre los diferentes y sucesivos regímenes de previsión social y de Seguridad Social no es discriminatoria, sino acomodación de beneficios a las cargas soportadas, en un sinalagma característico de las relaciones bilaterales, y ello aun cuando esta relación —Entidad Gestora y beneficiario— aparece obligatoriamente influida por principios rectores de política social, sin poder seguir un aparente y simplista criterio de igualación, pues ante diferentes supuestos y situaciones lo "igual" es distinto[61].

60. STSJ Islas Canarias/Santa Cruz de Tenerife, Social, 1 de febrero de 2016 (Proc. 69/2016)
61. STS, Social, 30 de junio de 2020 (Proc. 561/2020)

3.4. Exigencias formales

Los titulares de órganos jurisdiccionales unipersonales y los presidentes de Sala o Sección en los Tribunales colegiados fijarán los criterios generales y darán las concretas y específicas instrucciones con arreglo a los cuales habrá de tener lugar el señalamiento de las vistas. Las pautas deben de ser adaptadas a la luz de los principios informadores de la Ley Orgánica 3/2007 de protección a la maternidad y paternidad, lo cual permitirá prever el número de suspensiones, mejorando, a su vez, el funcionamiento de la Administración de Justicia al evitar dilaciones indebidas[62]. Los órganos judiciales ostentan una amplia discrecionalidad a la hora de establecer las pautas generales y orientativas para fijar las vistas; por tanto, cabrá atender a los supuestos de embarazo, parto, lactancia o permiso de maternidad/paternidad, en particular a efectos de señalamientos.

Las Oficinas Judiciales, sin perjuicio del carácter excepcional de la suspensión de las vistas, deben tener siempre en cuenta el carácter personal del encargo realizado por el justiciable a favor de un Abogado/a concreto/a, intentando evitar sustituciones, en aras de garantizar el derecho de defensa del asistido. La posibilidad de sustitución de un Letrado con causa de suspensión por otro, sea o no del mismo despacho profesional, aun cuando forme parte de uno colectivo, no podrá ser obligada, debiendo atender a la decisión del justiciable y del profesional al respecto.

Conforme ocurre con el común de las causas de suspensión, que para solicitar debidamente el aplazamiento del juicio, el profesional interesado habrá de presentar en el proceso, de forma telemática o en formato papel, una copia en idéntico formato de la resolución en la cual conste el señalamiento de la fecha del juicio; en su caso, si son juicios en los cuales no conste resolución escrita sobre la fecha de su celebración, certificación del señalamiento expedida por el Letrado de la Administración de Justicia en la cual conste la petición de suspensión.

Asimismo, facilitará los datos identificativos propios y del resto de interesados en el procedimiento a fin de que el órgano judicial pueda informar debidamente a las

62. ESQUIVIAS JARAMILLO, J.: "Suspensión del juicio. Dilaciones", Revista Práctica de Derecho (CEF), núm. 40, 2004, pág. 53

partes en caso de acordar la suspensión. La causa debe ser alegada antes del juicio, nunca con posterioridad a su celebración, pues mal cabe suspender cuanto ya ha ocurrido. De presentar la solicitud extemporáneamente habrá precluido el momento procesal oportuno para solicitar y lograr el acuerdo de suspensión de la vista y su nuevo señalamiento[63].

De manera similar, la mayor parte de los tribunales condicionan la estimación de esta causa de suspensión a la aportación adecuada de documento probatorio. La carga de comunicar por cualquier medio el motivo de suspensión en tiempo y forma recae sobre la defensa[64], no siendo suficiente con una mera alegación sin soporte probatorio alguno; de manera tal que si los documentos aportados ni acreditan, ni siquiera permiten sospechar, la causa de suspensión invocada, el órgano jurisdiccional desestimará de pleno la solicitud. Cuando el interesado sea el propio Letrado, la norma exige la justificación y alegación temporánea de la causa; por consiguiente, deberá ser solicitada tan pronto como se tenga conocimiento de la concurrencia de las dos circunstancias, es decir, tanto de la maternidad/paternidad, como de la vista.

En relación con los documentos aportados para justificar la situación, cabrá diferenciar dos supuestos fundamentales: de un lado, y por lo común, el certificado acreditativo expedido por la Seguridad Social; de otro, y para el caso de un régimen de protección social distinto al común, los escritos justificativos de la maternidad. Una solución válida para ambas variantes consistirá en aportar el informe de maternidad contemplado en el art. 12 del Real Decreto 251/2001, de 16 de noviembre, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad y riesgo durante el embarazo.

El facultativo del Servicio Público de Salud que atienda a la trabajadora embarazada realizará un informe de maternidad en el cual certificará, según los casos, la fecha probable del parto, cuando la trabajadora inicie el descanso con anterioridad a aquel, la fecha del parto o el estado de salud de la mujer con posterioridad. Si, por el contrario, es una circunstancia análoga a la maternidad, el documento a aportar resultará ser, o bien la resolución administrativa, o bien la resolución judicial donde quede establecida la filiación.

La buena fe procesal, unida a la exigencia de realización de los actos de conservación del propio derecho, requiere la máxima diligencia del Letrado/a interesado en

63. ADÁN DOMÈNECH, F.: "Causas de suspensión de los juicios civiles", Actualidad Civil, núm. 15, 2006, pág. 1879
64. SAP Zaragoza, Civil, 5 de mayo de 2005 (Proc. 250/2005)

la suspensión no solo para realizar la aportación documental, sino para, de no ser atendida, subsanar cualquier defecto o completar el vacío detectado. De no obrar con la debida diligencia, no cabrá reclamación ulterior. Con la finalidad de evitar dilaciones indebidas y poner coto a eventuales tácticas dilatorias de las partes no resulta posible la inasistencia del Abogado de una de las partes al acto del juicio, sin haber denunciado previamente la infracción de lo dispuesto en el artículo 188.1.5º LEC[65].

De examinar los supuestos concretos, el criterio general viene dado por la suspensión de los actos donde deba intervenir la Letrada/o afectada durante 16 semanas, 6 de las cuales deberán ser obligatoriamente disfrutadas tras el parto. En caso de adopción procederá la suspensión de todos los actos judiciales durante 16 semanas. En el supuesto dado por un embarazo de riesgo, cabría solicitar igualmente la suspensión mientras dure dicha situación. El plazo computará desde la fecha de emisión del justificante médico acreditativo, firmado por un médico especialista, quien deberá valorar la posibilidad o imposibilidad de la gestante de realizar las funciones propias de la abogacía.

La dirección técnica del procedimiento debe ser ejercida de forma efectiva, con la dedicación debida y las condiciones precisas para su desarrollo con las mayores garantías; motivo por el cual la suspensión por estado de maternidad procede siempre y cuando el facultativo correspondiente prescriba reposo absoluto por dolencia o circunstancia especial, así como cualquier otra situación de análoga relevancia.

En caso de coincidencia de un señalamiento con una intervención clínica o periodo de reposo realizado por prescripción médica relacionados con tratamiento de fertilidad, sería posible solicitar la suspensión del señalamiento acreditando la concurrencia de las situaciones.

Además, desde el momento en el cual conste la fecha orientativa del parto, la Abogada podrá solicitar la suspensión de todos los actos procesales señalados dentro de los 10 días anteriores y de los 60 días posteriores a dicha fecha, en atención a los Protocolos de suspensión de vistas acordados entre los Colegios de Abogados y el Consejo General de la Abogacía Española. Para los Letrados, la suspensión será de 30 o 60 días desde el nacimiento (en función del protocolo). En cualquiera de estos casos, el nuevo señalamiento habrá de ser efectuado dentro de un periodo razonable

65. SAP Las Palmas, Civil, 21 de marzo de 2019 (Proc. 404/2019)

de tiempo; por lo normal quedará fijado una vez transcurrido el plazo de 60 días para las Abogadas y 30 para los Abogados.

Ahora bien, la fecha orientativa del alumbramiento también debe ser justificada. El Ilustre Colegio de Abogados de Baleares (ICAIB), ha ido un paso más allá al reconocer la suspensión de los plazos procesales durante los 20 días anteriores al día previsto para el parto. Constituye, además, un acuerdo en favor del justiciable, pues la Abogada a punto de dar a luz no está en situación propicia para defender al cliente. Este nuevo acuerdo no es de aplicación obligatoria, pero sí recomendable a todos los órganos judiciales, no en vano el objetivo último radica en conseguir avances en la conciliación de los profesionales de la abogacía.

Aun cuando consensuar estos protocolos de actuación con los Jueces y Magistrados puede resultar una actuación efectiva, en realidad no dejan de ser meras recomendaciones que atenderán cuando estimen oportuno. Asimismo, resulta sencillo observar ciertos problemas aplicativos: de un lado, parece más adecuado equiparar la duración de los plazos de los días posteriores al parto con la de los permisos cuando estos existan formalmente; de otro, procede la unificación de criterios y la equiparación de la duración de la suspensión para Abogados y Abogadas, en aras de no consolidar roles de género, así como, la elaboración de propuestas más amplias, pues los protocolos actuales no cubren todos los escenarios posibles.

Los criterios antecitados son aplicables a todos los procesos, con independencia de la categoría o grado del órgano judicial ante el cual sean tramitados. La resolución procesal destinada a resolver la petición de suspensión y fijar nuevo señalamiento será dictada a la mayor brevedad posible y notificada de forma inmediata, en el día más cercano libre, conforme a la agenda programada de señalamientos e instrucciones del Juez o Tribunal a aquella incorporados. El art. 189 LEC supedita el señalamiento de la nueva fecha para la vista suspendida a la desaparición del motivo que la ocasionó.

Por último, no cabe desconocer cómo, en la práctica, la suspensión de vistas por el motivo analizado ha quedado en numerosas ocasiones sujeta a la comunicación al compañero de la contingencia, y a la presentación de un escrito conjunto firmado por ambos Letrados solicitándola de conformidad con cuanto establece el art. 19 LEC, debiendo ser acordada obligatoriamente, salvo si perjudica intereses generales o de terceros.

En esta misma línea, una solución provisional con resultados variables ha sido la de solicitar la suspensión argumentando razones de fuerza mayor[66]. El problema principal venía dado por encuadrar la situación de parto en tal categoría, pues el artículo 1105 CC establece que, fuera de los casos expresamente señalados en la ley, nadie responde de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que previstos, fueran inevitables. Dicho de otra manera, la aplicación legal y práctica incluye los sucesos totalmente insólitos y extraordinarios, aun cuando no imposibles físicamente y, por tanto, previsibles en teoría. Por tanto, no cabrá exigir la superación de dificultades susceptibles de ser equiparadas a la imposibilidad por exigir sacrificio absolutamente desproporcionado, como el caso de realizar actividades propias de la abogacía ante la situación de nacimiento de un hijo.

3.5. Tratamiento jurisprudencial

Las sentencias analizadas para ilustrar la exposición sirven para encuadrar el debate acerca del justo equilibrio entre las necesidades organizativas de los despachos profesionales y el deseo legítimo de los Abogados/as de compaginar las obligaciones derivadas del ejercicio de su profesión con el correcto desarrollo de su vida personal y familiar. La suspensión de las vistas, como medida tendente a la conciliación, puede constituir un instrumento funcional para la protección de la igualdad material entre hombres y mujeres en el desempeño del trabajo.

El propósito del discurso en este punto radica en dar cuenta de diversos litigios, extractando tanto los antecedentes de hecho objeto de la controversia como los fundamentos jurídicos sobre los cuales aparece cimentado el fallo. En congruencia con lo anterior, poner de relieve aquellas contradicciones interpretativas fruto de la redacción confusa de las disposiciones legales y de la resistencia de cierta práctica forense a estimar la suspensión de vistas por maternidad o paternidad.

66. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ J.J.: Despido por fuerza mayor, Civitas (Madrid), 2003, págs. 37-42

En primer lugar, procede analizar los pronunciamientos que, anteponiendo un proceso rápido y ágil sin demasiadas dilaciones a los derechos de conciliación y corresponsabilidad, resuelven la improcedencia de la suspensión, para, en segundo lugar, estudiar una serie de resoluciones favorables al aplazamiento.

3.5.1. Argumentos judiciales en contra de la suspensión

La denegación a los Abogados de la suspensión de un juicio, a pesar de haber sido señalado en una fecha próxima a la prevista para el nacimiento de su hijo, ha resultado ser una práctica lamentablemente acogida por algunos juzgados. Además, requerían a los clientes para la designación de nuevos Letrados, con la advertencia de que, de no hacerlo, les serían designados de oficio.

Los antecedentes a estas decisiones tan polémicas muestran cómo, una vez fijada la vista, los Letrados presentaron el correspondiente informe donde constaba la fecha prevista para el nacimiento de su hijo, momento en el cual solicitaron la suspensión de esa vista y la fijación de una nueva fecha para su celebración.

La denegación obedece a que, en opinión de quien juzga, constituía una baja de previsible larga duración y el procedimiento ya había sufrido cierta dilación[67]. Traslada así a las partes el problema derivado del lento funcionamiento de una actividad judicial lo cual, por otra parte, no siempre había tenido lugar, pues la instrucción no duraba más de seis meses.

La gravedad de la resolución reside en la separación de los Letrados del procedimiento, vulnerando tanto el derecho de la madre a no ser discriminada por razón de sexo, a su intimidad personal (pues los juzgados notificaban a los clientes su estado de gestación), los derechos de ambos a no ver lesionado el derecho al trabajo por el simple hecho de ser padres, así como los derivados de conciliación de la vida personal, familiar y laboral al amparo de lo establecido en la Constitución Española, en la Ley Orgánica 3/2007 y en el Real Decreto- ley 6/2019.

67. Providencia Juzgado de lo Penal 2,Cáceres, 15 diciembre 2020, en **https://www.elperiodicoextremadura.com/caceres-local/2020/12/25/deniegan- letrada-aplazar-juicio-fecha-43806427.html**

Asimismo, estas resoluciones vacían de contenido el derecho a la libre designación de Abogado y perjudican el derecho a la defensa, por imponer un Letrado distinto a los elegidos por los justiciables para su defensa, habida cuenta de que las relaciones entre un abogado y su cliente son intuitu personae, o de recíproca y leal confianza[68]. Sin olvidar que la designación de profesionales de oficio por orden judicial, cuando el justiciable no ostenta el beneficio de justicia gratuita, puede acarrear como consecuencia la necesidad de abonar posteriormente unos honorarios no negociados previamente con quien no ha sido elegido y cuya participación le ha sido impuesta por el Juez o Tribunal[69].

Notificada la denegación, los Letrados afectados recurrieron la decisión controvertida[70]. Sin embargo, determinados Tribunales entendieron que los recurrentes interesan su petición con fundamento en la suspensión por maternidad/paternidad, pero sin haber tenido lugar su hecho determinante, pues el nacimiento del bebé no había ocurrido cuando los futuros padres formalizaron la pretensión, aun cuando sí ocurrió a escasos días u horas del juicio.

Los recursos presentados fueron desestimados teniendo en consideración cómo un prolongado periodo de tiempo de ausencia de los Letrados puede perjudicar los intereses de los implicados. Argumento construido desconociendo que a los justiciables en nada perjudicaba la puntual suspensión del proceso, habida cuenta de la naturaleza de los procedimientos, y tampoco su derecho a la tutela judicial efectiva; menos aun cuando habían querido ejercitar ese derecho designando a Abogados de su confianza.

Además, y bajo criterio de los juzgadores, las resoluciones recurridas no vulneran precepto legal alguno, pues la Ley de Enjuiciamiento Criminal no recoge la maternidad/paternidad como causa de suspensión. No obstante, la Ley de Enjuiciamiento Civil, a la cual cabe recurrir supletoriamente por analogía, sí estipula el aplazamiento instado por maternidad o paternidad de los Abogados en atención a tal causa, motivo por el cual, y si bien los Letrados podrían haber interpuesto otro recurso ante la Audiencia Provincial (de apelación, en estos casos), dada la inminencia de las vistas, lo consideraron inútil.

---

68. LÓPEZ ORTEGA, J.J.: "El derecho de defensa y a la asistencia letrada", en AA.VV. (CASAS BAAMONDE, M.E., Dir.): Comentarios a la Constitución Española, Vol. 1, Tomo 1, Wolters Kluwer (Madrid), 2018, pág. 795
69. CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F.M.: "El derecho a la defensa y asistencia letrada: El derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes", Cuadernos de Derecho Público, núm. 10, 2000, pág. 12.
70. Auto Juzgado de lo Penal Cáceres15 enero 2021, en **https://www.elconfidencial.com/espana/2021-01-18/juez-niega-suspender-juicio- caceres-embarazo-maria-benito-maternidad-fiscalia_2905639/**

A resultas del íter descrito, cabrá concluir, al menos para quien suscribe, que las citadas actitudes no encuentran aval en criterio jurídico alguno, quedando al margen de los principios fundamentales de la igualdad, prerrogativa de defensa y derecho a nombrar libremente Abogado y Procurador. El proceso argumental seguido para desestimar los recursos de los Letrados resulta poco sensible a la realidad social y familiar que rodea el ejercicio de la profesión. Más aún, preciso será tener presente la jurisprudencia constitucional cuando reitera en numerosas ocasiones cómo los órganos judiciales no pueden situarse exclusivamente en el ámbito de la legalidad, sino ponderar y valorar el derecho fundamental en juego. En consecuencia, la compatibilidad de la vida laboral y familiar de los Abogados, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo, como desde la del mandato de protección a la familia y a la infancia, ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa[71].

3.5.2. Fallos a favor de la suspensión

Los hechos situados en el origen de este grupo de pronunciamientos traen causa en la denegación de la suspensión de la vista derivada de la maternidad de las Letradas[72]. En el escrito de interposición del recurso, la parte apelante aduce indefensión, solicitando la nulidad de actuaciones, al amparo de lo dispuesto en el art. 183.2º en relación con el art. 188.1.5º LEC. Para quien juzgó en primera instancia adquiere una especial relevancia el requisito previsto en el primer precepto de conformidad con el cual la causa de la suspensión habrá de ser puesta de manifiesto de inmediato.

En estos supuestos, los tribunales muestran una particular consideración respecto al rigor en la aplicación de los requisitos establecidos en el apartado 1 del art. 183 por los Jueces de primera instancia, al sostener que la causa de imposibilidad de asistencia a las vistas habrá de ser comunicada de inmediato al órgano judicial, acreditando cumplidamente el motivo. Tal consideración aparece atenuada en el apartado 2, cuando es el Abogado de una de las partes quien considerare imposible acudir a la vista, supuesto en el cual simplemente establece que, si resulta atendible y acreditada la situación alegada, el juzgado hará nuevo señalamiento de vista.

71. STC 3/2007, de 15 de enero
72. SAP Santa Cruz de Tenerife, Civil, 15 de septiembre de 2009 (Proc. 379/2009)

Asimismo, y habida cuenta de la pertinencia de la aplicación de la Ley Orgánica 3/2007 en orden a evitar en todo caso la discriminación por razón de sexo, especialmente la derivada de la maternidad, cuando la afectada sea la Abogada de una de las partes y la situación alegada sea un embarazo de alto riesgo, los tribunales estiman procedente la nulidad de las actuaciones desde el inicio de la vista, retrotrayéndolas hasta ese momento e instando el señalamiento de nueva vista por el juzgado.

En una aplicación sistemática, coherente y consecuente de los arts. 183.2º y 188.1.5º LEC y los arts. 3 y 14 de la Ley Orgánica 3/2007, el supuesto de maternidad del art. 188.1.5º LEC debe ser interpretado de forma amplia, y no como una simple contingencia laboral de baja médica. De este modo, los preceptos antecitados establecen como criterio de actuación de los poderes públicos la protección de la situación y la asunción social de los efectos del parto. Por otro lado, a los juicios suspendidos por esta contingencia de las Letradas, cabrá sumar ahora un segundo supuesto donde los juzgados han dictaminado que la paternidad de los Abogados en la víspera del día del juicio también es motivo suficiente para su suspensión[73]. Bajo tal criterio, las vistas debieron ser aplazadas ante la ausencia del Letrado cuando el parto había de tener lugar pocos días antes del juicio, teniendo que atender a la esposa y al hijo recién nacido, lo cual acreditaron con la presentación de los documentos justificativos.

La decisión responde a lo dispuesto en el art. 188.1.5º LEC en relación con el art. 3 del CC, pues las normas han de ser interpretadas en relación con la realidad social del tiempo en el cual han de ser aplicadas, y en la época presente procede potenciar la asunción de responsabilidades y deberes del padre sobre la atención del recién nacido. La presencia del progenitor en el momento inmediato del parto de un hijo puede ser equiparada a la situación de suspensión por paternidad, razón en cuya virtud cabrá considerar como causa justificada la incomparecencia del Letrado al acto de juicio. En consecuencia, los tribunales consideran justificada la incomparecencia de estos Letrados y declaran la nulidad de las vistas, con la consecuencia de tener que ser celebradas nuevamente.

En definitiva, es de alabar el ejemplo dado por las sentencias objeto de comentario, por cuanto resulta patente la necesaria acción normativa y jurisprudencial dirigida a combatir todas las manifestaciones aún subsistentes de discriminación por razón de sexo y a promover la igualdad real entre mujeres y hombres, con remoción de los obstáculos y estereotipos sociales que impiden alcanzarla.

---

73. SAP Murcia, Civil, 22 de octubre de 2019 (Proc. 234/2019)

4. Especialidades de la suspensión en otros órdenes jurisdiccionales

La Ley Orgánica 3/2007 olvida al resto de procedimientos en los cuales también es preceptiva la intervención de abogado. El legislador, o bien ha fiado el régimen de suspensión de vistas a la supletoriedad de la Ley de Enjuiciamiento Civil, o bien limita la protección procesal de la situación de maternidad/paternidad al proceso civil[74].

La solución lógica ha de ser sin duda la primera con fundamento en las siguientes consideraciones: de un lado, la protección de la maternidad exige un tratamiento procesal global de la situación, no circunscrito al proceso civil; de otro, la alternativa implicaría introducir un elemento discriminatorio, pues el supuesto de maternidad o paternidad también afecta a Letrados de procesos no civiles.

Ahora bien, la suspensión de vistas es una figura tratada expresamente en las normas reguladoras del proceso penal y del proceso laboral. Por lo tanto, los preceptos correspondientes a estas leyes habrán de ser modificados para evitar los frecuentes conflictos en la aplicación supletoria de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Por dicho motivo, cabe abogar por subsanar el olvido de la Ley Orgánica 3/2007 e incorporar previsiones expresas en las normas de ritos correspondientes previendo la maternidad y la paternidad como justa causa de aplazamiento de juicios.

74. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. Y MERCADER UGUINA, J.: "Afinidades entre la ley y la jurisprudencia: el ejemplo de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres", Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, núm. 30, 2007, pág. 10

4.1. Factores determinantes para acordar la suspensión en el orden penal

Abierto el juicio oral, continuará durante todas las sesiones consecutivas necesarias hasta su conclusión ex art. 744 LECrim. No obstante, el siguiente precepto autoriza al presidente del Tribunal a suspender la apertura de las sesiones cuando las partes, por motivos independientes a su voluntad, no tuvieran preparadas las pruebas ofrecidas en sus respectivos escritos. Por su parte, las causas de suspensión del juicio oral establecidas en el art. 746 LECrim son las siguientes: i) el tribunal ha de resolver alguna cuestión incidental con causa fundada y no puede decidir en el acto del juicio; ii) el Juez o tribunal competente debe practicar alguna diligencia fuera de la sede de las sesiones; iii) cuando no comparezcan aquellos testigos de cargo o descargo cuya declaración considere necesaria el tribunal; iv) en caso de enfermedad del Juez, Fiscal o defensor de cualquiera de las partes; v) por enfermedad de alguno de los procesados; vi) cuando revelaciones o retractaciones inesperadas produzcan alteraciones sustanciales en los juicios[75]. Además de estos motivos, procederá la aplicación subsidiaria del artículo 188 LEC.

A pesar de la enumeración tasada de las causas de suspensión, la situación de maternidad o paternidad puede ser considerada como análoga a la enfermedad del Abogado —art. 746.4 LECrim— a la luz del art. 188.1.5º LEC y de la Ley Orgánica 3/2007.

Con todo, la posible suspensión del proceso penal debe venir precedida de una previa ponderación de intereses y derechos contrapuestos, los de la Abogada/o, por una parte, y los de aquellos potenciales perjudicados por la misma, por otra. La suspensión del juicio oral plantea la demora en el proceso y al mismo tiempo implica una duplicidad en el trabajo de la Oficina Judicial derivada de la acumulación de señalamientos, pues debe advertir a profesionales, justiciables, testigos y peritos, de la suspensión del acto, para, en segundo lugar, volver a citar formalmente a los implicados, librar oficios y demás comunicaciones[76].

75. MOLINA MANSILLA, M.: "Nulidad de actuaciones tras la suspensión del juicio por revelaciones o retractaciones inesperadas", Práctica Penal: Cuaderno Jurídico, núm. 75, 2014, pág. 18
76. YÁÑEZ VELASCO, R.: "Suspensión del juicio y medidas sancionadoras de naturaleza procesal", Aranzadi de Derecho y Proceso Penal, núm. 31, 2013, pág. 50

La nueva comunicación procesal habrá de seguir el cauce formal, dado el perjuicio material, así como de la infracción legal —ex art. 188.2 LEC, aplicable al procedimiento penal— derivados de un aviso in extremis de la suspensión.

Para acordar la suspensión cabrá valorar si la maternidad/paternidad afecta a los profesionales de la defensa o de la parte acusadora; o si la suspensión conlleva la superación del plazo máximo de la prisión provisional y esta debe ser alzada antes de finalizar el aplazamiento. Pues bien, en el marco del proceso penal donde el Juez o Tribunal ha adoptado medidas cautelares de carácter personal, una suspensión del juicio supondría su alargamiento; por lo tanto, resulta completamente descartable, exceptuando el caso donde sea la Abogada defensora la afectada y haya voluntad de suspender a pesar de la concurrencia de la medida cautelar. En la misma línea, en un proceso penal con un preso en el cual el Letrado haya sido designado por el turno de oficio no resulta posible suspender el señalamiento; no obstante, si la suspensión se solicita una vez producido o iniciado el parto repentinamente, o sin tiempo suficiente para ser sustituido por otro Abogado, el juicio quedará suspendido por el tiempo mínimo imprescindible.

En contraposición a lo anterior, no procede la suspensión de aquellos juicios donde quede determinado el fondo del asunto o una medida cautelar cuando el señalamiento coincida con una diligencia de instrucción y dicha coincidencia sea la única alegación instada.

En síntesis, la suspensión opera ope legis en el proceso civil; por contra, en el ámbito penal la casuística manda y deberá ser el Juez competente quien, previa ponderación de los derechos en juego, estime la suspensión[77]. Lo anterior resulta aplicable, en principio, a cualquier procedimiento penal, incluyendo el procedimiento ante el Tribunal del Jurado. Así, en virtud del art. 47 de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, cuando, conforme a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, haya de suspenderse la celebración del juicio oral, el Magistrado-Presidente podrá decidir la disolución del Jurado, siempre y cuando dicha suspensión dure cinco o más días. En cambio, la suspensión es incompatible con el procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos regulado en los arts. 795 y ss LECrim; si bien la conversión de este procedimiento en otro abreviado podría constituir una solución capaz de dar cobertura a la alteración del derecho de defensa derivado de las contingencias del Letrado/a designado de oficio.

77. MARTÍNEZ DEL TORO, S.: "La solicitud de suspensión de las vistas del artículo 188 LEC y su casuística", Práctica de Tribunales: Revista de Derecho Procesal Civil y Mercantil, núm. 133, 2018, pág. 3

A este respecto, la ponderación de intereses exige al órgano jurisdiccional receptor de la solicitud de suspensión garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva en virtud de lo dispuesto en el art. 188.1.5º LEC[78]; motivo por el cual, la suspensión ha de ser excluida, normalmente, en algunos procesos. A simple título de ejemplo, no cabe acordarla cuando concurra una medida cautelar personal limitativa de la libertad ambulatoria del imputado o acusado, pues el Tribunal ha de priorizar la libertad del sujeto frente al derecho a la acusación. No obstante, la excepción a dicha regla viene dada precisamente por aquellos supuestos de maternidad y paternidad del Abogado/a de la defensa, supuestos donde el perjudicado por la dilación del procedimiento resulta beneficiado por la suspensión en cuanto esto le permite proseguir con el mismo profesional.

Por otra parte, y una vez acordada la suspensión, la preferencia de los señalamientos seguirá el orden enunciado a continuación y, a su vez, los primeros tendrán prioridad sobre los situados con posterioridad: i) los juicios orales en procesos ante el Tribunal del Jurado, haya o no presos en el proceso; ii) los juicios en procesos penales donde existan personas presas, incluyendo los casos de menores internados; iii) los referidos a la adopción de medidas protectoras o cautelares respecto de menores; iv) los juicios en procesos penales donde enjuicien hechos subsumibles en delitos de violencia de género. Con la finalidad de evitar una ulterior suspensión, la Oficina Judicial procurará contar con el acuerdo de los Abogados/as para efectuar un nuevo señalamiento.

Sobre las premisas anteriores, el Senado ha aprobado la tramitación de la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para incorporar la maternidad y la paternidad entre las causas de suspensión del juicio oral, únicamente previsto en los procesos civiles y no en los penales, lo cual había sido motivo de reivindicación por parte de la Abogacía[79]. Hasta ahora la decisión de continuar o no con un juicio oral ante la petición de los Letrados quedaba a la discrecionalidad del Juez o Tribunal; razón por la cual, y dependiendo de la Ley o protocolo acogido por la Administración de Justicia competente para resolver las solicitudes, el Abogado/a podía ser beneficiario, o no, de la suspensión.

No obstante, la protección de las contingencias ahora analizadas exige un tratamiento global de la situación, y no limitado únicamente al proceso civil. El origen de la Proposición de Ley está precisamente en varias solicitudes de suspensión del

78. IVARS RUIZ, J.: "Suspensión de las vistas (artículos 188 y 189)", en AA.VV. (BONET NAVARRO, J. E IVARS RUIZ, J., Coords.): Abogado y Procurador en la Ley de Enjuiciamiento Civil: doctrina y jurisprudencia, Aranzadi (Navarra), 2003, pág. 174
79. MUÑOZ MARÍN, A.: "Suspensión del juicio oral en el derecho penal", Revista Práctica de Derecho (CEF), núm. 159, 2014, pág. 196

juicio oral sobre el procedimiento penal, cuya fecha era próxima al parto. Peticiones denegadas por no estar contempladas en la Ley como supuestos de suspensión de juicio, pese a la necesidad de aplicar supletoriamente la Ley de Enjuiciamiento Civil a los procesos penales de acuerdo con lo establecido en el art. 4 LEC. En fin, la iniciativa pretende favorecer la corresponsabilidad, pues son las mujeres —normalmente, pero no siempre— quienes deben enfrentar más obstáculos a la hora de decidir sobre su maternidad lo cual incide tanto en el ejercicio de la abogacía como en su proyección profesional.

4.2. El vacío legal en el orden contencioso-administrativo

En el proceso contencioso-administrativo resulta sencillo lograr la suspensión por razón de la maternidad/paternidad de los profesionales de la abogacía, a excepción de los procesos para la tutela de los derechos fundamentales regulados en el capítulo I del título V de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa[80]. Esta norma carece de cualquier previsión relativa a la suspensión de vistas, aun cuando establece la imposibilidad de suspender el cumplimiento total o parcial del fallo en virtud del art. 105.1 LJCA; ahora bien, este precepto no guarda relación alguna con la suspensión de vistas, pues constituye un residuo histórico derivado del tradicional privilegio de suspender la eficacia de las sentencias[81]. De este modo, la laguna jurídica existente en la LJCA favorece la aplicación supletoria del art. 188.1.5º LEC, en relación con lo dispuesto en el art. 4 LEC y en la disposición final primera de la norma administrativa.

Acordada la suspensión, para el señalamiento de las vistas el Tribunal atenderá a los criterios establecidos en el artículo 182 LEC, esto es: la disponibilidad de la sala

80. STS, Contencioso-Administrativo, 17 de julio de 2008 (Rec. 236/2005)
81. PÉREZ DEL BLANCO, G.: "Consideraciones en torno a la suspensión de vistas por maternidad y paternidad de abogadas y abogados", cit., pág. 10

y la coordinación con los otros órganos judiciales, las horas de audiencia, el número de señalamientos, la duración aproximada de la vista, la naturaleza o complejidad del asunto u otras circunstancias a tener en cuenta, así como el orden de llegada de los asuntos (salvo aquellos preferentes por mandato legal), los recursos humanos de la Oficina Judicial, el tiempo necesario para las citaciones y comparecencias de los testigos y peritos y la coordinación con el Ministerio Fiscal cuando sea preceptiva su intervención.

4.3. Motivos justificados y duración de la suspensión en el proceso laboral

En el proceso laboral existe un régimen específico de suspensión del juicio, previsto en el art. 83 LRJS. Solo a petición de ambas partes o por motivos justificados, acreditados ante el Letrado de la Administración de Justicia, podrá este suspender, por una sola vez, los actos de conciliación y juicio, fijando un nuevo señalamiento dentro de los diez días siguientes a la fecha de la suspensión[82]. Excepcionalmente, y por circunstancias trascendentes adecuadamente probadas, cabrá acordar una segunda suspensión; si bien, en este último caso, la Ley no establece su duración. El precepto alude a "motivos justificados" como requisito previo para conceder la suspensión, pero no estable ni especifica las causas concretas, salvo el supuesto de la tramitación de otro procedimiento ante el orden jurisdiccional social, previsto en el art. 86.4 LRJS.

Además, el adjetivo "justificados" alude a una causa de suficiente entidad inhabilitante como para impedir cualquier alternativa compatible con la continuación del juicio. Ante el vacío legal, la práctica forense aplica supletoriamente las causas generales de suspensión de vistas del art. 188 LEC, incluyendo la maternidad/paternidad de los Letrados. La solución implica una remisión a la Ley de Enjuiciamiento Civil, en general,

82. PALOMEQUE LÓPEZ, M.: "El derecho constitucional de igualdad y no discriminación y su contenido esencial en el sistema de relaciones de trabajo y de protección social", en AA.VV. (PALOMEQUE LÓPEZ, M., Coord.): La igualdad efectiva de mujeres y hombres, Ratio Legis (Salamanca), 2012, pág. 31

y a la Ley Orgánica 3/2007, en particular[83]. No obstante, resultaría idóneo modificar el tenor literal de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social para acomodarlo a tal régimen.

El art. 83. LRJS llama al órgano judicial a permitir razonablemente la continuidad del proceso cuando quede acreditada una causa suficiente de incomparecencia, siempre y cuando el actor haya actuado diligentemente, no lesione otros bienes y derechos constitucionalmente relevantes, no grave de forma injustificada la posición de la parte demandada ni dañe la integridad objetiva del procedimiento. La necesaria acreditación traslada al afectado la obligación de aportar el certificado médico, parte hospitalario o informe de maternidad, en el impreso o formulario oficial, para poner en conocimiento del Juez el motivo justificado o justa causa de la incomparecencia, el cómo junto al qué y al cuándo. Tales documentos, y muy especialmente el tercero de ellos, tienen la eficacia probatoria necesaria y la fuerza de convicción suficiente para llevar al ánimo del Juzgador la veracidad de la circunstancia de maternidad/paternidad alegada como obstativa de la asistencia al juicio[84].

A fin de evitar dilaciones indebidas, la norma procesal laboral no permite las suspensiones de más de diez días. Haciendo una interpretación sobre la ratio legis, la prórroga de la suspensión no debería superar dicho lapso. La realidad muestra la incompatibilidad de la duración de dieciséis semanas de la suspensión por estas razones con la celeridad del proceso laboral, en tanto en cuanto su duración tiene efectos sobre la relación jurídico-sustantiva (salarios de tramitación, ampliación de conflictos colectivos, interpretación de convenios, etc.); de ahí su carácter restrictivo. Por otro lado, la previsión expresa de los diez días iniciales resultaría un tanto absurda si la prórroga pudiera superar tal plazo a causa, nuevamente, de las razones analizadas. Esta realidad mueve a considerar que lo propio sería condicionar la duración de la suspensión a la de la causa.

El planteamiento de la suspensión en el procedimiento laboral lo hace prácticamente incompatible, por tanto y desde un punto de vista meramente cuantitativo, con la suspensión por maternidad o paternidad, cuya duración de dieciséis semanas constituye un lapso temporal muy superior al de los veinte días en los cuales cabe prolongar la suspensión en el proceso laboral. No obstante, esa suspensión de veinte días al menos resulta ser una solución menos gravosa para los derechos de conciliación

83. SALA FRANCO, T.: "Las políticas de empleo y el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres en la ley orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres", en AA.VV. (SALA FRANCO, T.; BALLESTER PASTOR, M.A.; BAÑO LEÓN, J; EMBID IRUJO, J. Y GOERLICH PESET, J., Coords.): Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, Wolters Kluwer (Madrid), 2008, pág. 357
84. STS, Social, 17 de septiembre de 2001 (Rec. 4958/2000)

y corresponsabilidad de la Abogada/o en comparación a la alternativa de celebrar la vista en la fecha señalada.

En el marco laboral, el carácter expeditivo ya de por sí implícito en todos los procedimientos tramitados ante los órganos de su especialidad jurisdicción[85], no presenta una fácil adecuación con la posibilidad de suspensión, más allá de la previsión legal referente al máximo de veinte días. De este modo, la suspensión plantearía problemas en los procesos por despido (en particular cuando la suspensión afecte a la institución de los salarios de tramitación), en los procedimientos a tramitar por la vía de urgencia previstos en los artículos 126, 132, 135 y 159 LRJS, o en las modalidades dispuestas para la tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales.

5. Suspensión de otras actuaciones

La Ley Orgánica 3/2007 olvida mencionar los efectos de la maternidad/paternidad de los Letrados sobre los actos de carácter escrito sometidos a plazo o a término cuando dicha contingencia afecta igualmente a quienes ejercen sus funciones en el marco de tales periodos. Este dato pone de manifiesto cierta insuficiencia en la protección otorgada por la norma, al quedar circunscrita a una parte de las funciones procesales a desarrollar por la Abogada/o. Ahora bien, la justicia y la coherencia interna son criterios suficientes para al menos realizar un esfuerzo interpretativo orientado a la ampliación de la protección, aun cuando no puedan fundamentar con fiabilidad su reconocimiento extralegal.

85. CASAS BAAMONDE, M.E.: "La organización del tiempo de trabajo con perspectiva de género", Documentación Laboral, núm. 117, 2019, pág. 17

La actividad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado no comprende solo la estricta operación de resolver el objeto del pleito, sino también todas aquellas actividades preparatorias en condiciones de servir a ese fin. Pero esta conclusión no puede extrañar en absoluto, porque hay actuaciones procesales fuera del ámbito estricto de la actividad de juzgar que, sin embargo, por su estrecha relación con ella, quedan sometidas a la competencia procesal del Juez. En este punto, tan amparable es la función a desarrollar por el Abogado de modo oral en una vista como las desarrolladas por escrito durante un plazo o término, si bien arbitrar una solución cuando el propio legislador lo ha obviado, se torna complicado.

Actualmente el hecho de comparecer en una vista de modo personal resulta prácticamente anecdótico, más aún cuando en ocasiones, desde la perspectiva de la Abogada en situación de maternidad, resulta tanto o más complicada y dificultosa la actividad a desarrollar en el plazo, pues los actos de carácter escrito, en general, entrañan una dedicación mayor a la necesaria para la participación en muchas de las vistas a celebrar ante el órgano jurisdiccional.

Parece más sencillo tener en cuenta determinadas circunstancias y posponer la celebración de la vista oral, dado su carácter puntual, sin más repercusiones en el resto de actos procesales. En contraposición a lo anterior, resulta complicado regular los efectos de tales supuestos sobre los plazos y términos, pues una posible suspensión podría implicar una alteración notable del cómputo y una paralización de todos los plazos de los consiguientes trámites, afectando, de este modo, a la totalidad del proceso. La configuración legal de los plazos procesales apunta a una negativa a cualquier extensión de la protección de la maternidad en el ámbito de los plazos o términos. En este sentido, los plazos referidos a actuaciones donde intervienen Abogados son propios (su consumación produce el efecto preclusivo), legales e improrrogables ex art. 134 LEC. Este panorama estrecha la posibilidad de aplicación analógica de la suspensión de las vistas a los plazos o su articulación legal de un modo sencillo de transponer a la práctica procesal.

Con todo, existe un precepto en el cual amparar la suspensión de los plazos procesales, con fundamento en una causa suficientemente difusa como para poder subsumir bajo su tenor la debida protección de la maternidad/paternidad. En este sentido, el art. 134.2 LEC permite la suspensión de plazos en caso de fuerza mayor cuando concurra una circunstancia capaz de impedir al Abogado la utilización del lapso temporal. No obstante, del examen de la previsión de la fuerza mayor y otras circunstancias análogas no cabe extraer una conclusión definitiva en cuanto a si la situación de maternidad/

paternidad de la Abogada de una de las partes en un determinado proceso puede ser considerada como tal; pero sí cabría una interpretación en sentido amplio por el Letrado de la Administración de Justicia mediante decreto, de oficio o a instancia de parte, con audiencia de las demás. Contra este decreto cabrá interponer recurso de revisión que producirá efectos suspensivos.

La tendencia a hacer derivar el concepto de fuerza mayor hacia la noción unitaria de causa no imputable o imposibilidad sobrevenida no imputable favorece el tratamiento procesal de la situación de maternidad/paternidad. A título de simple ejemplo, en la práctica forense cabe conceder a una Abogada en avanzado estado de gestación la suspensión del plazo para recurrir la sentencia notificada mientras esté de baja de maternidad con fundamento en el precepto anteriormente mencionado.

En principio, esa interpretación del término fuerza mayor permitiría la aplicación del art. 134.2 LEC a los supuestos aquí debatidos, por ser esta una norma de cierre del sistema, válida para cualquier plazo y actuación procesal en cualquier fase procedimental. Por otra parte, la discrecionalidad del Letrado de la Administración de Justicia en la adopción de la decisión y en el contenido de la consecuencia jurídica de la maternidad o la paternidad parece la única forma de dar una solución al problema. Sin embargo, los Letrados bajo tal situación no acudirán normalmente a la vía del art. 134.2 LEC, habida cuenta del riesgo de desestimación, con el consecuente efecto preclusivo del plazo.

Todo lo expuesto muestra cómo la regulación actual es insuficiente para la protección de la maternidad y paternidad en el ámbito del proceso. La nueva regulación debería extender las previsiones del art. 188.1.5 LEC al marco del art. 134 de la misma norma, destacando la situación como circunstancia concreta entre las de fuerza mayor o circunstancias análogas.

Conclusiones

En este momento final, tras el estudio de la suspensión de vistas u otros actos procesales por causa de la maternidad o paternidad de los Abogados/as, en vez de acomodar el discurso al habitual resumen conclusivo y crítico de lo expuesto, la opción de quien suscribe pasa por formular en positivo los que podrían ser, de lege ferenda, cambios más significativos y a introducir su sentido final para, así, elevar las siguientes propuestas:

Primera. Del análisis realizado deriva, en primer término, que la figura de la suspensión de vistas aparece estrechamente relacionada con las normas vigentes en materia de igualdad de género, pero las oportunidades de Abogadas y Abogados en el acceso, participación y permanencia en el sector profesional distan de estar correctamente acomodadas desde una lectura finalista de las normas de ritos.

Segunda. En el sentido apuntado, la evolución de la ley procesal en torno a la suspensión demuestra que, si bien ha permanecido inalterada durante un largo periodo de tiempo, la reforma habida en el año 2007, y fundamentalmente las modificaciones efectuadas por el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, han afectado de manera significativa a la articulación de esta institución, con evidentes efectos prácticos en los tiempos de descanso reconocidos a los Letrados por la concurrencia de las contingencias familiares significadas. La regulación actual ha superado el estadio tradicional dirigido únicamente al restablecimiento de la salud de la madre y del recién nacido tras el parto, configurando como objetivos primordiales tanto el de preservar el primer contacto con el hijo natural, adoptado o acogido, como el de propiciar un reparto equitativo de las cargas familiares. En todo caso, desde una perspectiva de reforma futura sería aconsejable rectificar las medidas ineficaces e implementar otras orientadas a facilitar a los Abogados/as la posibilidad mantener el necesario equilibrio en las etapas de embarazo, parto y lactancia con el desarrollo de su carrera profesional.

Tercera. En cuanto al elemento temporal hace, y dado que la data señalada para la vista constituye el dies a quo del plazo para dictar sentencia, resulta patente la preminencia de

los problemas derivados de los actos con eficacia suspensiva, así como los ocasionados al ritmo de despacho de los asuntos, su estudio, reflexión y decisión. Por consiguiente, deviene esencial ponderar los derechos en juego en aras de tutelar, de un lado, una correcta protección a los derechos de conciliación de los Letrados; de otro, el adecuado funcionamiento de la Administración de Justicia, siempre desde la perspectiva de los justiciables y de la prerrogativa constitucional de la tutela judicial efectiva.

Cuarta. La figura de la suspensión ofrece una atalaya perfecta a la hora de observar la urgente necesidad de unificar las pautas de actuación para cubrir todas las eventualidades derivadas de la maternidad o paternidad de los Letrados, para, al tiempo, igualar los presupuestos de hecho de la suspensión de todos los operadores jurídicos. El cometido ha sido realizado en gran medida por los Colegios de Abogados en sus ámbitos territoriales y/o por el Consejo General de la Abogacía, pero la seguridad jurídica debería llevar a precisar cuáles son, en concreto, los criterios vinculantes para los órganos judiciales. De este modo parece aceptable que figuren los siguientes:

Como regla general, en el supuesto de parto, la Abogada interviniente podrá solicitar la suspensión del procedimiento, y en consecuencia de todos los actos y plazos procesales en curso, por un plazo de dieciséis semanas. El otro progenitor, si fuera también Abogado, tendrá derecho a la suspensión del curso del proceso durante diez días hábiles tras el parto. La fecha podría quedar justificada mediante cualquier documento apto para acreditar tanto el extremo del nacimiento como la identidad de la madre. Asimismo, mientras duren los permisos por paternidad los órganos jurisdiccionales no realizarán señalamientos.

Por otra parte, cuando el Letrado defensor haya sido designado por el turno de oficio y la suspensión se solicita por haberse producido o iniciado el parto de manera repentina, o sin tiempo suficiente proveer la designación de nuevo Abogado desde el Colegio profesional correspondiente, el señalamiento quedará suspendido por el tiempo mínimo imprescindible.

En los casos de embarazo con fecha aproximada del parto, y previa solicitud de la Abogada, los Tribunales suspenderán el curso del procedimiento o de las actuaciones judiciales señaladas en el proceso desde los diez días anteriores a esta fecha, la cual deberá ser justificada. Habida cuenta de la especial protección necesaria, el nuevo señalamiento tendrá lugar una vez haya transcurrido la baja y un prudente periodo de tiempo adicional para el estudio o reexamen del asunto según su complejidad.

Cuando el embarazo sea de riesgo, y el médico prescriba reposo absoluto por riesgo de aborto o peligro para la vida de la madre o del hijo, los órganos judiciales habrán de procurar fijar los señalamientos una vez finalizada dicha situación. El plazo computará desde la emisión del justificante, el cual deberá ser otorgado en todo caso por médico especialista, especificando los riesgos derivados de realizar las actuaciones jurisdiccionales correspondientes por parte de la Abogada. También suspenderá el curso del procedimiento el periodo de reposo requerido tras un tratamiento de fertilidad, siempre y cuando lo prescriba el médico especialista.

En fin, ante situaciones de adopción o acogimiento, el Juez o Tribunal eludirá realizar señalamientos durante el periodo de duración del permiso, contando desde la fecha de la decisión administrativa de guarda con fines de adopción o acogimiento, o de la resolución judicial de adopción. En caso de adopción internacional, cuando sea necesario el desplazamiento previo de los padres al país de origen del adoptado, podrá comenzar el periodo de suspensión hasta cuatro semanas antes de la resolución de administrativa.

Quinta. La jurisprudencia ha optado por subsumir en el tenor del art. 134 LEC la suspensión de los actos procesales de carácter escrito; no obstante, sería de todo punto recomendable incorporar tal alternativa de hecho a la pauta formal en Derecho. En este sentido, trocar la específica referencia a las vistas en los arts. 183 y 188 LEC por la más amplia de "actos procesales", para cubrir todos los supuestos y evitar discusiones acerca de la aplicabilidad del precepto, lo cual podría servir para corregir desde la norma cuanto la jurisprudencia no ha conseguido atajar.

Sexta. Si el tenor legal es insuficiente en el ámbito civil, la laguna adquiere una mayor dimensión en los otros tres órdenes jurisdiccionales, pues la aplicación supletoria de la norma de ritos común no puede colmar los problemas planteados en estos últimos por la ausencia de mención a los supuestos vinculado a la conciliación de la vida laboral y personal en relación con la suspensión de vistas.

Sobre la premisa anterior, el presente trabajo considera imprescindible que las leyes ordenadoras del procedimiento en los órdenes penal, contencioso-administrativo y social incorporen como causa suspensiva del proceso los permisos por las circunstancias familiares expuestas, incluyendo las mismas en la enumeración de los supuestos legales que permiten el correspondiente aplazamiento. Iniciativas como la Proposición de Ley presentada en el Senado deben ser aplaudidas y constituyen el camino a seguir para alcanzar en este ámbito la igualdad real entre hombres y mujeres, confiando en que más pronto que tarde se convierta en contenido positivizado y plenamente vigente.

Bibliografía

AA.VV. (BLASCO PELLICER, A., Coord.): El trabajo profesional de los abogados, Tirant lo Blanch (Valencia), 2012.

AA.VV. (BONET NAVARRO, J. E IVARS RUIZ, J., Coords.): Abogado y Procurador en la Ley deEnjuiciamiento Civil: doctrina y jurisprudencia, Aranzadi (Navarra), 2003.

AA.VV. (CARRETERO GONZÁLEZ, C. Y MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F., Dirs.): Retos de la abogacía ante la sociedad global, Civitas (Madrid), 2012.

AA.VV. (CASAS BAAMONDE, M.E., Dir.): Comentarios a la Constitución Española, Vol. 1, Tomo 1, Wolters Kluwer (Madrid), 2018.

AA.VV.(GÁRATE CASTRO, F. Y MANEIRO VÁZQUEZ, Y., Dirs.): Las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales sobre política social planteadas por órganos jurisdiccionales españoles, Universidad de Santiago de Compostela (Santiago de Compostela), 2020.

AA.VV. (GARCÍA MURCIA, J., Dir.): La transposición del Derecho social comunitario al ordenamiento español, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Madrid), 2005.

AA.VV. (ALBIOL MONTESINOS, I; ALFONSO MELLADO, C.; ARADILLA MARQUÉS, M.; BLASCO PELLICER, A. Y GOERLICH PESET, J., Dirs.): La relación laboral especial de los abogados, Tirant lo Blanch (Valencia), 2007.

AA.VV. (PALOMEQUE LÓPEZ, M., Coord.): La igualdad efectiva de mujeres y hombres, Ratio Legis (Salamanca), 2012.

AA.VV. (RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. Y MARTÍNEZ BARROSO, M.R., Dirs.): Propuestas para la igualdad por razón de género en los procesos de negociación colectiva, Cizur Menor (Navarra), 2016.

AA.VV. (SALA FRANCO, T.; BALLESTER PASTOR, M.A.; BAÑO LEÓN, J; EMBID IRUJO, J. Y GOERLICH PESET, J., Coords.): Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, Wolters Kluwer (Madrid), 2008.

ADÁN DOMÈNECH, F.: "Causas de suspensión de los juicios civiles", Actualidad Civil, núm. 15, 2006.

AIS CONDE, C; FELIP ARROYO, X. E IMBRODA ORTIZ, B.: "La organización básica del abogado", Cátedra Mutualidad, 2017.

ALFONSO MELLADO, C.: "La relación laboral especial de los abogados: derechos y deberes, contratación y contrato en prácticas, tiempo de trabajo", en AA.VV. (ALBIOL MONTESINOS, I; ALFONSO MELLADO, C.; ARADILLA MARQUÉS, M.; BLASCO PELLICER, A. Y GOERLICH PESET, J., Dirs.): La relación laboral especial de los abogados, Tirant lo Blanch (Valencia), 2007.

BALLESTER PASTOR, A.: "De los permisos parentales a la conciliación", Derecho de las Relaciones Laborales, núm. 11, 2019.

BARCELÓN COBEDO, S.: "La contingencia protegida por la prestación de riesgo durante la lactancia", Aranzadi Social, núm.5, 2012.

CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F.M.: "El derecho a la defensa y asistencia letrada: El derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes", Cuadernos de Derecho Público, núm. 10, 2000.

CABEZA PEREIRO, J.: "Maternidad y riesgos laborales", Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 17, 2006.

CASADO ROMÁN, J. E ISÁBAL ORDÓÑEZ, E.: "La falta de suspensión de las vistas civiles por la renuncia del letrado de una de las partes litigantes", Aranzadi Doctrinal, núm.4, 2011, pág. 1.

CASAS BAAMONDE, M.E.: "La organización del tiempo de trabajo con perspectiva de género", Documentación Laboral, núm. 117, 2019.

CASTRO ARGÜELLES, M.A.: "Protección especial de la trabajadora embarazada y en situación de maternidad y lactancia (Directiva 92/85/CE)", en AA.VV. (GARCÍA MURCIA, J., Dir.): La transposición del Derecho social comunitario al ordenamiento español, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Madrid), 2005.

CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA: La igualdad de género en la Abogacía Española: la evaluación actual de las abogadas y los abogados, 24 noviembre 2017, en https://www.abogacia.es/wpcontent/uploads/2017/12/Metroscopia_Informe_Abogacia_v2.pdf

DESDENTADO BONETE, A. Y BARRIOS BAUDOR, G.: "La incapacidad temporal, el riesgo durante el embarazo y la maternidad", Manuales de Formación Continuada, núm. 20, 2002.

ESQUIVIAS JARAMILLO, J.: "Suspensión del juicio. Dilaciones", Revista Práctica de Derecho (CEF), núm. 40, 2004.

FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ J.J.: Despido por fuerza mayor, Civitas (Madrid), 2003.

FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.: "La igualdad por razón de género en los planes de igualdad", en AA.VV. (RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. Y MARTÍNEZ BARROSO, M.R., Dirs.): Propuestas para la igualdad por razón de género en los procesos de negociación colectiva, Cizur Menor (Navarra), 2016.

FERNÁNDEZ GALIÑO, M. Y LOUSADA AROCHENA, F.: "Judicatura, abogacía e igualdad", Revista de Género e Igualdad, núm. 4, 2021.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. Y MERCADER UGUINA, J.: "Afinidades entre la ley y la jurisprudencia: el ejemplo de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres", Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, núm. 30, 2007.

GARRIGUES GIMÉNEZ, A.; NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P. Y CEBRIÁN CARRILLO, A.: "La maternidad y paternidad en el Derecho de la Unión Europea", Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, núm. 67, 2007.

GOERLICH PESET, J.: "La relación especial de los abogados que prestan servicios en despachos de abogados, individuales o colectivos", en AA.VV. (BLASCO PELLICER, A., Coord.): El trabajo profesional de los abogados, Tirant lo Blanch (Valencia), 2012.

GORELLI HERNÁNDEZ, J.: "La corresponsabilidad a través de la Seguridad Social: las nuevas prestaciones por nacimiento y lactancia", Revista de Derecho de la Seguridad Social, núm. 20, 2019.

IVARS RUIZ, J.: "Suspensión de las vistas (artículos 188 y 189)", en AA.VV. (BONET NAVARRO, J. E IVARS RUIZ, J., Coords.): Abogado y Procurador en la Ley de Enjuiciamiento Civil: doctrina y jurisprudencia, Aranzadi (Navarra), 2003.

LAHERA FORTEZA, J.: "Planes de igualdad e igualdad retributiva", Observatorio de Recursos Humanos y Relaciones Laborales, núm. 161, 2020.

LLORENS ESPADA, J.: "Nuevos retos de las prestaciones de la Seguridad Social por maternidad y paternidad", Lan Harremanak, núm. 38, 2017.

LÓPEZ ÁLVAREZ, M.J.: "Marco jurídico de la conciliación laboral y familiar. Luces y sombras", Revista de Ciencias y Orientación Familiar, núm. 43, 2011.

LÓPEZ ANIORTE, M.: "La suspensión del contrato de trabajo por maternidad biológica", Anales de Derecho, núm. 18, 2000.

LÓPEZ ORTEGA, J.J.: "El derecho de defensa y a la asistencia letrada", en AA.VV. (CASAS BAAMONDE, M.E., Dir.): Comentarios a la Constitución Española, Vol. 1, Tomo 1, Wolters Kluwer (Madrid), 2018.

LOUSADA AROCHENA, F. Y RON LATAS, R.P.: "La protección por maternidad de las abogadas en el ejercicio libre de la profesión y el disfrute por el padre", Revista de Derecho de la Seguridad Social, núm. 17, 2018.

MARTÍNEZ DEL TORO, S.: "La solicitud de suspensión de las vistas del artículo 188 LEC y su casuística", Práctica de Tribunales: Revista de Derecho Procesal Civil y Mercantil, núm. 133, 2018.

MELLA MÉNDEZ, L.:"Situación de riesgo durante el embarazo: aspectos laborales y de Seguridad Social", Aranzadi Social, núm. 5, 1999.

MERCADER UGUINA, J.: "En busca de la ontología de la igualdad en lo social", Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social, Vol. 2, núm. 1, 2021.

MOLINA MANSILLA, M.: "Nulidad de actuaciones tras la suspensión del juicio por revelaciones o retractaciones inesperadas", Práctica Penal: Cuaderno Jurídico, núm. 75, 2014.

MOLINA NAVARRETE, C.: "Permisos por nacimiento y recelo comunitario de acumularlos en la mujer", Revista de Trabajo y Seguridad Social (CEF), núm. 454, 2021.

MONEREO PÉREZ, J.L., Y GUINDO MORALES, S.: "El principio de igualdad en el complemento de maternidad en las pensiones contributivas del Sistema de la Seguridad Social", La Ley Unión Europea, núm. 85, 2020.

MORENO I GENÉ, J. Y ROMERO BURILLO, A.: Maternidad y salud laboral: la protección de la salud laboral de la trabajadora embarazada, de parto reciente y en período de lactancia, Tirant lo Blanch (Valencia), 2000.

MUÑOZ MACHADO, S.: Historia de la abogacía española, Aranzadi (Navarra), 2015.
MUÑOZ MARÍN, A.: "Suspensión del juicio oral en el derecho penal", Revista Práctica de Derecho (CEF), núm. 159, 2014.

NAVARRO MASSIP, J.: "La asistencia letrada al detenido a la luz de la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la reciente doctrina del Tribunal Constitucional", Aranzadi Doctrinal, núm. 5, 2018.

PALOMEQUE LÓPEZ, M.: "El derecho constitucional de igualdad y no discriminación y su contenido esencial en el sistema de relaciones de trabajo y de protección social", en AA.VV. (PALOMEQUE LÓPEZ, M., Coord.): La igualdad efectiva de mujeres y hombres, Ratio Legis (Salamanca), 2012.

PERÁN QUESADA, S.: "De la tutela diferenciada de la maternidad y la paternidad a la protección por nacimiento y cuidado de menor desde una perspectiva constitucional", Revista de Derecho de la Seguridad Social, núm. 20, 2019.

PÉREZ DEL BLANCO, G.: "Consideraciones en torno a la suspensión de vistas por maternidad y paternidad de abogadas y abogados", Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje, núm. 3, 2008.

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: "La protección jurídico-laboral de la maternidad: algunas cuestiones pendientes", Temas Laborales, núm. 82, 2005.

ROMERAL HERNÁNDEZ, J.: "El riesgo durante la lactancia natural: prevención y protección social", Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 217, 2019.

SÁEZ LARA, C.: "Naturaleza y titularidad del permiso de maternidad", en AA.VV. (GÁRATE CASTRO, F. Y MANEIRO VÁZQUEZ, Y., Dirs.): Las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales sobre política social planteadas por órganos jurisdiccionales españoles, Universidad de Santiago de Compostela (Santiago de Compostela), 2020.

SALA FRANCO, T.: "Las políticas de empleo y el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres en la ley orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres", en AA.VV. (SALA FRANCO, T.; BALLESTER PASTOR, M.A.; BAÑO LEÓN, J; EMBID IRUJO, J. Y GOERLICH PESET, J., Coords.): Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, Wolters Kluwer (Madrid), 2008.

SEMPERE NAVARRO, A.: "¿Cuándo y cómo se acumula el permiso por lactancia?", Aranzadi Doctrinal, núm. 7, 2018.

VALENCIA GARCÍA, F.: "Conciliación: ¿una asignatura pendiente?", en AA.VV. (CARRETERO GONZÁLEZ, C. Y MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F., Dirs.): Retos de la abogacía ante la sociedad global, Civitas (Madrid), 2012.

YÁÑEZ VELASCO, R.: "Suspensión del juicio y medidas sancionadoras de naturaleza procesal", Aranzadi de Derecho y Proceso Penal, núm. 31, 2013.

Anexo jurisprudencial

STJUE 20 septiembre 2007 (C-116/06), asunto Kiiski.

STC 9/1993, de 18 de enero.

STC 86/1994, de 14 de marzo.

STC 196/1994, de 4 de julio.

STC 114/1997, de 16 junio.

STC 195/1999, de 25 de octubre.

STC 182/2005, de 4 de julio.

STC 250/2005, de 10 de octubre.

STC 214/2006, de 3 de julio.

STC 324/2006, de 20 de noviembre.

STC 3/2007, de 15 de enero.

STC 225/2007, de 22 de octubre.

STC 179/2014, de 3 de noviembre.

STS, Social, 17 de septiembre de 2001 (Rec. 4958/2000).

STS, Contencioso-Administrativo, 17 de julio de 2008 (Rec. 236/2005).

STS, Penal, 2 de noviembre de 2016 (Proc. 821/2016).

STS, Social, 30 de junio de 2020 (Proc. 561/2020).

STSJ Cataluña/Barcelona, Social, 31 de marzo de 2006 (Proc. 2728/2006).

STSJ Andalucía/Sevilla, Social, 27 de mayo de 2010 (Proc. 1626/2010).

STSJ Islas Canarias/Santa Cruz de Tenerife, Social, 1 de febrero de 2016 (Proc. 69/2016).

SAP Cádiz, Civil, 7 de febrero de 2005 (Proc. 3/2005).

SAP Zaragoza, Civil, 5 de mayo de 2005 (Proc. 250/2005).

SAP Santa Cruz de Tenerife, Civil, 15 de septiembre de 2009 (Proc. 379/2009).

SAP Palencia, Civil, 10 de diciembre de 2009 (Proc. 364/2009).

SAP A Coruña, Civil, 26 de febrero de 2010 (Proc. 88/2010).

SAP Las Palmas, Civil, 17 de diciembre de 2010 (Proc. 3/2011).

SAP Madrid, Civil, 26 de diciembre de 2011 (Proc. 267/2011).

SAP Murcia, Civil, 9 de mayo de 2017 (Proc. 126/2017).

SAP Las Palmas, Civil, 21 de marzo de 2019 (Proc. 404/2019).

SAP Murcia, Civil, 22 de octubre de 2019 (Proc. 234/2019).

SAP Málaga, Civil, 12 de marzo de 2020 (Proc. 116/2020).

SAP Valencia, Civil, 20 de mayo de 2020 (Proc. 125/2020).

Providencia Juzgado de lo Penal 2, Cáceres, 15 diciembre 2020, en https://www.elperiodicoextremadura.com/caceres- local/2020/12/25/deniegan-letrada-aplazar-juicio-fecha-43806427.html

Auto Juzgado de lo Penal Cáceres 15 enero 2021, en https://www.elconfidencial.com/espana/2021-01-18/juez-niega- suspender-juicio-caceres-embarazo-maria-benito-maternidad-fiscalia_2905639

FUNDACIÓN Mutualidad

La defensa letrada de las garantías procesales cuando interviene traductor o intérprete de lengua extranjera

Blanco Mazzini Parejo

Máster de Acceso a la Abogacía (Universidad de Sevilla).
Grado en Derecho (Universidad Española de Educación a Distancia)

X Premios a la Excelencia Cátedra Fundación Mutualidad

FUNDACIÓN Mutualidad

Blanca Mazzini Parejo

Máster de Acceso a la Abogacía
(Universidad de Sevilla)
Grado en Derecho (Universidad Española
de Educación a Distancia)

PRIMER PREMIO

X Premios a la Excelencia de la Cátedra Fundación Mutualidad Abogacía

2022

FUNDACIÓN Mutualidad

1. **Introducción** 230
2. **La profesión del traductor e intérprete** 232
   - 2.1. Modalidades 232
     - 2.1.1. Traducción: general o especializada 233
     - 2.1.2. Interpretación: consecutiva, bilateral o simultánea 233
   - 2.2. Categorías: jurídica, judicial y jurada 234
   - 2.3. Clasificación 237
3. **Normativa aplicable** 239
   - 3.1. Derecho constitucional 239
   - 3.2. Ámbito penal 240
   - 3.3. Ámbito civil 246
4. **Impacto en el ejercicio de la abogacía** 250
   - 4.1. Empresas adjudicatarias 250
   - 4.2. Traducción de prueba documental 253
   - 4.3. Traducciones a vista 256
   - 4.4. Control de la calidad 258

5. Mejoras a realizar 260
5.1. Creación de un Registro 260
5.2. Directrices de actuación 261
5.2.1. Confidencialidad e imparcialidad 262
5.2.2. Información previa al intérprete 262
5.2.3. Espacio y medios 263
5.2.4. Duración de la intermediación 263
5.2.5. Conversación pausada 264
5.2.6. Respeto de los turnos de palabra 264
5.2.7. Uso de la primera persona 265
5.2.8. Modificación del discurso ajeno 266
5.2.9. Interpretación de la totalidad de las actuaciones 268
5.2.10. Relevo 269
6. Conclusiones 270
Bibliografía 272
Normativa 274
Jurisprudencia 275

1. Introducción

Toda persona tiene el mismo derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales, consagrado por el artículo 24 de nuestra Constitución[1], con independencia del idioma que hable o entienda, sea este una de nuestras lenguas nacionales o sea extranjera.

Sin embargo, la normativa al respecto es escasa y deficiente, por lo que entrará en juego, además de lo sensibilizado que pueda estar el juzgador con la cuestión, la capacidad y bagaje del letrado defensor de quien no conoce la lengua del procedimiento. El presente trabajo está orientado a plasmar la situación actual la asistencia de traductor o intérprete en el marco de los procesos judiciales, examinando para ello la ley y la jurisprudencia aplicables y aportando directrices de actuación para la protección de las garantías procesales de nuestro cliente.

El enfoque será analítico y expositivo en la primera parte, donde estudiaremos cómo se regula la profesión del intermediario lingüístico y su intervención en los procesos, para pasar a continuación a una perspectiva más crítica relacionada con los aciertos y carencias de la normativa y la praxis diaria en nuestros juzgados y tribunales.

Se trata, por tanto, de un trabajo eminentemente práctico en el que quien escribe parte de la base de la propia experiencia como intérprete judicial y como abogada ejerciente, pues es graduada en Traducción e Interpretación por la Universidad Pablo de Olavide y graduada en Derecho por la Universidad Nacional de Educación a Distancia, habiendo superado además un doble máster en Abogacía y Relaciones jurídico-privadas en la Universidad de Sevilla.

Actualmente es doctoranda en los departamentos de Derecho civil y Derecho procesal en la Universidad de Sevilla, donde investiga y elabora su tesis doctoral acerca de la traducción e interpretación en el ámbito judicial.

1. Constitución española, 29 de diciembre de 1978

Entramos a la cuestión primero desde la perspectiva de los profesionales de la traducción e interpretación, para posteriormente observar con conocimiento de causa cómo puede y debe el abogado interactuar con ellos, siempre en interés de un proceso justo con todas las garantías.

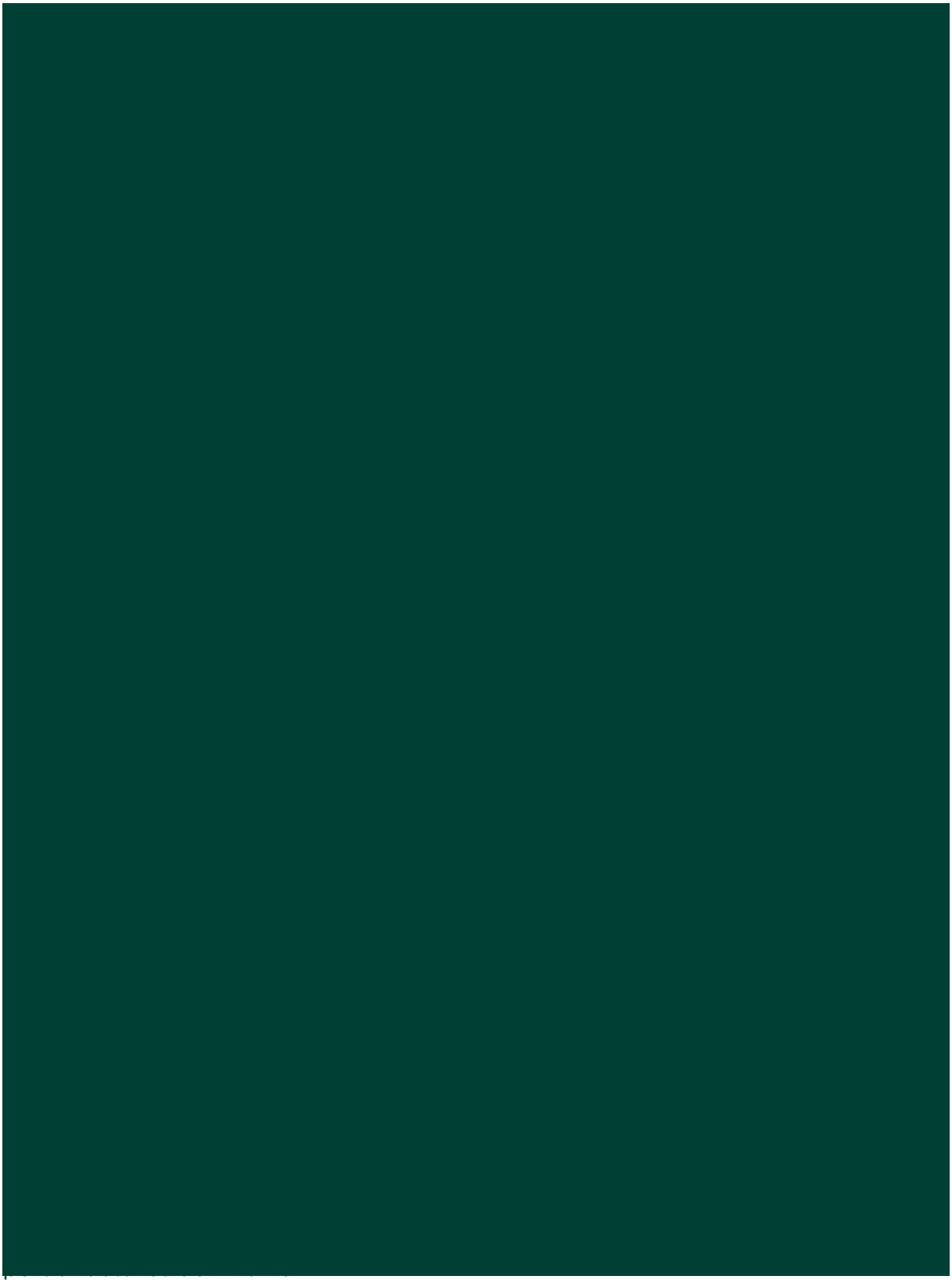
2. La profesión del traductor e intérprete

Para empezar, debemos distinguir ambas profesiones, pues es común que se confundan e incluso el propio legislador, como veremos, las mezcla o utiliza indiscriminadamente. La traducción se encarga de un texto escrito, el cual se reelabora en un idioma distinto para que pueda entenderlo una persona que no conocía el idioma original del texto. Por su parte, la interpretación trabaja con la lengua oral, con los discursos y conversaciones hablados.

Al ser procesos tan diferentes, las habilidades que necesita tener el profesional también cambian, pues generalmente el traductor cuenta con más tiempo para leer el texto y consultar fuentes documentales, mientras que el intérprete deberá actuar en el momento y resultarán relevantes otros aspectos de la situación como son la dicción, el tono de voz o el volumen.

2.1. Modalidades

Dentro de cada profesión existen varias modalidades, relacionadas con el grado de especialización del texto, en la traducción, o con la forma en la que se lleva a cabo el intercambio oral de información, durante la interpretación. Las exponemos en los siguientes apartados.



Mediante la interpretación bilateral el intérprete se encarga de que dos personas que hablan idiomas distintos se entiendan entre ellas, trasladando las intervenciones de una comunicación. Al no tratarse de un discurso elaborado, la toma de notas no suele ser necesaria, ya que además los fragmentos a trasladar son más breves.

Por último, la interpretación simultánea consiste en repetir lo que dice el orador en otro idioma al mismo tiempo que éste continúa desarrollando el discurso. Es la modalidad tradicionalmente considerada más difícil dentro del sector, pues hay que tener grandes capacidades de abstracción y rapidez mental para escuchar, trasladar el discurso de un idioma a otro y hablar al mismo tiempo.

Para esta última modalidad se utilizan cabinas de interpretación, dentro de las cuales se sitúan los intérpretes haciendo uso de auriculares y micrófono. Su uso en juzgados es meramente anecdótico, pues no se cuentan con los medios técnicos y personales suficientes para su correcto desarrollo.

2.2. Categorías: jurídica, judicial y jurada

La traducción e interpretación tiene tanto impacto en el campo del Derecho que dentro de este ámbito podemos distinguir tres categorías principales, de aplicación a todas las modalidades de traducción e interpretación que hemos expuesto en los apartados anteriores.

Aunque en el ámbito de la traducción existe cierta controversia entre autores sobre el uso indiscriminado de los términos «jurídica» y «judicial», resulta mayoritaria la postura de aquellos que la consideran distinta, con quienes coincidimos. Según estos últimos, entre los que destaca ORTEGA ARJONILLA[2], la traducción jurídica se emplea para textos relacionados con el Derecho, mientras que la judicial será toda aquella que

2. ORTEGA ARJONILLA, «La traducción jurídica, jurada y judicial: aspectos teóricos, metodológicos y profesionales», en AA. VV., La traducción y la interpretación en las relaciones jurídicas internacionales, MONZÓ NEBOT y BORJA ALBI (coord.); Castellón de la Plana, Universitat Jaume I, 2005, p.113 y ss

se utilice en el marco de un proceso, como pueden ser, además de textos jurídicos, todo tipo de textos, con independencia de su temática, siempre y cuando se pretenda hacerlos valer en el marco de un procedimiento judicial.

Esta clasificación resulta extensible a la interpretación, por lo que cuando hablamos de jurídica nos referimos a la temática del texto o discurso, mientras que al calificarla de judicial nos referimos únicamente al contexto, pudiendo tratarse de cualquier tipo de contenido, especializado o no, jurídico o no.

Si introducimos un informe pericial médico, escrito o mediante interrogatorio oral, necesitaremos un traductor o intérprete especialista en medicina y será una traducción o interpretación médica, no jurídica, aunque judicial, pues el ámbito en el que se encuadra es el del procedimiento ante los juzgados y tribunales.

Por último, para que la traducción o interpretación pueda calificarse de jurada, será necesario que el traductor o intérprete esté habilitado para ello, siendo en la actualidad la única forma posible de acceder a dicha habilitación superar el examen que el Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación realiza al efecto. O bien, como indica GALANES SANTOS[3], las Comunidades Autónomas con competencias en la materia.

Anteriormente se contaba con la posibilidad de acceder a esta certificación cursando una serie de créditos específicos en la Licenciatura en Traducción e Interpretación, opción con la que no se cuenta en actualidad, pese a las críticas del sector de la traducción e interpretación que ha suscitado su eliminación.

Así, este tipo de traducción o interpretación sólo podrá llevarla a cabo un traductor o intérprete jurado habilitado por el mencionado Ministerio, para lo cual deberá sellar y firmar un documento acreditando su veracidad y exactitud, adquiriendo así el trabajo realizado un carácter oficial. A este profesional, por lo tanto, se le exige una mayor calidad en cuanto al trabajo realizado, pudiendo incurrir el firmante en responsabilidad en caso de errores de modo más agravado que la responsabilidad que todo traductor o intérprete tiene.

De este modo, se presumirá una mayor fidelidad respecto al original y se utilizará para cualquier trámite oficial en el que así se requiera, generalmente por exigencias

3. GALANES SANTOS, «La acreditación de traductores y/o intérpretes jurados en España: novedades, contrastes e incoherencias», Sendebar, vol. 21, 2010, pp. 253

del procedimiento en cuestión. Debido a que la lista de traductores e intérpretes es finita, estos eligen libremente sus honorarios y generalmente su trabajo conlleva un desembolso económico más elevado frente al encargo que se realice a otros profesionales del sector.

Los exámenes para traductor e intérprete jurado tienen fama de ser muy difíciles, habiendo aprobado los de la pasada convocatoria de 2017 únicamente dos personas de los 622 candidatos, como expone PONCE GONZÁLEZ[4]. Además, no se ha convocado examen desde la convocatoria de 2018, la cual regula la Resolución de 12 de julio de 2018, de la Subsecretaría, por la que se convocan exámenes para la obtención del título de Traductor-Intérprete Jurado.

De este modo, el acceso a traductores e intérpretes jurados resulta difícil y no se les exige condición de tales a los profesionales que ejercen en el marco de los procesos judiciales por lo que ha pasado de ser lo que debiera haber sido la norma, a resultar una excepción.

4. PONCE GONZÁLEZ, «La traducción en el ámbito de la cooperación jurídica internacional civil», Rev. Boliv. de Derecho, vol. 28, 2019, p. 352

2.3. Clasificación

En resumen, cada modalidad podrá utilizarse en distintos tipos de contextos, lo que nos lleva a calificar la traducción, sea general o especializada; y la interpretación, sea consecutiva, bilateral o simultánea; de judicial y jurídica. Sólo en función de la certificación con la que cuente el traductor o intérprete se podrá considerar el resultado final jurado o no.

Recogemos para mayor claridad las posibilidades que hemos mencionado en una tabla.

Traducción	General	Judicial	Jurada
			No jurada
		Jurídica	Jurada
			No jurada
	Especializada	Judicial	Jurada
			No jurada
		Jurídica	Jurada
			No jurada
	Bilateral	Judicial	Jurada
			No jurada
		Jurídica	Jurada
			No jurada
Interpretación	Consecutiva	Judicial	Jurada
			No jurada
		Jurídica	Jurada
			No jurada
	Simultánea	Judicial	Jurada
			No jurada

Tabla 1 - Modalidades de traducción e interpretación

Como veremos a continuación, la normativa con la que contamos no tiene en cuenta esta clasificación, por lo que los traductores e intérpretes que trabajan en juzgados serán o no especializados, tendrán o no capacidad para realizar interpretaciones simultáneas y podrán ostentar o no la certificación de traductor o intérprete jurado. Esta circunstancia conlleva no pocos problemas relacionados con la calidad del trabajo final y la efectividad de la comunicación entre intervinientes que no hablan el mismo idioma.

3. Normativa aplicable

Tal como señala acertadamente DE LA HERAS CABA[5], la regulación de la traducción e interpretación en los procesos judiciales ha sufrido con el paso del tiempo una evolución que ha desembocado en una situación compleja en la que todavía consideramos que es necesario avanzar, pues no se ha llegado todavía a la tan esperada profesionalización del traductor intérprete jurídico.

Aunque puede ser necesario servirse de intérprete en todos los órdenes jurisdiccionales, la cuestión se regula principalmente en la ley procesal penal, aunque también podemos encontrar algunos artículos poco desarrollados en la Ley de Enjuiciamiento Civil[6]. Por su relevancia, nos centraremos en ambos articulados, examinando similitudes y diferencias.

3.1. Derecho constitucional

Aunque la Constitución española no recoge expresamente el derecho a la interpretación, el Tribunal Constitucional lo ha contemplado de forma reiterada en su jurisprudencia como derecho integrado en el de defensa del artículo 24.2 CE.

5. DE LAS HERAS CABA, «La figura del traductor en las normas procesales españolas. Análisis de los órdenes jurisdiccionales civil, penal, contencioso-administrativo y social», Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia, vol. 13, 2016, p. 2
6. En adelante nos referiremos al Real Decreto por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal, 14 de septiembre de 1882 como LECrim y a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil como LEC

Señala el Tribunal Constitucional en su STC 188/1991[7] que el derecho a la asistencia gratuita por intérprete se incluye en la dimensión material de la tutela efectiva, manifestando al respecto en la STC 181/1994[8] que «es razonable que el derecho a "ser asistido gratuitamente por un intérprete" haya de ser incluido sin violencia conceptual alguna en el perímetro de este derecho fundamental, aun cuando la norma constitucional no lo invoque por su nombre».

Por su parte, la Ley Orgánica del Poder Judicial[9], aunque recoge la interpretación, lo hace de un modo genérico e insuficiente, puesto que en su artículo 231.5 dispone que «en las actuaciones orales se podrá habilitar como intérprete a cualquier persona conocedora de la lengua empleada, previo juramento o promesa de aquella». No se contempla, por tanto, la necesidad de que el intérprete esté formado como tal, sino que únicamente conozca la lengua empleada y, además, únicamente se ofrece la posibilidad, sin determinar que sea obligatorio o necesario.

3.2. Ámbito penal

Comenzamos por la normativa procesal penal, pues es más extensa y específica y, en la praxis cotidiana de los juzgados y tribunales sus disposiciones se aplican en otros campos. La regulación ha sido modificada por la Ley Orgánica 5/2015 por la que se modifican la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para transponer la Directiva 2010/64/UE, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales y la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales. Con ella se introduce en la LECrim el capítulo II del título I, «del derecho a la traducción e interpretación», que comprende los artículos 123 a 127.

7. STC nº 188/1991, de 3 de octubre (RTC 1991\188)
8. STC nº 181/1994, de 20 de junio (RTC 1994\181)
9. Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial

Esta reforma provoca que, por vez primera en nuestro país, se comience a utilizar terminología más específica como interpretación simultánea, interpretación consecutiva o traducción escrita. Sin embargo, siguen sin tenerse en cuenta las necesidades concretas de los profesionales lingüísticos, limitándose a cumplir las previsiones de la mencionada directiva europea. Tampoco se separan las cuestiones relativas a la traducción, de las de la interpretación, tratando conjuntamente ambos procesos, tan diferentes entre sí, igualándolos de forma entremezclada.

Así, el artículo 123.1 LECrim recoge los siguientes derechos de los investigados o acusados que no hablen o entiendan el castellano o la lengua oficial en la que se desarrolle la actuación:

a) Derecho a ser asistidos por un intérprete que utilice una lengua que comprenda durante todas las actuaciones en que sea necesaria su presencia, incluyendo el interrogatorio policial o por el Ministerio Fiscal y todas las vistas judiciales.
b) Derecho a servirse de intérprete en las conversaciones que mantenga con su Abogado y que tengan relación directa con su posterior interrogatorio o toma de declaración, o que resulten necesarias para la presentación de un recurso o para otras solicitudes procesales.
c) Derecho a la interpretación de todas las actuaciones del juicio oral.
d) Derecho a la traducción escrita de los documentos que resulten esenciales para garantizar el ejercicio del derecho a la defensa. Deberán ser traducidos, en todo caso, las resoluciones que acuerden la prisión del imputado, el escrito de acusación y la sentencia.
e) Derecho a presentar una solicitud motivada para que se considere esencial un documento.

De este modo, el artículo 123.1 recoge el importantísimo derecho del investigado por un delito a servirse de intérprete en las conversaciones privadas que mantenga con su abogado y la independencia de los gastos generados de la asistencia del intérprete de las costas procesales, puesto que serán sufragados por la Administración sin tener en cuenta el resultado del proceso. Es una previsión que deberemos tener en cuenta en el ejercicio de la abogacía, pues es bastante frecuente que tengamos que comunicarnos con el cliente sin apoyos y muchos compañeros no piden el intérprete al que el procesado tiene derecho.

El artículo 123.2 se refiere a la prevalencia de la interpretación simultánea, previsión de dificilísimo cumplimiento con los medios técnicos con los que cuentan los juzgados,

pues para la misma será necesaria la utilización de cabinas de interpretación y dispositivos electrónicos de audio. Se indica a continuación que «en el caso de que no pueda disponerse del servicio de interpretación simultánea, la interpretación de las actuaciones del juicio oral a que se refiere la letra c) del apartado anterior se realizará mediante una interpretación consecutiva de modo que se garantice suficientemente la defensa del imputado o acusado».

Suele utilizarse, de hecho, la interpretación consecutiva junto con la bilateral, con el aumento de tiempos que esto supone, pues cada intervención deberá ser repetida tanto en la lengua origen como en la lengua meta de la interpretación. Se utiliza la interpretación consecutiva, mediante la toma de notas, cuando el discurso cuenta con cierta extensión y no conviene interrumpir el mismo o fragmentarlo en intervenciones más lentas, como en el caso de los informes finales o las narraciones de testigos que son preguntados de forma abierta.

Recomendamos sin embargo el uso de la bilateral siempre que sea posible, pues la intervención de distintas partes en el proceso y la falta de experiencia de la mayoría de ellas de ser interpretadas dificulta la fluidez de interpretaciones prolongadas. Con la bilateral se trasladan los breves fragmentos de los que se compone una conversación entre dos personas, sin que suelan tomarse notas por poder retener el intérprete la información manifestada sin necesidad de apuntarla.

Los intervinientes no acostumbrados a contar con intérprete suelen perder la cuenta de los turnos de palabra cuando estos se alargan e intentar intervenir cuando debe hacerlo la intérprete u olvidar que su discurso debe ser trasladado, alargándolo en exceso. Con turnos de palabra breves e intervenciones continuadas de la intérprete resulta más fácil en este tipo de contextos que se identifique el orador real y se preste atención a su tono de voz y expresión corporal en lugar de tener en cuenta las del intérprete, que deben mantener una mayor neutralidad.

Por su parte, el artículo 123.3, con el que nos encontramos en desacuerdo por entender que el contenido de los documentos esenciales debe respetarse, limita el derecho a la traducción de la siguiente forma:

> *En el caso de la letra d) del apartado 1, podrá prescindirse de la traducción de los pasajes de los documentos esenciales que, a criterio del juez, tribunal o funcionario competente, no resulten necesarios para que el imputado o acusado conozca los hechos que se le imputan.*

Excepcionalmente, la traducción escrita de documentos podrá ser sustituida por un resumen oral de su contenido en una lengua que comprenda,cuando de este modo también se garantice suficientemente la defensa del imputado o acusado.

El resto de apartados del precepto recogen otras cuestiones fundamentales como es el plazo, artículo 123.4 LECrim, «la traducción se deberá llevar a cabo en un plazo razonable y desde que se acuerde por parte del tribunal o juez o del Ministerio Fiscal quedarán en suspenso los plazos procesales que sean de aplicación». Podemos observar que no se establece plazo concreto, por lo que habremos de estar a la jurisprudencia para apreciar dilaciones indebidas. En cuanto a la suspensión de plazos hay que tener en cuenta que también opera en el caso de notificaciones, que no se entenderán por válidamente hechas hasta que se realicen en idioma que entienda el notificado.

El artículo 123.5 LECrim se ocupa la asistencia del intérprete mediante videoconferencia o cualquier otro medio de telecomunicación, salvo que, de oficio o a instancia de parte, se entienda necesaria la presencia del intérprete para salvaguardar los derechos del imputado o acusado. Esta disposición, que resulta acertada en cuanto a acortar la duración del procedimiento y evitar desplazamientos innecesarios, deberá ser en todo caso valorada por los letrados, ya que en ocasiones el sistema informático funciona lento, entrecortado o con limitado volumen, por lo que no siempre resulta la mejor garantía de una correcta comunicación entre intérprete e interpretado. En consecuencia, es una práctica que no se encuentra extendida en los juzgados, como sí ocurre con las declaraciones en sede policial.

Por último, el apartado 6 del artículo 123 de esta ley regula la documentación en soporte audiovisual de lo actuado, previsión cuyo cumplimiento consideramos que debe ser exigido por los letrados, pues resulta fundamental a efectos de recursos. Por su parte, el artículo 124 versa sobre la elección de la profesional y al respecto establece que debe designarse el traductor o intérprete entre aquellos incluidos en los listados elaborados por la Administración competente, listados que, a día de hoy, son inexistentes. En casos de excepcional urgencia se permite habilitar intérprete ad hoc o persona conocedora del idioma. Se regula en este artículo asimismo la necesidad de que la intérprete respete el carácter confidencial del servicio que presta.

En su tercer apartado, el citado precepto contempla la posibilidad, no exenta de controversia, de que el tribunal, juez o Fiscal, de oficio o a instancia de parte, «aprecie

que la traducción o interpretación no ofrecen garantías suficientes de exactitud» y, previas las comprobaciones pertinentes, ordene la designación de un nuevo traductor o intérprete. Dicha posibilidad legal nada contempla acerca de cómo puede un juez valorar que la interpretación que se está realizando resulta o no correcta si no es conocedor del idioma extranjero desde el que parte la misma.

Del mismo modo, el artículo 125 delega en el juez, de oficio o a instancia de parte, la función de comprobar si es necesaria o no la actuación de un traductor o intérprete. Sin desmerecer las capacidades de los jueces, consideramos que los mismos deberían limitarse al ámbito jurídico y evitar valoraciones idiomáticas realizadas sin apoyo de especialistas, debiendo estar a si la persona solicitante de asistencia considera necesario expresarse en su idioma. Ello con especial motivo al fijar el artículo 126 LECrim el carácter de no renunciable del derecho a la interpretación. También se menciona expresamente la posibilidad de recurso contra la decisión que deniegue el derecho a la traducción o interpretación.

Otra novedad destacable de la reforma de 2015 es la dispensa de la obligación de declarar para los traductores e intérpretes que se plasma en el artículo 416.3 LECrim, intrínsecamente relacionada con la confidencialidad que les exige el artículo 124.2 de la misma ley.

Pues bien, esta regulación se añade a la ya existente, la cual no se ha derogado ni armonizado con los nuevos preceptos, provocando una exposición confusa y fragmentada de la normativa aplicable, en consonancia con lo que nos encontramos a lo largo de la totalidad de la LECrim. Así, se regula la asistencia de intérprete durante la instrucción del procedimiento ordinario con el artículo 398 para las declaraciones de los procesados, con remisión al artículo 440 que se ocupa de los testigos.

Para el procedimiento abreviado es el artículo 762.8ª el que lo contempla, con remisión nuevamente al artículo 440 aunque «sin que sea preciso que el intérprete designado tenga título oficial». Matización poco útil ya que en general no se requiere título oficial, sólo se prefiere frente a otras opciones. Es el artículo 441 el que fija la jerarquía que deberá seguirse para la elección del intérprete, el cual, como manifiesta ARCOS ÁLVAREZ[10], en lugar de circunscribir la actuación del intérprete a los oficialmente titulados para serlo, únicamente se les concede prioridad a los mismos frente al maestro del idioma o cualquier persona que hable el idioma.

10. ARCOS ÁLVAREZ, «Antología de la legislación sobre la traducción y la interpretación en contextos jurídicos con aplicación en España», FITISPos International Journal, vol. 3, 2016, p. 21

En caso de que las opciones enunciadas resulten insuficientes cabe acudir a la Oficina de Interpretación de Lenguas, a la cual se remitirán por escrito las preguntas que se le deban hacer al testigo para que las traduzca, debiendo dicho testigo contestarlas en su idioma en sede judicial para, nuevamente, solicitar su traducción a la Oficina. Esta posibilidad, que rompe completamente los principios de unidad e inmediación del juicio oral, afortunadamente no se utiliza en la práctica. Resulta un procedimiento del todo exento de garantías de que el testigo comprenda correctamente lo que se le está preguntando o sea espontáneo en sus respuestas y ni siquiera se establece cómo debe procederse para entregarle las preguntas. Resulta a nuestro entender un tanto tosco ponerle delante una hoja con preguntas a una persona que no entiende el idioma que hablan quienes se encuentran a su alrededor y dejar que la rellene completamente aislado y en un entorno que muy probablemente le resulte ajeno e imponente como pueden ser los juzgados y tribunales.

La regulación del artículo 441 LECrim, ahora obsoleta, resultaba adecuada al contexto para el que se reguló, en el que no se contaban con medios informatizados ni era habitual fuera de las grandes ciudades contar con personas formadas en idiomas, por lo que en él se establece un orden de prelación que garantizase poder contar con alguien que hiciera las veces de intérprete, aun sin serlo. Este proceder, que debería haber quedado superado, no dista demasiado de la situación actual de los intérpretes de lenguas minoritarias, puesto que las empresas intermediarias contratan a meros conocedores del idioma o inmigrantes nativos con bajo nivel de español.

El artículo 520.2 h) establece la gratuidad de la asistencia de intérprete a detenidos y presos. Aunque no se menciona expresamente la traducción, una vez más olvidada, se entiende también incluida en dicho precepto. También la Ley 4/2015, del Estatuto de la víctima del delito plasma en su artículo 9 el derecho a la traducción e interpretación gratuitas en sede judicial y policial de forma muy similar a lo que lo hace la LECrim en su nueva regulación.

3.3. Ámbito civil

La ley procesal civil, como hemos adelantado, no presta la atención que debiera a la materia, lo cual es especialmente negativo si tenemos en cuenta que es la regulación subsidiaria al resto de los ordenamientos, al ser de aplicación supletoria por lo dispuesto en el artículo 4 LEC, «en defecto de disposiciones en las leyes que regulan los procesos penales, contencioso-administrativos, laborales y militares, serán de aplicación, a todos ellos, los preceptos de la presente Ley».

Podremos observar cómo, a pesar de ser mucho más reciente que la LECrim, como apunta VIEIRA MORANTE[11] (2013:2) su alcance es notoriamente más limitado que el de la normativa penal. Aunque es cierto que los preceptos de la LECrim que regulan esta cuestión han sido modificados con posterioridad a la promulgación de la LEC del año 2000, ello no excusa que, a día de hoy, no se haya abordado esta cuestión de manera más exhaustiva y precisa en nuestra Ley procesal civil.

La intervención de intérpretes viene regulada en el artículo 143 LEC, el cual establece que se le facilitará intérprete a toda persona que deba ser interrogada o prestar declaración y no conozca la lengua oficial del tribunal. Mediante decreto, el Letrado de la Administración de Justicia, en adelante, LAJ, «podrá habilitar como intérprete a cualquier persona conocedora de la lengua de que se trate, exigiéndosele juramento o promesa de fiel traducción». Esta regulación nos parece sorprendente, pues de nada sirve que el intérprete mero conocedor de un idioma prometa o jure realizar correctamente su trabajo si no cuenta con la especialización o formación necesaria para ello.

De sus actuaciones se levantará acta firmada por el intérprete «en la que constarán los textos en el idioma original y su traducción al idioma oficial». Podemos apreciar que el legislador mezcla las profesiones de traductor e intérprete, para las cuales, como hemos mencionado, se requieren habilidades y formaciones específicas y diferentes. Generalmente, un intérprete podrá traducir sin demasiado problema los

11. VIEIRA MORANTE, «La interpretación y traducción de lenguas en los procedimientos judiciales (Directiva 2010/64/UE)», Diario La Ley, vol. 8852, 2013, p. 2

textos que sean necesarios, pero, de hacerlo, lo ideal sería acudir a un traductor-intérprete, puesto que puede ocurrir que una persona tenga amplia formación oral pero no alcance tanta precisión en la competencia escrita.

Aunque en el ámbito del Derecho civil, de naturaleza privada, generalmente los traductores e intérpretes deberán ser contratados por la parte que precise sus servicios, bien para sí misma o bien para los testigos o pruebas documentales que proponga, esta asistencia resulta exenta de pago para aquellos litigantes a los que se le reconozca el derecho a la asistencia jurídica gratuita, tal como establece la Ley 1/1996 de asistencia jurídica gratuita en su artículo 50.1 a) en relación con los servicios de interpretación y en el apartado b) del mismo para la traducción.

Por tanto, en aquellos casos en los que el litigante carezca de los recursos económicos necesarios, el traductor o intérprete será designado por el Juzgado o, en la práctica, por la empresa adjudicataria que venga prestando este servicio, encontrándonos en estos casos en idéntica situación de lo que ocurre en el orden penal, aunque con la diferencia de que la cuestión se regula de forma todavía más escasa y deficiente.

En general, la traducción queda relegada a un segundo plano en nuestra normativa, al tratarse de un procedimiento escrito cuyas implicaciones quedan quizás menos patentes que en el caso de la interpretación, pero cuya aplicación con omisiones o errores no está exenta de problemas. Suele tener que recurrirse a la misma en momentos previos, al abordar la mayoría de los procedimientos primero los trámites escritos y después la vista o juicio oral, por lo que cualquier deficiencia puede afectar a la totalidad de lo actuado.

En lo relativo a la traducción, el artículo 142.4 LEC regula las traducciones de lenguas cooficiales de las Comunidades Autónomas, estableciendo que los documentos en las mismas tendrán plena validez y que se procederá de oficio a su traducción cuando deban surtir efectos fuera de la Comunidad Autónoma correspondiente. Para las lenguas extranjeras es el artículo 144 LEC el que contempla que deberá acompañarse de traducción todo documento redactado en lengua no oficial de la Comunidad Autónoma de que se trate. Dicha traducción podrá efectuarse de forma privada y, en caso de impugnación por la otra parte, se procederá a realizarse de manera oficial, debiendo sufragar los costes la parte impugnante en caso de ser sustancialmente idéntica.

Por lo tanto, únicamente en caso de impugnación por alguna de las partes en el plazo de cinco días, se ordenará la traducción oficial del documento. Nada se dice acerca de los requisitos de esta traducción oficial, por lo que entendemos que deberá aportarse una traducción jurada, cuestión que resulta problemática en cuanto a que el número de traductores habilitados para realizarlas son escasos y no siempre resulta posible encontrarlos para idiomas menos comunes.

También podemos apreciar, como señala PONCE GONZÁLEZ[12], que la regulación que introduce la ya no tan nueva LEC 2000 en poco o nada ha variado de la antigua redacción que contenía la norma de 1881, puesto que únicamente se ha ampliado el plazo de impugnación de la traducción a cinco días y modificado el procedimiento para casos de discrepancia, en los que habrá que acudir a la traducción oficial, sin indicar en qué consiste la misma.

Reproducimos a continuación ambas versiones:

Artículo 601 LEC 1881	Artículo 144 LEC 2000
	1. A todo documento redactado en idioma que no sea el castellano o, en su caso, la lengua oficial propia de la Comunidad Autónoma de que se trate, se acompañará la traducción del mismo.
A todo documento redactado en cualquier idioma que no sea el castellano se acompañarán la traducción del mismo y copias de aquél y de ésta. Dicha traducción podrá ser hecha privadamente, en cuyo caso, si alguna de las partes la impugnare dentro del tercer día manifestando que no la tiene por fiel y exacta, se remitirá el documento a la Interpretación de Lenguas para su traducción oficial.	**2.** Dicha traducción podrá ser hecha privadamente y, en tal caso, si alguna de las partes la impugnare dentro de los cinco días siguientes desde el traslado, manifestando que no la tiene por fiel y exacta y expresando las razones de la discrepancia, el Letrado de la Administración de Justicia ordenará, respecto de la parte que exista discrepancia, la traducción oficial del documento, a costa de quien lo hubiese presentado. No obstante, si la traducción oficial realizada a instancia de parte resultara ser sustancialmente idéntica a la privada, los gastos derivados de aquélla correrán a cargo de quien la solicitó.

Tabla 2 - Comparativa LEC

12. PONCE GONZÁLEZ, «La traducción en el ámbito de la cooperación jurídica internacional civil», Rev. Boliv. de Derecho, vol. 28, 2019, p. 342

Esta nueva regulación de la LEC apenas modifica la anterior, pues únicamente amplía el plazo de impugnación de la traducción de tres a cinco días y modifica el procedimiento para los casos en los que existan discrepancias, en los que habrá de acudir a la traducción oficial, sin indicar en ningún momento en qué consiste la misma. El planteamiento, sustancialmente idéntico al de la LEC del año 1881, no tiene en cuenta los cambios que se han producido en nuestra sociedad, cada vez más global, y, en consecuencia, su aplicación no está exenta de problemas.

Para diferenciar entre las modalidades de traducción hemos de acudir a la Disposición Adicional 16ª de la Ley 2/2014, de la Acción y del Servicio Exterior del Estado, que, tras la modificación sufrida por la LCJI, señala que las traducciones e interpretaciones de carácter oficial serán aquellas determinadas reglamentariamente, así como las realizadas por los traductores intérpretes jurados o por una serie de organismos entre los que se encuentran la Oficina de Interpretación de Lenguas y las representaciones diplomáticas y consulares.

4. Impacto en el ejercicio de la abogacía

Ni que decir tiene la enorme importancia que alcanza el derecho a que los procesos se desarrollen con todas las garantías. Una de estas es sin duda la traducción e interpretación por un profesional debidamente cualificado y no por un mero conocedor del idioma sin capacidad ni condiciones para desempeñar dichas funciones. El legislador parece olvidar las implicaciones que puede tener una interpretación o traducción que no esté bien hecha, lo cual no resulta difícil que suceda al no prescribirse que la realice un profesional.

4.1. Empresas adjudicatarias

Una de las principales fuentes de problemas es el modelo de gestión de los servicios de traducción e interpretación que se ha implantado en casi todo el país.

Como indica LÓPEZ SÁNCHEZ13, para el cumplimiento de sus funciones, el Poder Judicial se apoya en un aparato administrativo que gestiona e impulsa los procedimientos a través de distintas figuras, empleados públicos o no, cuya regulación queda encomendada a diversos departamentos del poder ejecutivo, como son el Ministerio de Justicia.

13. LÓPEZ SÁNCHEZ y CASAL OUBIÑA, «El proceso de traspaso de la administración de justicia como instrumento de análisis de las dinámicas del Estado Autonómico», Cuadernos de Gobierno y Administración Pública, Ediciones Complutense, vol. 5-1, 2018, p. 71

De este modo, la dependencia jerárquica puede ser un factor que provoque dificultades en cuanto a que el titular del órgano jurisdiccional no tenga capacidad efectiva de decisión sobre el personal que tiene a su cargo, bien interno, bien externo como suele ser el caso de traductores e intérpretes.

Esta situación revierte de especial complejidad si tenemos en cuenta, además, el proceso de descentralización del poder que ha venido sufriendo nuestro país a causa de la estructura cuasi federal única que constituyen nuestras comunidades autónomas. La justicia se ejerce mediante un poder judicial único en todo el Estado, siendo su administración de exclusiva competencia estatal pero su gestión se ha encargado de forma gradual a las comunidades autónomas, las cuales se encargan, entre muchas otras cosas, de proporcionar a los traductores e intérpretes y los medios materiales concretos para que éstos puedan desarrollar su actuación.

En la práctica, a excepción de Canarias, en la totalidad del territorio español se cuenta con empresas adjudicatarias que se encarga de enviar a los profesionales autónomos o en plantilla que consideren adecuados, sin formación previa y abonando, en general, un salario de 10 euros brutos la hora. En la actualidad, únicamente han resultado adjudicatarias de contrato las empresas Seprotec Traducción e Interpretación, S.L.U., en adelante Seprotec; Ofilingua S.L., en adelante Ofilingua; Centro de Comunicación Internacional, S.L., en adelante CCI; y el Grupo EULEN, en adelante Eulen.

En Canarias, sin embargo, se cuenta con un traductor e intérprete en plantilla quien se encarga directamente de gestionar la contratación por horas de los profesionales autónomos capacitados para el encargo en cuestión. Así, eliminando intermediarios, el coste de los servicios es menor al mismo tiempo que se eleva el salario de los traductores e intérpretes freelance.

En el resto de territorios, sin embargo, las empresas intermediarias pagan de los aproximadamente 40 euros la hora que reciben de los juzgados, 10 al intérprete, por lo que nos encontramos por lo general con personas poco preparadas, estudiantes o nativos del idioma extranjero con nociones muy básicas de español. Pocos intérpretes con formación y experiencia aceptan prestar servicios sueltos en esas condiciones, con avisos sin antelación, sin garantía de unas horas mínimas al mes y una remuneración tan baja.

El panorama actual se configura mediante los contratos que exponemos en la siguiente tabla:

EMPRESA	CCAA	PROVINCIA	CONTRATO
Seprotec	Andalucía	Granada	CONTR 2020 578312
		Almería	CONTR 2021 350839
	Aragón		(A02029283)-PRE 124-2020
	Baleares		ASE/2020/004
	Cantabria		2.4.23/19
	Cataluña		JU-2020-30
	Comunidad Valenciana		CNMY19/DGJ/03
	Extremadura		ASE/2020/004
	Galicia		2019/S 218-535659
	Madrid		A/SER-005722/2021
	La Rioja		20-7-2.01-0034/2020
	País Vasco		CO2/013/2018
Ofilingua	Andalucía	Sevilla	CONTR 2020 47395
		Córdoba	CONTR 2020 557339
		Cádiz	EXP. 10/2015
		Huelva	CONTR 2019 446311
		Jaén	CONTR 2018 75164
	Castilla la Mancha		ASE/2020/004
	Castilla y León		ASE/2020/004
	Ceuta y Melilla		ASE/2020/004
	Murcia		ASE/2020/004
	Principado de Asturias		2-16-SE
Eulen	Andalucía	Málaga	CONTR 2020 663148
CCI	Comunidad Foral de Navarra		8378_1SSJ

Como puede observarse, Seprotec y Ofilingua copan el sector, ambas con un enfoque muy similar, de priorizar la disponibilidad a la profesionalidad del traductor o intérprete.

Como letrados, por tanto, nuestra labor en sala no es fácil, pues además de controlar el procedimiento en sí, tendremos que estar pendientes de si nos parece o no que el intérprete está desarrollando correctamente el discurso. Para ello, debemos informar al cliente de que nos avise si no está entendiendo bien, y trasladar al juez cualquier preocupación que tengamos al respecto, impugnando la interpretación de ser necesario.

Recomendamos siempre que sea económicamente razonable, llevar nuestro propio intérprete de pago para controlar el trabajo del compañero enviado por la empresa adjudicataria, posibilidad que la jurisprudencia prevé. Así lo recoge la STS de 14 de marzo de 2014[14], la cual, en el marco de unas intervenciones telefónicas, manifiesta que no resulta necesaria que la interpretación sea realizada por intérprete con titulación para ello ni que sean dos los intérpretes, aunque contemplando la posibilidad.

Ya que no podemos controlar en los procesos penales qué intérprete actuará en juicio, por la necesidad de que estos sean imparciales, sí podemos al menos realizar una revisión del trabajo que realice, pidiendo su sustitución en caso de actuaciones que perjudiquen los intereses de nuestro defendido.

4.2. Traducción de prueba documental

Otra cuestión, para la que deberemos acudir a la jurisprudencia, es la necesidad de traducir íntegramente la prueba documental que se quiera aportar a juicio. Como hemos visto, se aceptan las traducciones privadas por lo que su calidad podrá ser cualquiera que la otra parte no impugne, se podrá contratar para ello a cualquier

14. STS de 14 de marzo de 2014 (RJ 2014\3836)

persona o incluso podrá el propio letrado o cliente conocedores de ambas lenguas traducir libremente el documento.

Es algo que no recomendamos hacer a ningún profesional, pero la posibilidad queda completamente abierta. Cualquier término erróneamente traspuesto u olvidado puede cambiar por completo el sentido del texto. La situación revierte de una inseguridad tal que lleva a pensar en la conveniencia de impugnar y revisar toda traducción, cuando la solución más fácil y eficaz sería partir de un registro de traductores formados en la materia de los que pueda suponerse un mínimo de formación y profesionalidad.

En el ámbito civil, del tenor del precepto legal aplicable, el artículo 144 LEC, se puede deducir que ésta deberá realizarse abarcando la totalidad del texto a aportar, aunque la jurisprudencia al respecto resulta variada. Para, supuestamente, favorecer la efectividad de la tutela judicial y evitar gastos superfluos, en ocasiones en los que el juez lo entienda suficiente, bastará con traducir los aspectos esenciales del documento. Así lo manifiesta la SAP Teruel de 30 de octubre de 2006[15], la cual no aprecia infracción del artículo 144 LEC cuando la documentación aportada no está redactada completamente en lengua extranjera, sino que únicamente aparecen en ella «aspectos accesorios del documento que no afectan a lo principal que en ellos se consigna».

Afirma ABEL LLUCH[16] que podemos encontrar tres posiciones jurisprudenciales distintas, siendo la primera de ellas la más estricta, pues aboga por declarar la nulidad de las actuaciones y devolverlas al Juzgado de Instancia o a la parte aportante para que proceda a la traducción obviada. Como parte de ella, la STSJ de Andalucía de 8 de enero de 2003[17] exige la traducción de un informe médico presentado en inglés.

La segunda postura corresponde al extremo contrario, en el que de forma tolerante se estima que los documentos extranjeros no traducidos pueden ser valorados por el juez o tribunal. Por ejemplo, la SAP de Vizcaya de 28 de marzo de 2007[18] desestima el recurso presentado a causa de la aceptación de albaranes en inglés, afirmando que la necesidad de traducción puede considerarse en plano procesal pero aún sin ella el impreso puede contribuir junto con el resto de pruebas a acreditar la existencia de la deuda que documenta. Se considera que la información económica, expresada en

15. SAP de Teruel de 30 de octubre de 2006 (JUR 2006\285239)
16. ABEL LLUCH, Derecho probatorio, Barcelona, Bosch, 2012, p. 108
17. STSJ de Andalucía de 8 de enero de 2003 (AS 2003\617)
18. SAP de Vizcaya de 28 de marzo de 2007 (JUR 2007\136590)

cifras, puede ser valorada sin necesidad de que el resto del documento se encuentre expresado en nuestro idioma. Por último, existe una situación intermedia que entiende que la ausencia de traducción consiste un defecto subsanable que, por tanto, no afecta a la validez del proceso, como manifiesta, entre otras, la SAP de Madrid de 26 de julio de 2004[19]. También la SAP de Zamora de 16 de junio de 2017[20] manifiesta en relación con la falta de traducción de documentos redactados en lengua extranjera que «habrá de estarse al caso concreto y tener en cuenta si realmente dicha falta de traducción comporta una verdadera indefensión para la parte que los recibe», considerando en el caso concreto que los documentos presentados sin traducir son entendibles y, por tanto, incapaces de causar indefensión.

Situación desconcertante se da en relación con las traducciones incompletas, las cuales entiende suficientes a efectos probatorios la STC 182/2008 de 22 de diciembre[21], argumentando que la postura contraria resultaría una interpretación de la legalidad procesal excesivamente formalista y desproporcionada, contraria al principio pro actione. Nos preguntamos, al igual que hace PONCE GONZÁLEZ[22], cómo pueden considerarse irrelevantes ciertos fragmentos de un documento que no se han aportado, pues difícilmente podrá valorar el juzgador su relevancia sin haber tenido noticia de ellos. Tampoco podrá entrar a valorarlo el traductor no jurista, puesto que podrá manifestar de forma subjetiva si considera que la información omitida es superflua, sin poseer la competencia necesaria para estimar las posibles implicaciones de esta información en el marco de un proceso judicial.

Podemos observar en las recientes resoluciones dictadas al efecto, como manifiestan PORTILLO CABRERA et al[23], que el Tribunal Supremo se ha pronunciado a favor de la flexibilización del requisito de traducción, la cual únicamente será requisito imprescindible cuando su ausencia provoque indefensión a las partes. Así, la STS de 24 de marzo de 2008[24] acepta la aportación de una carta de porte en italiano, afirmando que la misma no resulta contraria al derecho de defensa de la parte al no constar que la misma hubiera manifestado en ningún momento oposición a la recepción de dicha carta en italiano y que, además, el contenido de los documentos podía ser plenamente entendido por quien únicamente domine el castellano.

19. SAP de Madrid de 26 de julio de 2004 (JUR 2005\43337)
20. SAP de Zamora de 16 de junio de 2017 (JUR 2017\214783)
21. STC nº 182/2008, de 22 de diciembre (RTC 2008\182)
22. PONCE GONZÁLEZ, «La traducción en el ámbito de la cooperación jurídica internacional civil», Rev. Boliv. de Derecho, vol. 28, 2019, p. 3456
23. PORTILLO CABRERA y GUERRERO GÓMEZ, «La interpretación flexible del deber de acompañar al proceso la traducción de los documentos redactados en lengua no oficial», Revista Aranzadi Doctrinal, vol. 6, 2018, p. 2
24. STS de 24 de marzo de 2008 (RJ\2008\4059)

En el mismo sentido, la STS de 30 de junio de 2008[25], acepta como prueba de documentos redactados en alemán donde resultaban relevantes únicamente los números en ellos contenidos, considerando que el contenido era esencialmente numérico y, en consecuencia, la traducción resultaba innecesaria.

También la STS 96/2014, de 26 de febrero[26] confirma esta doctrina exigiendo a quien invoque infracción del artículo 144 LEC acreditar la existencia de una «indefensión constitucionalmente relevante», de modo que la prueba incorrectamente aportada al proceso hubiera podido tener una influencia decisiva en la resolución del pleito al ser susceptible de alterar el fallo en favor el recurrente. Línea jurisprudencial que encontramos peligrosa, pues difícilmente se podrá acreditar que una prueba influirá en el fallo sin que se aporte correctamente y se valore por el juzgado o tribunal, puesto serán éstos los encargados de valorarlas conforme a las reglas de la sana crítica.

4.3. Traducciones a vista

Siguiendo la línea jurisprudencial más laxa, se admiten, asimismo, las traducciones a vista de los documentos en lengua extranjera, traducciones que consisten en la lectura de un texto escrito en la lengua origen directamente en la lengua de destino, labor que deberá ser realizada por el intérprete, al resultar el profesional que se encarga de trasladar información a otra lengua de forma oral.

Dicho intérprete, por tanto, deberá leer en tiempo real el documento en lengua distinta a aquella en la que el mismo está escrito, lo cual no siempre puede realizarse con la debida precisión, al priorizarse no tener que esperar a una traducción escrita. Este proceder resulta posible llevarlo a cabo para documentos breves o poco especializados, o de los que únicamente sea necesario que el juzgador se forme una idea general, puesto que, en caso contrario, no siempre se contará con las debidas garantías de exactitud, dada la dificultad e inmediatez de esta modalidad de interpretación.

25. STS de 30 de junio de 2008 (RJ 2008\6536)
26. STS de 26 de febrero (RJ 2014\2101)

Contempla esta posibilidad ya la STS de 8 de marzo de 1991[27], la cual estima suficiente la situación que se dio en la que «compareció asimismo intérprete jurado a la vista, quedando únicamente sin traducir determinados párrafos de tales documentos en lengua inglesa». Se suelen admitir en la práctica, del mismo modo, meros resúmenes del contenido de los documentos, sobre todo, cuando se trata de trasladar su contenido a la parte, como en el caso en el que ésta deba firmar una notificación.

Nuestra postura no puede ser otra que la de defender que se exijan siempre traducciones completas y realizadas por profesionales con conocimientos especializados en la materia sobre la que verse el texto, pues de cualquier otro modo es probable que se cometan errores en la valoración de la prueba. Resulta imposible para el juez desconocedor del contenido de un documento apreciar qué partes deben ser traducidas, aún en el caso de que tenga nociones de dicha lengua, pues no serán suficiente para valorar falsos amigos, contrasentidos, información no explícita o detalles que pueden ser importantes para conocer la realidad material de una controversia.

Desde el desconocimiento de la dificultad que revierte realizar una traducción precisa y fiel al contenido, el legislador parece sentir que todo juez tiene la capacidad de tomar decisiones al respecto sin contar con la opinión de un profesional en la materia. A ningún juzgador le parecería buena idea valorar las heridas causadas por una puñalada, sin remitir a la víctima a una especialista en medicina forense. Sin embargo, se encuentra más aceptado de lo que nos gustaría el hecho de que se valoren textos en una lengua extranjera que no conocen, sin poseer conocimientos traductológicos, y afirmen sin someterlos a la mirada de una experta que no resulta necesaria su aportación en lengua oficial de nuestro Estado.

27. STS de 8 de marzo de 1991 (RJ 1991\1839)

4.4. Control de la calidad

Que el traductor que transforma pruebas documentales o el intérprete que asiste en juicio cuente con la formación, competencia y habilidades suficientes no sólo es conveniente, sino que es necesario, pues de lo contrario podría estar cometiendo un ilícito penal.

Como una primera vía de control de la calidad de la intermediación lingüística contamos con el artículo 459 del Código Penal, el cual tipifica de este modo el delito especial de falso testimonio cometido por el intérprete: «las penas de los artículos precedentes se impondrán en su mitad superior a los peritos o intérpretes que faltaren a la verdad maliciosamente en su dictamen o traducción, los cuales serán, además, castigados con la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio, empleo o cargo público, por tiempo de seis a doce años».

Podemos apreciar que, nuevamente, y en esta ocasión es el propio legislador quien incurre en ello, se confunden los términos, puesto que lo realizado por el intérprete será una interpretación. El artículo 460, por su parte, recoge las alteraciones a la verdad realizadas por el intérprete mediante reticencias, inexactitudes o silencio de datos relevantes por él conocido. Cabe preguntarse hasta qué punto es responsabilidad del intérprete no profesional o ad hoc la inexactitud no buscada del trabajo encomendado.

En el caso de que el control previo por parte del traductor o intérprete falle, la segunda vía de control con la que contamos es directamente el propio juez, quien podrá decidir sustituir al profesional y pedir a la empresa adjudicataria que envíe otro, lo cual no suele ser bien recibido por la empresa.

Toda solución parte de la formación y la información, no sólo de los profesionales lingüísticos sino de todos los intervinientes. Para conocer el alcance de una interpretación mal hecha hay que conocer sus implicaciones, pues el discurso que oye el juez será el del intérprete y no el del acusado, pero quien termina penado es este último. La responsabilidad es grande y el sistema actual no contempla directrices de actuación, delegando completamente la elección de los profesionales en empresas que miran por su propio beneficio económico.

Sin una imposición legal al respecto, sólo nos quedan medidas improvisadas y caso por caso, por lo que el letrado debe estar atento al desarrollo de la intermediación lingüística e incluso debiendo informar al juez de la posibilidad de solicitar un intérprete distinto, insistiendo en suspender el procedimiento en caso de ser necesario.

Lo explica de forma muy personal desde el punto de vista del juzgador la Magistrada DE LUNA Y JIMÉNEZ DE PARGA, en una entrevista que le realiza CLARK[28]:

> *Todos los magistrados y magistradas de este país tienen estos mismos problemas. Pero muchos no conocen lo que es la traducción y la interpretación porque nadie se lo ha explicado nunca, ni forma parte de la materia que se estudia en las oposiciones. Esto plantea una dificultad para identificar el problema que existe. Un día te das cuenta de que el intérprete no es bueno, pero no sabes qué hacer, ni a quién dirigirte, ni cómo está organizado ese servicio, ni de quién depende, ni cómo se resuelven estos temas en otros países, etcétera. Es decir, nada de nada*

Está bastante extendida la idea errónea de que la conversación en la que participa un intérprete no va a fluir correctamente y que no se puede hacer nada por evitarlo cuando, sin embargo, con un mínimo conocimiento sobre la cuestión, la situación puede ser otra.

28. CLARK, «Entrevista a Pilar de Luna y Jiménez de Parga» , La Linterna del Traductor, vol. 6, 2011, pp. 92-100

5. Mejoras a realizar

A falta de una regulación específica, podemos contar con unas mínimas directrices de actuación que, de seguirlas, pueden evitar la vulneración de los derechos fundamentales del cliente que no habla la lengua del procedimiento. Entristece pensar que una cuestión tan importante no mejora por mera dejadez, pues existe cierto consenso entre los profesionales del sector y sus asociaciones sobre cómo se debería proceder y se trata de pequeños cambios que no suponen un mayor desembolso económico al Estado, es más, pueden contribuir a un ahorro de costes.

De mejorar de base el sistema de prestación de servicios lingüísticos se podría alcanzar un modelo de contratación directa o, al menos, reducir los errores que provocan la repetición innecesaria de procesos, lo cual supondría un menor gasto público.

5.1. Creación de un Registro

Con la existencia de un registro en el que pueda consultarse de forma rápida y fiable la formación con la que cuenta un traductor o intérprete o, al menos, que ha pasado el control mínimo que el registro requiere para la inclusión de un profesional en él, sea formación, experiencia o capacidades, se aumenta la seguridad jurídica de la intervención de los mismos.

Pudiendo elegirlos de un listado homologado, serían prescindibles las empresas intermediarias o, al menos, se limitaría su actuación a idiomas minoritarios de los que no pueda encontrarse fácilmente a nadie cualificado. Es una medida básica para garantizar unos estándares mínimos de calidad y minimizar el riesgo de explotación laboral de traductores e intérpretes.

Los traductores e intérpretes, además de unos conocimientos sólidos de las lenguas de origen y destino, deberán contar, al menos, con una mínima formación jurídica. MAYORAL ASENSIO[29] manifiesta en relación con la necesidad de que el traductor jurídico sepa de Derecho de la siguiente forma: «nadie se ha ocupado de establecer, aunque sea de forma imprecisa y relativa, cuáles son los conocimientos de derecho que el mediador lingüístico de actos legales necesita». Según este autor, no es necesario que el traductor o intérprete conozca tanto el Derecho como el jurista, pues ello resulta relativo, poco práctico y difícil de alcanzar, bastando con que posea los conocimientos suficientes para comprender y saber trasladar lo que traslada. Expone acertadamente que «el que quiera saber tanto derecho como un abogado, que curse la carrera de derecho hasta obtener su licenciatura», opción por la que se ha decantado quien redacta el presente trabajo. En caso contrario, resulta necesario que se diseñen enseñanzas jurídicas específicas para los mediadores lingüísticos, dotando a estos profesionales de un conocimiento jurídico suficiente y sistemático.

5.2. Directrices de actuación

Aunque a lo largo de este trabajo nos referimos tanto a la traducción como a la interpretación, este apartado se orienta más hacia la intervención de intérpretes, puesto que los abogados no solemos estar en contacto directo con los traductores ni resulta tan fácil facilitar o entorpecer su trabajo, sino que, respecto a estos últimos, será suficiente con proporcionarles con tiempo la información que necesitan y elegir al profesional adecuado.

29. MAYORAL ASENSIO, «¿Cuánto Derecho debe saber el traductor jurídico?» en MONZÓ NEBOT y BORJA ALBI (eds.), La traducción y la interpretación en las relaciones jurídicas internacionales, Castellón, Universitat Jaume I, 2005, p. 108 y 112

Enfocamos por tanto el presente apartado hacia la intervención en sala de los intérpretes y los aspectos que como letrados podemos y debemos tener en cuenta para garantizar el derecho de defensa de nuestro asistido.

5.2.1. Confidencialidad e imparcialidad

Al aceptar el cargo se le deberá informar al intérprete de su obligación de confidencialidad, pues se debe salvaguardar en todo momento junto con su imparcialidad, debiendo desempeñar el papel de meras transmisoras del mensaje. Resulta común que un mismo intérprete asista a todos aquellos que participan en el proceso y comparten lengua, de modo que se agiliza el procedimiento y se abaratan costes. Habrá de controlarse en estos casos que el intérprete no introduzca valoraciones subjetivas, prestando todavía más atención a ello cuanta mayor sea la formación jurídica con la que cuente, puesto que únicamente al letrado corresponde asumir la defensa, tal como manifiesta ARIZA COLMENAREJO[30]. Sin embargo, no siempre le resulta fácil a la intérprete con conocimientos en Derecho trasladar informaciones que no considera correctas o adecuadas, pero sobre las que no puede posicionarse, por lo que deberá controlarse especialmente esta circunstancia.

5.2.2. Información previa al intérprete

Para garantizar un buen resultado, resulta esencial facilitar información previa a la intérprete, sobre todo cuando se trata de juicios que versen sobre temáticas especializadas, como, por ejemplo, las relacionadas con temas bancarios, maquinaria o en general cualquier reclamación de cantidad en la que intervengan informes de peritos.

Los juzgados y tribunales deben ser conscientes de que los intérpretes cuentan con las mismas obligaciones de confidencialidad que los letrados y que, además, a diferencia de éstos, no deben velar por los intereses de ninguna de las partes, por lo que su actuación debe partir desde la más absoluta confidencialidad. Por ello, y dado

30. ARIZA COLMENAREJO, «La naturaleza jurídica del traductor e intérprete judicial en el proceso penal: entre perito y colaborador judicial», en AA. VV. Peritaje y prueba judicial, PICÓ I JUNOY (dir.) Barcelona, Bosch, 2017, p. 491

que ninguna ley indica lo contrario, se le podrá facilitar con antelación información sobre el proceso, cosa que en la práctica no se realiza.

Es decir, esta confidencialidad resulta imprescindible garantizarla, pero, además, se debe ser consecuente con la misma y facilitar al traductor o intérprete toda la información que necesite para realizar su trabajo, como se hace con los abogados. Tengamos en cuenta que los profesionales lingüísticos acuden a su puesto de trabajo a ciegas, sin haber visto atestado policial o expediente alguno, y se le exige manejarse con todo tipo de terminología especializada al momento. Por tanto, sería conveniente proveer a los mismos información con anterioridad a la fecha de su intervención, para facilitar así que el desempeño de su labor se haga desde la información y el estudio previo, como se le permite hacer al resto de profesionales que intervienen en los procedimientos judiciales.

5.2.3. Espacio y medios

Jueces, magistrados y personal funcionario de la Administración de justicia deberán, siempre que sea posible, facilitar a los intérpretes un micrófono, una silla o, al menos, un espacio desde el que pueda comunicarse cómodamente con ambas partes de la interpretación manteniendo, en todo momento, contacto visual.

Además, resulta indispensable que se ponga a disposición de las partes la grabación en formato audiovisual de las actuaciones orales para que las mismas puedan ser examinadas de forma detenida y así garantizar la efectividad del expresado control, a efectos sobre todo de posibles recursos. Deberá el abogado, por tanto, insistir en que se realice la grabación en caso de que otras partes acepten renunciar a la misma.

5.2.4. Duración de la intermediación

Debe tenerse en cuenta a efectos de agenda que será necesario dedicar al juicio más tiempo del habitual, puesto que toda intervención de o hacia el extranjero será repetida por el profesional lingüista, quien además en el primer contacto con el interpretado deberá informarle acerca de quién es y cuál es, en líneas generales, su función.

Aunque, sin duda, es esencial la formación de los propios traductores e intérpretes, también es necesario cuidar la del resto de los intervinientes, a la que no suele prestarse atención por entenderlos ajenos al proceso de intermediación lingüística. Resultará sin duda menos formal y mucho más breve, incluso siendo suficiente con una breve intervención inicial del propio intérprete explicando sus funciones y la forma más adecuada de proceder, aunque para ello habrá de partirse desde la base de que se permita o fomente esta intervención o explicación.

Normalizando un proceder tan sencillo como el que exponemos se reducen muchas de las confusiones que suelen darse como que el acusado se dirija al intérprete buscando consejo jurídico o le pregunte si le debe algo por su intervención, puesto que no se le informó en ningún momento de que la misma le iba a resultar gratuita, situaciones que hemos presenciado en más de una ocasión.

Será preciso también tener en cuenta el tiempo que puede necesitar el traductor para realizar su trabajo, que dependerá no sólo de la extensión de los documentos sino también del grado de especialización del mismo, para realizarle el encargo con la antelación suficiente.

5.2.5. Conversación pausada

Deberá fomentarse que las intervenciones se realicen a buen ritmo y de forma inteligible, evitando que más de una persona hable simultáneamente. Se trata de directrices que pueden parecer básicas o evidentes, pero en la práctica cotidiana en juzgados nos encontramos con todo tipo de conversaciones. Una vez más, deberá el abogado controlar, avisar y pedir que se ralentice el discurso si ve que el intérprete se encuentra en dificultades para seguirlo, en el caso de que éste no lo indique por sí mismo.

5.2.6. Respeto de los turnos de palabra

Cuando las partes conocen, aunque sea mínimamente, cómo funciona el trabajo del intérprete se agiliza el procedimiento y se evitan malentendidos, puesto que

simplemente dirigiéndose hacia el interlocutor de forma directa, clara y natural y realizando las pausas precisas se consigue que la conversación fluya. Por ejemplo, resulta conveniente que quien intervenga sepa que las pausas deben realizarse al menos cada 5 minutos si el intérprete está tomando notas y con mucha más frecuencia cuando no, respetando siempre el contenido del discurso, puesto que, si se le da espacio para hablar sin haber terminado de formular completamente una idea, es muy probable que la misma se traslade de modo defectuoso al faltar el contexto de la misma.

Muchas veces con buena intención, pero desde el desconocimiento, se le intenta dar un protagonismo al intérprete que no tiene por qué tener, incluso realizándole preguntas directamente y pretendiendo que dé él mismo una respuesta, lo cual es frecuente cuando se olvidan datos que ya han aparecido en la conversación. En sentido opuesto, tampoco ayuda que se le pase por alto para preguntarle al interlocutor directamente si comprende, pues se le confunde en cuanto a si entiende el español o entiende lo que la intérprete le está trasladando en su idioma.

5.2.7. Uso de la primera persona

Facilita enormemente la intermediación lingüística que el juez y las partes se dirijan directamente al verdadero interlocutor, puesto que el intérprete es simple intermediario, a quien no es necesario pedirle que traslade la información. El intérprete se encuentra en la conversación precisamente para hacer de intermediario, por lo que cualquier «dígale que» o similares, son expresiones completamente superfluas, que entorpecen y ralentizan la comunicación.

Si al testigo se le pregunta «¿viste al acusado?», el intérprete trasladará a su idioma «¿viste al acusado», mientras que si se interpela directamente al intérprete con un «pregúntale si vio al acusado», deberá cambiar la frase no sólo de idioma, sino también de tercera a segunda persona. En español si utilizásemos la forma de cortesía «usted», en este ejemplo no se aprecia diferencia al coincidir la forma verbal, pero en otros idiomas y en frases más largas las preguntas indirectas añaden dificultades innecesarias.

De este modo, no sólo se evita que tenga que realizar cambios en las formas verbales, sino que resultará más natural para el juzgador mirar al testigo o parte del juicio a la cara, pudiendo examinar sus reacciones y su expresión corporal, que no será la misma en el intérprete, el cual podrá o no estar nerviosa por motivos más relacionados con su pericia que con la inocencia.

En contra de las recomendaciones firmes del sector académico, está más extendido en los tribunales el uso de la tercera persona. ONOS[31] atribuye esta tendencia a la actitud de los jueces, los cuales dirigen el procedimiento y, con él, la conversación. No estando en su mayoría acostumbrados a trabajar con intérpretes cualificados, intentan facilitarles el trabajo diciéndoles lo que deben trasladar. Sin embargo, en mi experiencia personal, los jueces se adaptan fácilmente cuando notan, tras los primeros intercambios de frases, que utilizo la primera persona y que esto agiliza la intervención.

No es mi intención ni creo que sea la de ningún compañero llevar la contraria a sus señorías, pero hemos de ser conscientes de que los expertos lingüísticos somos nosotros y tener confianza en la formación que hemos recibido. Si desde las universidades, a los que hemos tenido la suerte de podernos formar en ellas, se nos indica que se utiliza la primera persona, somos nosotros quienes debemos introducir conscientemente su uso en la conversación, fomentando que pueda salvaguardarse el contenido y tono de lo que dice el interpretado.

Del mismo modo deberán los letrados incentivar toda actuación que contribuya a salvaguardar los derechos de sus defendidos, preguntando a los intérpretes antes de entrar en sala si necesitan algo, si tienen información sobre el procedimiento o si se les puede facilitar el trabajo de alguna forma, respetando siempre su imparcialidad y a la parte contraria.

5.2.8. Modificación del discurso ajeno

Existen distintos motivos y circunstancias por los que puede resultar o no aconsejable realizar pequeñas modificaciones o adaptaciones. La primera de ellas, y más común,

31. ONOS, La interpretación en el ámbito judicial: el caso del rumano en los tribunales de Barcelona, Tesis doctoral, Universitat Autònoma de Barcelona, 2014, p. 286

son los cambios de registro, siendo habitual que el intérprete simplifique el discurso para facilitar que el interlocutor comprenda lo que se le transmite. Dado que los jueces no comprenden la parte de la conversación en lengua extranjera, no tendrán modo de saber el nivel cultural o formativo de el, por ejemplo, acusado, debiendo el abogado, en caso de conocerlo, prestar especial atención a que esté entendiendo lo que se le dice.

Es necesario ponderar dos necesidades distintas y en ocasiones contrapuestas, por una parte, que el traslado de información sea fiel a la original y, por otra, que el acusado o testigo entienda lo que se le está diciendo. En ocasiones, cuando el intérprete traslada una explicación y de la respuesta que recibe se desprende manifiestamente que el interlocutor no ha entendido bien, es tentador ampliar y explicar en el momento, pero debe tener en cuenta que el resto de intervinientes no están entendiendo la conversación paralela que se mantiene.

En nuestra opinión, es una situación a evitar. Se puede y se debe rebajar el registro dentro de los límites que la sinonimia permite, pero las explicaciones o aclaraciones adicionales son tarea de los operadores jurídicos. Para que no les resulte frustrante repetir aclaraciones, deben tener confianza en la pericia del intérprete, entendiendo que las malinterpretaciones de información se deben al desconocimiento del acusado y no a un traslado erróneo de información.

Las omisiones y ampliaciones de información deben efectuarse siempre dentro de los límites de la fidelidad del mensaje original o, al menos, avisando al juez de que se han hecho, pues éste no tiene otra forma de saber lo que se ha interpretado y, en principio, no tiene mucha más opción que confiar en que se está trasladando la información correcta. Por ello, no resulta conveniente ofrecer información jurídica que corresponde introducir al juez o al abogado, pues las decisiones de éstos son solo suyas.

Como intervinientes neutrales y objetivos, no nos podemos posicionar como ayuda del interpretado, indicándole cómo actuar o qué decir para favorecer su absolución o una valoración positiva por parte del juez. Es común en intérpretes de la misma nacionalidad del usuario y con historias quizás similares de migración a nuestro país que exista un cierto sentimiento de cercanía y ganas de que la situación se resuelva favorablemente. Sin embargo, cualquier modificación u omisión puede constituir delito penal, además de un completo desprecio a las normas deontológicas de la profesión.

Tampoco deben corregirse los errores ajenos, puesto que pueden resultar decisivos para el resultado del juicio. Si, por ejemplo, el abogado comete errores, no pueden ser rectificados por el intérprete conocedor del Derecho, como tampoco puede modificar el discurso del interrogado. Si la persona interpretada titubea o se corrige sobre la marcha, deberá el intérprete trasladar el titubeo y lo que ha dicho antes y después de corregirse, no siendo suficiente con la información final, pues es una valoración que corresponde al juez. Por ejemplo, si el acusado manifiesta que «entonces cerr..., encajé la puerta», será necesario trasladarlo del mismo modo a la juzgadora, quien será la encargada de decidir si le parece o no relevante que la primera opción del declarante haya sido «cerrar». En ocasiones, este tipo de titubeos es valorado negativamente por los que intervienen en la conversación, pues los atribuyen a vacilaciones propias del intérprete, cuando no es así.

ARRIBAS ABELEDO[32] considera que los operadores judiciales confían en los intérpretes, con lo cual nos encontramos parcialmente de acuerdo, pues la confianza es plena mientras la conversación fluye, y desaparece por completo en cuanto comienzan los titubeos, las frases sin sentido o las autocorrecciones constantes por parte de los interpretados, momentos en los que en ocasiones se duda de su profesionalidad. Sí coincidimos con la autora en que los jueces infravaloran el trabajo del intérprete, lo cual crea una sensación de falsa confianza que parte de la certeza de que es una tarea automática y de fácil ejecución, nada más alejado de la realidad, y por eso no se preocupan de si se están realizando modificaciones del discurso original, dando por hecho que se puede trasladar palabra por palabra.

5.2.9. Interpretación de la totalidad de las actuaciones

Otra cuestión de difícil cumplimiento es la necesidad de trasladar al extranjero no sólo las preguntas que se le dirigen, sino la totalidad de las actuaciones judiciales en las que está presente, para evitar la indefensión que se produciría en caso de no quedar correctamente informado. Esta previsión, aunque pueda parecer de fácil cumplimiento, no lo es tanto, pues el intérprete deberá trasladar en voz baja todo lo que se menciona en la sala al mismo tiempo que sigue escuchando, solventando tanto la velocidad que puedan alcanzar las manifestaciones de jueces, abogados y

32. ARRIBAS ABELEDO, La interpretación judicial: el intérprete en la Ciutat de la Justícia. Trabajo académico de cuarto curso, Universitat Pompeu Fabra, 2011 p. 28

fiscales como la terminología específica que puedan emplear, mientras que suple con su formación jurídica la falta de conocimientos de la materia que su interlocutor pueda tener.

Los profesionales lingüísticos deberán ser capaces de gestionar la información de modo que pueda comprenderla su destinatario, pues el ejercicio de la traducción e interpretación no se reduce al mero traslado palabra por palabra de un idioma a otro, sino que el discurso deberá llegar a su receptor de la misma forma que lo haría a un hablante del idioma de origen.

Para poder velar por el cumplimiento de sus derechos, cualquier parte en un juicio debe poder entender la totalidad de lo que se manifiesta en él, quizás debido a su falta de formación jurídica no el alcance de todo lo que se dice, pero sí al menos que se le brinde la posibilidad de escucharlo, en igualdad de condiciones que una persona que sí conoce la lengua del proceso.

5.2.10. Relevo

Si se prolonga en exceso el acto procesal deberá procurarse que el intérprete inicial sea sustituido por otro, pues se trata de una labor de alto desgaste mental que difícilmente podrá realizarse de manera satisfactoria en largos periodos de tiempo.

Una vez más, aunque se trata de una circunstancia que deberán manifestar los intérpretes y decidir los jueces, no está de más que como letrados estemos pendientes y sugiramos pausas, relevos o suspensiones.

6. Conclusiones

Analizados en profundidad el marco normativo y la situación actual de la traducción y la interpretación judicial en nuestro país, nuestra opinión es necesariamente crítica pues entendemos que nuestro legislador puede y debe hacer mucho más por garantizar el derecho del extranjero o no hispanohablante a una defensa en igualdad de condiciones a la de aquellos que entienden y hablan el idioma utilizado en el proceso.

Esperamos que mediante el presente trabajo puedan los abogados tomar conciencia del problema y saber en qué dirección actuar ante cualquier riesgo de vulneración de los derechos fundamentales de sus clientes, así como su derecho a entender y ser entendidos.

El traductor o intérprete judicial, al igual que el abogado, contribuye a que se protejan los derechos de quien ostenta la condición de parte en un proceso, en particular garantizando que la información vertida en el mismo se traslade correctamente de o hacia el idioma oficial del correspondiente órgano jurisdiccional. Sin embargo, aunque ambos profesionales influyan de manera tan decisiva en la efectividad de los derechos de la persona a la que asisten, no se les exigen los mismos requisitos para ejercer su profesión ni se les facilita del mismo modo su trabajo, lo cual nos sorprende y preocupa al mismo tiempo.

Por lo general, no resulta necesario acreditar ningún tipo de requisito académico o profesional para que un traductor o intérprete preste asistencia en el marco de un proceso, mientras que a los abogados hoy en día se les exige superar un grado universitario, un máster habilitante, un examen estatal de acceso a la profesión y colegiarseademás como ejerciente. Todas estas fases garantizan, al menos, un mínimo control sobre las competencias de quien se encarga de proteger los derechos de su cliente, mientras que el mismo cliente podrá ser asistido al mismo tiempo por un profesional lingüístico que, por diversos motivos, no pueda ser capaz de desempeñar con la suficiente desenvoltura la labor que se le encarga.

Concluimos, por tanto, con la reivindicación de que se le dé a la traducción e interpretación judicial la importancia que merece, pues resulta un eslabón de la cadena que, si falla, echa por tierra el resto de garantías que tanto cuesta salvaguardar.

Bibliografía

ABEL LLUCH, Xavier; Derecho probatorio, Barcelona, Bosch, 2012.

ARCOS ÁLVAREZ, Leticia; «Antología de la legislación sobre la traducción y la interpretación en contextos jurídicos con aplicación en España», FITISPos International Journal, vol. 3, 2016, pp. 15-27.

ARIZA COLMENAREJO, María Jesús; «La naturaleza jurídica del traductor e intérprete judicial en el proceso penal: entre perito y colaborador judicial» en AA. VV. Peritaje y prueba judicial, PICÓ I JUNOY, Joan (dir.); Barcelona, Bosch, 2017.

ARRIBAS ABELEDO, Ana; La interpretación judicial: el intérprete en la Ciutat de la Justícia. Trabajo académico de cuarto curso, Universitat Pompeu Fabra, 2011 recuperado de https://repositori.upf.edu/bitstream/handle/10230/16101/ArribasAbeledoAnaTA.pdf?sequence=1.

CLARK, Margaret; «Entrevista a Pilar de Luna y Jiménez de Parga» , La Linterna del Traductor, vol. 6, 2011, pp. 92-100.

DE LAS HERAS CABA, María; «La figura del traductor en las normas procesales españolas. Análisis de los órdenes jurisdiccionales civil, penal, contencioso-administrativo y social», Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia, vol. 13, 2016, pp. 1- 37.

GALANES SANTOS, Iolanda; «La acreditación de traductores y/o intérpretes jurados en España: novedades, contrastes e incoherencias», Sendebar, vol. 21, 2010, pp. 251-270.

LÓPEZ SÁNCHEZ, Eliseo y CASAL OUBIÑA, Daniel; «El proceso de traspaso de la administración de justicia como instrumento de análisis de las dinámicas del Estado Autonómico», Cuadernos de Gobierno y Administración Pública, Ediciones Complutense, vol. 5-1, 2018, pp. 67-89.

ONOS, Liudmila; La interpretación en el ámbito judicial: el caso del rumano en los tribunales de Barcelona, Tesis doctoral, Universitat Autònoma de Barcelona, 2014, recuperada de https://ddd.uab.cat/record/128988.

ORTEGA ARJONILLA, Emilio; «La traducción jurídica, jurada y judicial: aspectos teóricos, metodológicos y profesionales», en AA. VV., La traducción y la interpretación en las relaciones jurídicas internacionales, MONZÓ NEBOT, Esther y BORJA ALBI, Anabel (coord.); Castellón de la Plana, Universitat Jaume I, 2005.

PONCE GONZÁLEZ, Silvia; «La traducción en el ámbito de la cooperación jurídica internacional civil», Rev. Boliv. de Derecho, vol. 28, 2019, pp. 337-367.

PORTILLO CABRERA, Estefanía y GUERRERO GÓMEZ, José Antonio; «La interpretación flexible del deber de acompañar al proceso la traducción de los documentos redactados en lengua no oficial», Revista Aranzadi Doctrinal, vol. 6, 2018, BIB 2018\9292.

VIEIRA MORANTE, Francisco J.; «La interpretación y traducción de lenguas en los procedimientos judiciales (Directiva 2010/64/UE)», Diario La Ley, vol. 8852, 2013, LA LEY 8852/2013.

Normativa

ESPAÑA, Constitución española, 29 de diciembre de 1978. ESPAÑA, Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

ESPAÑA, Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita.

ESPAÑA, Ley Orgánica 5/2015, de 27 de abril, por la que se modifican la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para transponer la Directiva 2010/64/UE, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales y la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales.

ESPAÑA, Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

ESPAÑA, Real Decreto por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal, 14 de septiembre de 1882.

Resolución de 12 de julio de 2018, de la Subsecretaría, por la que se convocan exámenes para la obtención del título de Traductor- Intérprete Jurado.

Jurisprudencia

STC nº 182/2008, de 22 de diciembre (RTC 2008\182). STC nº 181/1994, de 20 de junio (RTC 1994\181).

STC nº 188/1991, de 3 de octubre (RTC 1991\188). STS de 14 de marzo de 2014 (RJ 2014\3836).

STS de 26 de febrero de 2014 (RJ 2014\2101). STS de 30 de junio de 2008 (RJ 2008\6536).

STS de 24 de marzo de 2008 (RJ\2008\4059). STS de 8 de marzo de 1991 (RJ 1991\1839).

STSJ de Andalucía de 8 de enero de 2003 (AS 2003\617). SAP de Zamora de 16 de junio de 2017 (JUR 2017\214783). SAP de Vizcaya de 28 de marzo de 2007 (JUR 2007\136590). SAP de Teruel de 30 de octubre de 2006 (JUR 2006\285239). SAP de Madrid de 26 de julio de 2004 (JUR 2005\43337).

FUNDACIÓN Mutualidad

El metaverso como nuevo escenario de práctica jurídica: conocimientos básicos y limitaciones

Blanca Solé Serrallach

Máster Universitario de Acceso a la Abogacía: ESADE. Doble grado en Derecho y Administración y Dirección de Empresas: Universidad Autónoma de Barcelona

X Premios a la Excelencia Cátedra Fundación Mutualidad

FUNDACIÓN Mutualidad

Blanca Solé Serrallach
Máster Universitario de Acceso
a la Abogacía: ESADE
Doble grado en Derecho y Administración
y Dirección de Empresas:
Universidad Autónoma de Barcelona

SEGUNDO PREMIO EXAEQUO
X Premios a la Excelencia de la Cátedra Fundación Mutualidad

2022

FUNDACIÓN Mutualidad

Resumén 280
Abstract 281
1. Introducción 282
2. Abreviaturas 283
3. Conceptos básicos 284
3.1. Blockchain 284
3.2. Smart contracts 285
3.3. Criptoactivos, criptomonedas y tokens 286
3.4. Non – Fungible Tokens (NFT's) 287
4. ¿Qué es el metaverso? 289
4.1. Concept 289
4.2. Las 7 capas del metaverso 290
5. De la ley real a la virtual: aplicación actual y tendencias 292
6. Asuntos controvertidos 293
6.1. Ausencia de legislación, directrices o protocolos 293
6.2. Los delitos económicos informáticos 295
6.2.1. Delitos económicos informáticos puros 295
6.2.2. Delito económicos informáticos mixtos 296
6.3. Los delitos ordinarios en medios electrónicos 297
6.4. La rigidez del sistema legal español 298
6.5. Tratamiento fiscal de los NFT's 299
6.6. Identidad digital 303
6.7. Propiedad intelectual 304
6.8. Protección de datos 306

7. Nuevas tareas de la abogacía 308
8. Nuevas necesidades en el sector legal 309
9. El acceso al metaverso 310
10. Conclusiones “metaversicas” 312
Legislación citada 314
Jurisprudencia y resoluciones citadas 315
Bibliografia 316

Resumen

Durante estos años el derecho digital ha evolucionado de forma exponencial. El presente trabajo desarrolla el metaverso en sentido legal. Se pretende introducir los conceptos básicos para entender esta plataforma, así como el concepto y la formación del metaverso. Posteriormente se hace un análisis de la legislación aplicable actual y sobre las nuevas propuestas de la Comisión Europea. A continuación se refleja la problemática actual en cuestiones como los delitos, el tratamiento fiscal, la propiedad intelectual, la protección de datos y la identidad digital. Finalmente se proporciona una guía sobre cómo acceder al metaverso y como se debería gestionar.

Abstract

During these years, digital law has grown exponentially. This paper develops the metaverse in a legal sense. It aims to introduce the basic concepts to understand this platform, as well as the concept and creation of the metaverse. This is followed by an analysis of the current applicable legislation and the new proposals of the European Commission. This is followed by a description of current issues such as criminal offences, tax treatment, intellectual property, data protection and digital identity. Finally, a guide is provided on how to access the metaverse and how it should be managed.

1. Introducción

El sector legal siempre ha tenido ciertas dificultades para adaptarse a los cambios debido a la falta de agilidad de los legisladores, entre otros factores. Sin embargo, se ha visto obligado a modernizarse y adaptarse a los nuevos escenarios disruptivos, como sucedió, por ejemplo, con la digitalización.

A lo largo de estos años la digitalización ha ido creciendo de forma exponencial. Todo empezó en los años 90 con la aparición de Internet. En ese momento se trataba de una plataforma que sólo permitía las interacciones unidireccionales de información entre páginas Web y usuarios (lo que se conoce como Web 1.0). Hacia el año 2.000 aparecieron las redes sociales, lo que comportó la evolución de este escenario y donde empezó a existir el intercambio de información entre usuarios (Web 2.0). Sobre el año 2.009, Internet siguió con su desarrollo y evolucionó hacia la creación de plataformas digitales colaborativas (como por ejemplo, Airbnb) o casi-colaborativas (como Glovo o Cabify) que permitían (y permiten) descentralizar los modelos tradicionales de negocio. No sólo en los negocios tradicionales era posible la descentralización, sino que con la aparición de las monedas virtuales (Bitcoin o Ether) se empezó a descentralizar también las transacciones, sin tener que pasar por una entidad bancaria. En ese momento, fue cuando surgió lo que se conoce como Blockchain (o cadena de bloques). Posteriormente, aparece la inteligencia artificial a través del Machine Learning y, al mismo tiempo, aparece la realidad virtual, que es en lo que se centra el presente trabajo: el metaverso (Web 3.0).

Así, para poder entender qué es el metaverso, cómo funciona y cómo afecta a la práctica profesional de la abogacía se empezará introduciendo los conceptos básicos, el metaverso y las capas que loconforman. A continuación, las cuestiones legislativas reales que se aplican en el mundo virtual. Además, para profundizar en el tema se tratará algunos asuntos controvertidos como la gestión de los delitos en el metaverso, el tratamiento fiscal de los NFT's, la identidad digital, la propiedad intelectual y la protección de datos. Finalmente, se concluirá dando a conocer las nuevas tareas de los profesionales de la abogacía, las nuevas necesidades del sector, así como la gestión del acceso al metaverso.

2. Abreviaturas

B2B	Business to Business / Empresa a Empresa
B2C	Business to Consumer / Empresa a Consumidor
C2C	Consumer to Consumer / Consumidor a Consumidor
CP	Código Penal
DMA	Digital Markets Act / Ley de Mercados Digitales
DSA	Digital Services Act / Ley de Servicios Digitales
DTD	Digital to Digital / Digital a Digital
DTP	Digital to Physical / Digital a Físico
IA	Inteligencia Artificial
NFT	Non-fungible token
OJ	Ordenamiento Jurídico
PI	Propiedad Intelectual
RGPD	Reglamento General de Protección de Datos

3. Conceptos básicos

3.1. Blockchain

La red *Blockchain* o también conocida como "*cadena de bloques*" se puede entender como un registro donde quedan grabadas todas las operaciones y transacciones que se realizan a través de una plataforma y que no se pueden modificar (es inmutable)[1]. Por ende, mediante el uso de esta cadena se pueden obtener todos los antecedentes del objeto de la transacción. A modo de ejemplo, blockchain fue utilizado en 2018 por cadenas de suministro, como Carrefour, que a través de su aplicación se escaneaba el código de barras de los alimentos y el usuario podía saber la trazabilidad de un determinado producto[2].

Actualmente *blockchain* ya hace muchas más funciones y en el sector legal se utiliza para la firma digital o para los llamados *smart contracts* o contratos inteligentes.

A pesar de tratarse de una red descentralizada, para realizar transacciones en blockchain se requiere del pago de una comisión para costear el trabajo realizado por la red. En la red blockchain de Ethereum dicha comisión recibe el nombre de "*gas*" y su importe dependerá del volumen de la transacción.

---

1. ¿Qué es la tecnología blockchain? (s/f). Ibm.com. recuperado el 27 de mayo de 2022 de **https://www.ibm.com/es-es/topics/what-is- blockchain**
2. Carrefour. Carrefour lanza el primer blockchain alimentario en españa -Detalle Nota de Prensa- Carrefour España. (s/f). Carrefour.es. Recuperado el 27 de mayo de 2022, de **https://www.carrefour.es/grupo-carrefour/sala-de- prensa/noticias2015.aspx?tcm=tcm:5-50248**

3.2. Smart contracts

Esta tipología de contratos se han concebido como un tipo de "contratos inteligentes". No obstante, un smart contract no deja de ser un contrato redactado en lenguaje de programación a partir de parámetros boleanos ("si X, entonces Y") que al cumplirse las condiciones estipuladas se ejecuta el resultado.

Este tipo de contratos para que puedan ser ejecutados requieren que todas las condiciones estén sujetas a blockchain. A modo de ejemplo un smart contract de un arrendamiento de un vehículo tendría la siguiente estructura:

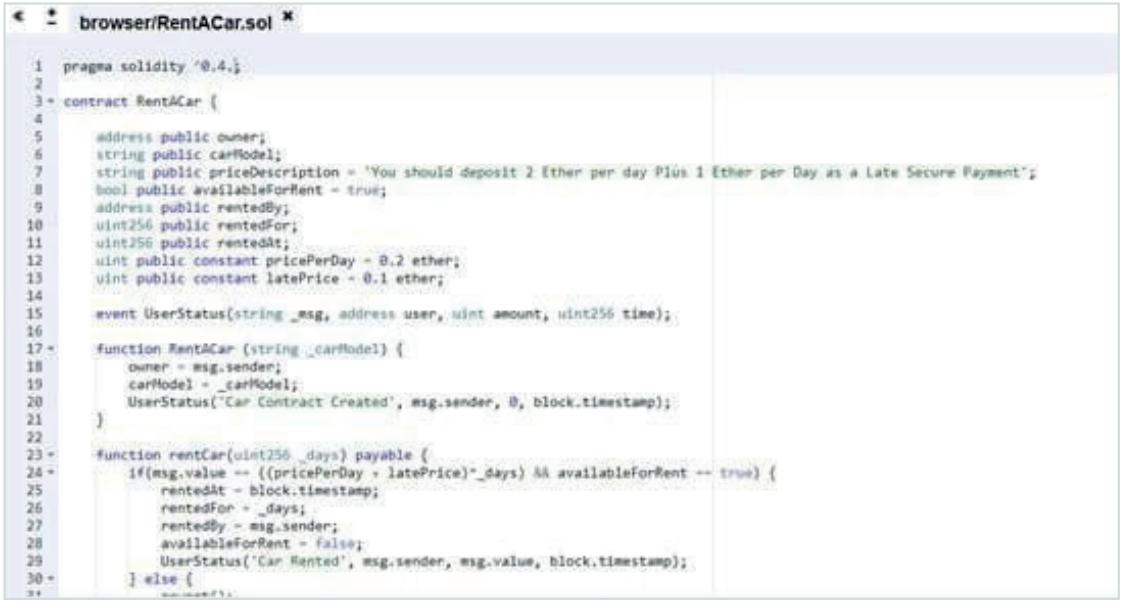


Imagen 1: Smart contract sobre el arrendamiento de un vehículo[3].

De esta forma, los profesionales de la abogacía deberán entender qué son los smart contracts, para qué sirven y cómo se utilizan. Sin embargo a lo anterior, no

3. Serrano, S. (2018, octubre 30). Blockchain: Contratos Inteligentes - Smart Contracts I. LIS Data Solutions. **https://www.lisdatasolutions.com/blog/blockchain_contratos_intelige ntes/**

resulta necesario que un abogado/a tenga conocimientos de programación, puesto que ya existen programadores para ello. No obstante, está claro que en un futuro, un abogado deberá incorporar un conjunto de habilidades que le permitan ser más independiente e integral.

3.3. Criptoactivos, criptomonedas y *tokens*

Los criptoactivos son la representación digital de valores o derechos, que pueden ser transferidas y almacenadas electrónicamente utilizando un registro distribuido o una tecnología similar. Existen dos tipos de criptoactivos: los originarios (que nacen en red) y los derivados. Los **criptoactivos originarios** son lo que se conoce como criptomonedas (Bitcoin, Ether, Tether, entre otras), mientras que los **derivados** serían lo que se conoce como tokens.

Las criptomonedas no son un dinero de curso legal ni tampoco se considera dinero electrónico. Recientemente, el Real Decreto – Ley 7/2021 en su artículo 3º en el que se modifica la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención de blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, definió que "*se entiende por **moneda virtual** aquella **representación digital del valor no emitida ni garantizada por un banco central** o **autoridad pública,** no siempre vinculada a una moneda legal establecida y que no posee estatuto jurídico de moneda o dinero, pero que es aceptada como medio de cambio y puede ser transferida, almacenada o negociada electrónicamente.*" Por ende, las criptomonedas son un tipo de moneda virtual.

Por otra parte, para comprender qué es un token se podría asimilar a un bono (o vale) tradicional. Existen varios tipos de tokens:

1) Utility tokens: son aquellos que tienen por objeto facilitar el acceso digital a una aplicación, servicios o recursos disponibles en un registro distribuido (como Blockchain) y que solo son aceptados por el emisor de ese token para permitir acceso a dicha aplicación, servicios o recursos disponibles.

2) Security tokens: son instrumentos diseñados para obtener una ganancia financiera y tienen una regulación más estricta. Funcionan como un contrato de inversión, y quienes lo compran lo hacen esperando una ganancia actual (por ejemplo, en forma de dividendos) o futura. Por tanto, son tokens que sirven como una garantía de propiedad de una porción del activo digital emitido. También pueden funcionar como acciones.

3) Payment token: token creado con una finalidad de pago. Contienen un identificador único que sustituyen a la información de pago sensible y que no pueden ser revertidos matemáticamente. Es decir, sustituye al número de cuenta bancaria de la tarjeta o del cheque electrónico y, de forma opcional, también puede sustituir la información asociada a la facturación. Así permite no almacenar ningún tipo de información sensible de la tarjeta en los servidores[4].

4) Asset token: Es un vale que representa un activo que existe en el mundo real, para facilitar la compra y venta de artículos físicos sin la necesidad de moverlos de un lado a otro[5].

- ***Fungible tokens*** (tokens fungibles): Criptomonedas
- ***Non-fungible token.*** (tokens no fungibles)

3.4. Non – Fungible Tokens (NFT's)

Los tokens no fungibles (NFT's) (a diferencia de las criptomonedas que pueden intercambiarse entre sí) no son intercambiables y son utilizados en diferentes redes blockchain. Es decir, las criptomonedas están formadas por tokens idénticos, lo que permite intercambiarlas de forma fácil y simple. Por otro lado, un NFT es único, contiene datos que no son intercambiables y se distingue de los demás por su número de edición,

4. Payment Tokens. (s/f). Cybersource.com. Recuperado el 27 de mayo de 2022, de **https://developer.cybersource.com/library/documentation/dev_guide s/Secure_Acceptance_Checkout_API/html/Topics/Payment_Tokens.html**
5. Launchpad, R. (2022, marzo 22). Qué es un token y cómo funciona. Ripio. https://launchpad.ripio.com/blog/que-es-un-token-y-como- funciona

ya que todo NFT está vinculado a un activo subyacente específico. Un NFT podría ser, por ejemplo, una obra de arte. Recientemente (10 de mayo de 2022), en la Casa Batlló de Barcelona se proyectó la obra "Living Architecture: Casa Batlló" una obra de arte digital (en forma de NFT) del artista Refik Anadol que fue subastada por 1,38 millones de dólares durante la gran semana de ventas de Christie's[6]. Dicha obra ofreció una representación digital de la fachada de la Casa Batlló que iba cambiando según el clima (gracias a unos sensores que recogen datos climatológicos). Actualmente, la obra de R. Anadol ya circula en el metaverso como un NFT único. Es importante remarcar la expresión de "único" pues una obra digital puede dividirse en más de un NFT y permite que varios usuarios posean un porcentaje de valor de la obra.

Por otra parte, es importante tener en cuenta que cuando un usuario "acuña" un NFT se refiere a que ha creado un NFT nuevo (como la obra de R. Anadol) y lo ha introducido en el mercado por primera vez. Una vez dicho NFT ya circula, entonces puede decirse que se "ha adquirido un NFT". Por ende, cada vez que un NFT se venda a otro usuario y se realice una transacción, el creador de la obra recibirá un royalty que habrá quedado determinado previamente. Además de dicha comisión al artista, una vez se acuñe o se haga una transacción con el NFT deberá realizarse el pago de una comisión llamada "gas".

Gas es una unidad de medida utilizada para medir el trabajo realizado por la red blockchain de Ethereum para realizar transacciones o cualquier interacción dentro de la red. Por tanto, cada vez que se realice una transacción dentro de la red blockchain, ya sea por un NFT u otra transacción, el usuario deberá abonar una comisión (gas) en concepto del trabajo realizado por la red. El importe de dicha comisión dependerá del volumen de la transacción. Así, por ejemplo cuando se realice un smart contract deberá pagarse un gas superior a una transacción ordinaria[7].

No obstante, no todas las plataformas obligan al pago de un gas en el caso de los NFT's.

---

6. Casa Batlló hace historia en el arte digital: el NFT de Refik Anadol, subastado en Christie's. (2022, mayo 12). Casa Batlló de Antoni Gaudí, Barcelona. **https://www.casabatllo.es/novedades/casa-batllo-y-refik- anadol-presentan-un-nft-de-la-fachada-que-se-subastara-en-christies/**
7. Comprar y vender NFT: cómo funcionan las comisiones de transacción. (s/f). Binance Blog. Recuperado el 27 de mayo de 2022, de **https://www.binance.com/es/blog/nft/comprar-y-vender-nft-c%C3%B3mo-funcionan-las-comisiones-de-transacci%C3%B3n-421499824684902075**

4. ¿Qué es el metaverso?

4.1. Concepto

En 1992, Neal Stephenson, el escritor de la novela de ciencia ficción "Snow Crash" introdujo la idea de un mundo que va mucho más allá de lo real y existente. Etimológicamente, metaverso significa "más allá del universo" y por ende, introduce muchas novedades en todos los sectores y representa todo un desafío en el sector legal.

El metaverso, en esencia, es un mundo virtual que utiliza todas las herramientas descritas (blockchain, criptoactivos y smart contracts). En este sentido, este nuevo universo permite dar a los usuarios una experiencia independiente y de libre albedrío y que el poder de cada uno dependerá de su participación en la economía localizada en ese metaverso. Por tanto, no existe "un único metaverso", sino que pueden existir tantos metaversos como un proveedor desee. Por ejemplo, Decentraland[8] es un metaverso que se ejecuta en la red blockchain de Ethereum y permite a los usuarios operar del mismo modo que en el mundo físico. Es decir, es una plataforma donde los usuarios pueden socializar, explorar y comercializar gracias a la tecnología blockchain[9].

Esta nueva plataforma virtual ofrece una nueva concepción de las normas legales. Tanto es así que, por ejemplo, en 2021, se vendió una parcela en Decentraland de un "terreno" por 2,4 millones de dólares, o también el hecho de que todo tipo de marcas están lanzando productos en dicha plataforma o, incluso, lanzando sus propios metaversos, como Nike con su metaverso Nikeland.

---

8. Welcome to decentraland. (s/f). Decentraland.Org. Recuperado el 27 de mayo de 2022, de **https://decentraland.org/**
9. Bit2Me Academy. (2021, junio 15). ¿Qué es Decentraland (MANA)? Bit2Me Academy; Bit2me. h**ttps://academy.bit2me.com/que-es-decentraland-mana/**

Por todo lo anterior, el sector legal debe estar pendiente de todos estos avances tecnológicos, pues en la práctica generan situaciones de incertidumbre e inseguridad jurídica. Además, es importante que dicho sector siga las nuevas tendencias para ofrecer menos rigidez y conseguir una nueva perspectiva legislativa de la tecnología.

4.2. Las 7 capas del metaverso

El metaverso es un gran ecosistema y tecnológicamente complejo. Esta plataforma parte de la industria de los juegos y del entretenimiento, por lo que supone una nueva forma de interacción social y está avanzando hacia la globalización de la urbanización y la industrialización. No obstante, no se puede definir el metaverso como una simple plataforma virtual, sino que debe tenerse en cuenta las 7 capas que lo conforman:

Imagen 2: Las 7 capas del metaverso[10].

10. Vanci, M. (2022, abril 8). ¿Qué es el metaverso? CriptoNoticias - Noticias de Bitcoin, Ethereum y criptomonedas; CriptoNoticias. **https://www.criptonoticias.com/criptopedia/que-es-el-metaverso/**

1) La experiencia: es la capa más superficial y es aquella donde interfieren los usuarios directamente. No necesariamente debe tratarse de un entorno en 3 dimensiones (3D) o en 2D, sino que el metaverso debe relacionarse con la desmaterialización del espacio físico, de los objetos y la distancia.
2) El hallazgo o descubrimiento: es la capa que proporciona empuje y atracción para que las personas se involucren con las nuevas experiencias. Por tanto, se trata de todo el conjunto de estrategias de marketing de algunas marcas, empresas y agencias. Es la capa más rentable.
3) La economía del creador: es la capa que contiene toda la tecnología que los creadores usan para crear experiencias para los usuarios, tales como herramientas de diseño, mercado de activos, alianzas estratégicas y negocios.
4) La computacional: es la capa más técnica. Es la que requiere la mezcla entre la computación real y la virtual para poder eliminar las barreras entre el mundo físico y el virtual. En esta capa se realizan tareas como el reconocimiento de gestos, arquitectura de videojuegos, reconocimiento de todo tipo de objetos que permitan conectar ambos mundos.
5) Descentralización: es la capa clave, ya que es la que permite distribuir los recursos del metaverso de forma más equitativa. A partir de las redes blockchain se obtiene un ecosistema escalable para que los desarrolladores construyan mercados competitivos donde los usuarios son soberanos sobre sus propios datos y creaciones.
6) Interfaz humana: es la capa que incluye a los dispositivos informáticos que se utilizan para acceder a la realidad virtual. Por ejemplo, visores de realidad virtual, tecnología de inteligencia artificial (IA) y el acceso a potentes sistemas informáticos.
7) Infraestructura: esta capa incluye todo aquello que necesitamos los usuarios para mantenernos conectados a Internet. Es decir, chips, baterías, sensores de imagen, redes 5G, gafas inteligentes, entre otros.

En virtud de lo anterior, resulta relevante conocer la arquitectura de esta plataforma como profesionales del sector legal, puesto que las tareas en esta plataforma cambian totalmente la perspectiva de lo que se venía haciendo hasta el momento. La abogacía puede interferir, ayudar, colaborar e innovar desde la primera hasta la última capa, ya sea a través de protección de propiedad intelectual, la protección de datos, la redacción y modificación de contratos mercantiles, entre otros.

10. Vanci, M. (2022, abril 8). ¿Qué es el metaverso? CriptoNoticias - Noticias de Bitcoin, Ethereum y criptomonedas; CriptoNoticias. **https://www.criptonoticias.com/criptopedia/que-es-el-metaverso/**

5. De la ley real a la virtual: aplicación actual y tendencias

El legislador español no siempre está a la vanguardia de los cambios que suceden en todos los sectores. Por ende, siempre ha existido un periodo donde las novedades se gestionan y se legislan según la ley que existe en ese momento. Esta situación siempre genera cierta inseguridad jurídica y problemáticas, pues muchas veces trae comportamientos oportunistas. El metaverso aleja al legislador de todo lo conocido y aplicado hasta el momento.

El metaverso introduce al legislador a la creación inmaterial, en la propiedad intelectual y en el cambio del espacio como algo relativamente finito. Por tanto, se introduce una variable fundamental: el espacio. El legislador para crear derecho tiene en cuenta el ámbito espacial, territorial o extraterritorial para determinar el lugar, la validez, la eficacia y la existencia de hechos y actos jurídicos. Por tanto, cuando se entra en el ámbito del ciberespacio es necesario "suspender" el derecho internacional privado y la contratación internacional para poder reconocer un lugar de los mensajes de datos entendidos como información digital que se genera, almacena y transmite por medios digitales.

Actualmente, los proveedores de servicios digitales suelen gestionar sus riesgos jurídicos a partir de la definición de un ordenamiento jurídico concreto. A partir de dicha definición se delimita la ley aplicable por el lugar donde se presta el servicio o el lugar donde se ejecuta el contrato digital.

Por otra parte, en cuanto a la dimensión del "tiempo" también resulta esencial para el legislador, pues es donde se permite determinar el momento en que ocurren las acciones y los actos. Determinar el tiempo permite concretar la vigencia, la caducidad y la prescripción.

Por ende, cuando el tiempo es virtual se está creando una duplicidad en el tiempo, por lo que el reto del legislador será lidiar con los distintos tiempos respecto de una

misma conducta jurídicamente relevante o de un negocio jurídico virtual con una contraprestación en criptoactivos respecto de un bien virtual[11].

Así, el ciberespacio o el metaverso plantea muchos retos legales, todos ellos esenciales para poder garantizar un buen funcionamiento de las plataformas y la seguridad jurídica de ambos mundos.

6. Asuntos controvertidos

6.1. Ausencia de legislación, directrices o protocolos

Actualmente no existe ningún tipo de directriz europea ni española en vigor, o algún protocolo que trate la legislación del metaverso o sobre la aplicación analógica de la ley actual.

No obstante, la Comisión Europea está elaborando dos propuestas normativas: la "**Digital Services Act**" (DSA) y la "**Digital Markets Act**" (DMA). Ambas propuestas aún se encuentran en fase de tramitación legislativa, pero pretenden aportar mecanismos jurídicos mediante el cambio de perspectiva, por ejemplo, reforzando la capacidad de

11. Peña, D. (2022, marzo 27). Metaverso: legalidad entre el espacio y el tiempo. Blog de Derecho de los Negocios. **https://dernegocios.uexternado.edu.co/metaverso-legalidad-entre-el- espacio-y-el-tiempo/**

las plataformas para dar respuesta a los conflictos que se plantean. Por consiguiente, los mecanismos de solución de conflictos que plantea se sujetan a unas condiciones muy estrictas de responsabilidad y su principal objetivo es asegurar el cumplimiento de la ley de una forma más rápida y eficiente posible para que se facilite la resolución extrajudicial de conflictos. Además, y especialmente en la DSA los deberes de diligencia y de transparencia de las plataformas se incrementan de forma notable.

También, uno de los aspectos más relevantes de ambas propuestas son los términos y condiciones bajo los que las plataformas (metaversos) ofrecerán sus servicios. Por ende, según la DSA las condiciones deberán informar sobre cualquier restricción en relación con el uso de su servicio, sobre las políticas, procedimientos, herramientas que utilice con fines de moderación de contenidos que estén incluidas en las decisiones algorítmicas y la revisión humana. Aún más, el proyecto de DSA establece que dicho apartado de términos y condiciones cumpla con las condiciones de régimen de PI, de tratamiento de datos personales, entre otros aspectos.

Otro aspecto importante que tratan ambos proyectos son los mecanismos de protección[12], que se centran en obligar a las plataformas a:

1) Establecer un sistema interno de tramitación de reclamaciones sobre las decisiones adoptadas en relación con presuntos contenidos ilícitos o información incompatible con sus condiciones (art. 17 del proyecto DSA).
2) Trabajar con organismos certificados de resolución extrajudicial de litigios para resolver cualquier diferencia con los usuarios de sus servicios (art. 18 del proyecto DSA).
3) Asegurarse de que los avisos enviados por las entidades a las que se haya otorgado la condición de alertadores fiables se traten de forma prioritaria (art. 19 del proyecto de DSA)
4) Establecer las medidas a adoptar contra usos indebidos (art. 20 del proyecto DSA)
5) Informar a las autoridades policiales sobre las sospechas de existencia de delitos graves que amenacen la vida o la seguridad de las personas (art. 21 del proyecto DSA).

Por último, añadir que el proyecto de DMA ha previsto la imposición de una serie de obligaciones a aquellos proveedores de servicios plataforma que tengan una repercusión significativa en el mercado interior; que exploten un servicio de intermediación entre empresas y usuarios finales y que tengan o, sea previsible que

12. Eguiluz, J. A. (s/f). Reglas jurídicas para el Metaverso. Cuatrecasas. Recuperado el 27 de mayo de 2022, de **https://www.cuatrecasas.com/es/spain/articulo/eu-reglas-juridicas- para-el-metaverso**

vayan a tener, una posición afianzada y duradera en el mercado (art. 3 del proyecto de DMA). Por ende, según la DMA estas plataformas (que se denominan gatekeepers) deberán tener un comportamiento equitativo online, así permitirá a terceros actuar con sus propios servicios o acceder a los datos que generen (art. 5 y 6 DMA). Además, estos gatekeepers no podrán clasificar de forma más favorables sus propios servicios y productos que productos o servicios similares ofrecidos por terceros a través de sus plataformas (art. 6 proyecto DMA). Por tanto, si finalmente se lleva a cabo este proyecto de DMA las plataformas que operen en un metaverso y encajen en la definición de gatekeeper no podrán llevar a cabo conductas anticompetitivas pues tendrán su comportamiento altamente limitado.

6.2. Los delitos económicos informáticos

La inseguridad jurídica producida por esta nueva plataforma virtual proporciona a los delincuentes un nuevo escenario en el ámbito informático. En el ordenamiento jurídico español la doctrina ha considerado que se son delitos económicos aquellos que se incluyen en el Título XIII del Código Penal (arts. 234 a 304 CP). No obstante, en el ámbito informático los delitos económicos pueden ser puros o mixtos.

6.2.1. Delitos económicos informáticos puros

Los delitos económicos informáticos puros son aquellos que responden al concepto de delito económico en sentido estricto, que se cometen haciendo uso de elementos informáticos[13]. Estos serían:

13. Rodríguez, I. (2019). Los delitos económicos en Internet. Universitat Autònoma de Barcelona. Doble grado en Derecho y Administración y Dirección de Empresas. Bellaterra. (4 de junio de 2019). Recuperado a partir de: **https://ddd.uab.cat/pub/tfg/2019/208016/TFG_irodriguezrodriguez_t reball.pdf**

- Robo con fuerza mediante la inutilización de sistemas de guardia criptográfica (art. 238.5 CP)
- La extorsión informática (art. 243 CP)
- La estafa informática (art. 248.2 a) CP)
- Los actos preparatorios de la estafa informática (art. 248.2 b) CP)
- La defraudación de telecomunicaciones (art. 255 CP)
- El uso fraudulento de terminales informáticos (art. 256 CP)
- El sabotaje informático (art. 264 CP)
- La obstaculización o interrupción informática (art. 264 bis CP)
- Los delitos contra la PI o industrial a través de medios informáticos (art. 270 y 273 CP)
- La apropiación de secretos empresariales a través de medios informáticos (art. 278 CP)
- La publicidad engañosa a través de medios informáticos (art. 282 CP)
- El acceso a servicios interactivos prestados a distancia por vía electrónica (art. 268 CP)
- El blanqueo de capitales a través de medios informáticos (art. 301 CP).

6.2.2. Delito económicos informáticos mixtos

Por otra parte, los delitos económicos informáticos mixtos se incluyen aquellos que responden a un concepto más amplio de delito económico, ya que aunque haya una finalidad lucrativa, normalmente se acompaña por otras finalidades. Por ende, corresponderían a este tipo los delitos de:

- Proxenetismo virtual (art. 187 CP)
- La prostitución virtual de menores o discapacitados (art. 188 CP)
- La difusión de materiales pornográficos de menores o discapacitados a través de medios informáticos (art. 189 CP)
- Descubrimiento y revelación de secretos (art. 179 CP)
- Allanamiento informático (art. 197 bis.1 CP)
- La interceptación de transmisiones no públicas de datos informáticos (art. 197 bis.2 CP)
- La facilitación en la comisión del delito de espionaje informático o interceptación de datos informáticos (art. 197 ter CP)
- La falsedad documental a través de medios informáticos (art. 390 CP)
- La falsificación y utilización de tarjetas de crédito o débito y cheques de viaje (Art. 399 bis.3 y 399 bis.3 CP).

6.3. Los delitos ordinarios en medios electrónicos

Además de los delitos informáticos económicos, en la actualidad ya se han dado casos de delitos ordinarios en el metaverso. Esta situación ha puesto al legislador y al profesional de la abogacía en una situación de incertidumbre y de vacío legal.

Por ejemplo, el delito de acoso sexual ya ha sido protagonista. En el mes de diciembre de 2021 una usuaria denunció una situación de acoso sexual en el metaverso de Facebook (Horizon Walls) alegando que su avatar (la representación digital del usuario real) habría sido tocado de forma no consentida por otro, que tendría intenciones sexuales. Vivek Sharma, el responsable de dicho metaverso explicó que existe una herramienta llamada "espacio seguro" para evitar que otros usuarios se acerquen demasiado y defiende que los usuarios tienen la opción de poder gravar dichos comportamientos mediante una herramienta de seguridad. Por ende, la marca "soluciona" el problema en un primer momento mediante el uso de estas herramientas, pero sin lugar a dudas queda un vacío legal en el castigo de dichas conductas, pues es difícil encajar el delito en la legislación penal actual[14].

Otros tipos de delitos de difícil encaje en la normativa actual serían delitos como el de asesinato (art. 139 CP) o el delito de lesiones (art. 147 CP), pues la acción típica que exige el delito (matar y violencia física, respectivamente) no puede cumplirse[15][16].

En virtud de todo lo anterior, por tanto, no existe una legislación penal específica para este tipo de delitos en el metaverso, por lo que hasta que el legislador cree una vía para penarlos, una idea podría ser que los responsables de cada metaverso pusieran a disposición de los usuarios un buzón de malas conductas donde los usuarios

14. Farrés, H. (2021, diciembre 18). Denuncian el primer caso de acoso sexual en el metaverso de Mark Zuckerberg. La Vanguardia. **https://www.lavanguardia.com/tecnologia/20211218/7938626/denun cian-acoso-sexual-metaverso-horizon-worlds-meta-pmv.html**
15. García, T. P. (2022, febrero 20). Delitos en el mundo virtual. Blog De Derecho. **http://www.blogdederecho.es/2022/02/delitos-en-el- mundo-virtual/**
16. Metaverso y delitos sexuales en realidad virtual. (s/f). LawAndTrends. Recuperado el 27 de mayo de 2022, de **https://www.lawandtrends.com/noticias/tic/metaverso-y-delitos- sexuales-en-realidad-virtual-1.html**

puedan denunciar los actos inapropiados adjuntando las grabaciones en cuestión. Una posible consecuencia podría ser una penalización económica o la eliminación de la cuenta de dicho metaverso, así como la inclusión de dichas conductas en una especie de "expediente digital" que mediante el uso de blockchain permita tener la máxima transparencia sobre un usuario.

6.4. La rigidez del sistema legal español

De acuerdo a lo que se viene comentando, el ordenamiento jurídico español no se encuentra dentro de los OJ que estén más a la vanguardia de todos los cambios que suceden día a día. No obstante, ya no es solo una cuestión de los tribunales españoles sino una cuestión del sistema legal. A modo de ejemplo, los tribunales estadounidenses forman parte de lo que se conoce como un sistema de Common Law que se basa en un sistema que sienta precedentes a partir de la jurisprudencia. En cambio, en el sistema de Derecho Civil (o Civil Law) se basa primordialmente en la Ley.

Por tanto, se puede desprender el hecho de que no es tan extraño que el sistema español sea menos vanguardista e innovador que un sistema como el de Estados Unidos, donde cada caso sienta un precedente y, por ende, permite una actualización constante de los jueces.

6.5. Tratamiento fiscal de los NFT's

Los NFT's no pueden entenderse como bienes o objetos físicos, sino que al comercializar con ellos lo que se hace es acordar un precio entre dos o más usuarios, para llevar a cabo la venta de un certificado digital sin que tenga, necesariamente, un objeto físico que lo respalde o lo acompañe17. Es decir, al comprar o vender se está obteniendo un único y exclusivo certificado digital de autenticidad y de propiedad de una imagen, una canción, un holograma, entre otros, sin tener nada físico o tangible que lo acompañe necesariamente. Este NFT otorga la propiedad sobre el certificado digital en concreto, pero no sobre la obra strictu sensu. En portales como Opensea.io o Rarible se realiza la compraventa y la subasta de NFT's. Allí, los creadores (usuarios) ponen a la venta sus obras a cambio de un precio y generalmente un porcentaje sobre cada transacción[18].

En cuanto a la tributación en concreto, cabe añadir que a pesar de que la Administración Pública no los considera en la misma esfera que las criptomonedas, debe resaltarse que generalmente el 90% de los casos los NFT's suelen comprarse con Ethers (en caso de tratar con la blockchain de Ethereum)[19]. En este sentido, el art. 69 apartado 4º de la Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido[20], establece que los Servicios prestados por vía electrónica son:

> "(...) aquellos servicios que consistan en la transmisión enviada inicialmente y recibida en destino por medio de equipos de procesamiento, incluida la compresión numérica y el almacenamiento de datos, y enteramente transmitida, transportada y recibida por cable, radio, sistema óptico u otros medios electrónicos y, entre otros, los siguientes:
>
> (...)
>
> **d)** El **suministro de imágenes, texto, información y la puesta a disposición de bases de datos.**

18. Resolución Vinculante de DGT, V0486-22, 10-03-2022. (2022). **https://www.iberley.es/resoluciones/resolucion-vinculante-dgt- v0486-22-10-03-2022-1538333**
19. Resolución Vinculante de DGT, V0486-22, 10-03-2022. (2022). **https://www.iberley.es/resoluciones/resolucion-vinculante-dgt- v0486-22-10-03-2022-1538333**
20 Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido. (s/f). Boe.es. Recuperado el 27 de mayo de 2022, de **https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1992-28740**

e) El **suministro de música,** películas, juegos, incluidos los de azar o de dinero, y de emisiones y manifestaciones políticas, culturales, artísticas, deportivas, científicas o de ocio".

De esta manera, la Consulta Vinculante nº V0586-22[21] establece que los NFT's entran dentro de la categoría de servicios prestados por vía electrónica en tanto que el suministro de contenidos digitales se puede descargar a través de una conexión a internet.

En cuanto al hecho imponible en la venta de estos tokens es importante que se tenga en cuenta pues puede afectar al lugar donde tributar por dicho hecho. Por ende, el hecho imponible se encuentra incluido dentro de los servicios prestados por vía electrónica tal como se recoge en la Consulta Vinculante nº V0486-22, que redirige al art. 70. 1 de la Ley del IVA[22]:

"Uno. Se entenderán prestados en el territorio de aplicación del Impuesto los siguientes servicios: (...)

4.º Los prestados por vía electrónica, de telecomunicaciones y de radiodifusión y televisión, cuando el destinatario no sea un empresario o profesional actuando como tal, siempre que éste se encuentre establecido o tenga su residencia o domicilio habitual en el territorio de aplicación del impuesto, en los siguientes casos:

a) Cuando concurran los siguientes requisitos:

a') que sean efectuados por un empresario o profesional que actúe como tal establecido únicamente en otro Estado miembro por tener en el mismo la sede de su actividad económica, o su único establecimiento o establecimientos permanentes en la Comunidad, o, en su defecto, el lugar de su domicilio permanente o residencia habitual; y

b') que se haya superado el límite previsto en el artículo 73 de esta Ley o que se haya ejercitado la opción de tributación en destino prevista en dicho artículo.

b) Que sean efectuados por un empresario o profesional que actúe como tal distinto de los referidos en la letra a') de la letra a) anterior".

21. Resolución Vinculante de DGT, V0486-22, 10-03-2022. (2022). **https://www.iberley.es/resoluciones/resolucion-vinculante-dgt- v0486-22-10-03-2022-1538333**
22. Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido. (s/f). Boe.es. Recuperado el 27 de mayo de 2022, de **https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1992-28740**

Por consiguiente, siempre que se reúnan las características mencionadas en el artículo 70 se entenderá que los NFT's deberán tributar por la Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido en España.

A mayor abundamiento cabe añadir que, una vez determinada la naturaleza del servicio, se debe determinar si se puede ubicar en el TAI y, en caso que así sea, se deberá analizar en primer lugar, el concepto de empresario o profesional. Una vez determinado que el servicio es realizado por un empresario o profesional, se deberá determinar a qué tipo de IVA se someten las operaciones.

Según la Consulta[23], si no se encuentra en ninguna de las hipótesis del artículo 91 de la LIVA, deberá pagar un impuesto general.

Sin embargo, debe matizarse que los servicios electrónicos pueden prestarse entre empresas o profesionales (B2B), de una empresa o profesional a un consumidor final (B2C), o entre particulares (consumidor a consumidor) (C2C). Por ende, en este último caso (C2C), nunca estaría sujeto al IVA ya que sino sería contrario a uno de sus propios principios más básicos.

23. Resolución Vinculante de DGT, V0486-22, 10-03-2022. (2022). **https://www.iberley.es/resoluciones/resolucion-vinculante-dgt- v0486-22-10-03-2022-1538333**

Tipo de operación	Residencia destinatario		Lugar de tributación
(B2B)	Estado miembro		Estado miembro de residencia del destinatario Inversión del sujeto pasivo (art. 84.1.2.º LIVA)
	País tercero		Operación no sujeta. Excepción: cláusula de utilización efectiva (art. 70.Dos LIVA)
(B2C)	Estado miembro	Importe de las operaciones inferior a 10.000 euros (con todos los Estados miembros, excluido el IVA)	Estado miembro donde esté establecido el prestador del servicio Opción: tributación en destino en el Estado miembro del destinatario (art. 73LIVA)
		Importe de las operaciones superior a 10.000 euros (con todos los Estados miembros, excluido el IVA)	Estado miembro donde el destinatario esté establecido Opción: declaración a través del régimen de mini ventanilla única (MOSS)
	País tercero		Operación no sujeta. Excepción: cláusula de utilización efectiva (art. 70.Dos LIVA)

Tabla 1: Régimen aplicable a los servicios prestados por vía electrónica (IVA)

23. Resolución Vinculante de DGT, V0486-22, 10-03-2022. (2022). **https://www.iberley.es/resoluciones/resolucion-vinculante-dgt-v0486-22-10-03-2022-1538333**

6.6. Identidad digital

La identidad humana puede definirse como el conjunto de rasgos que hace a una persona ser quien es y lo distingue de los otros al mismo tiempo que le permite interactuar en su entorno[24]. Además, dicha identidad solo se realiza plenamente en función de la interacción con el medio externo y evoluciona a lo largo del tiempo. Actualmente, este concepto se ha ampliado y cumplimentado con la identidad digital. Durante los últimos 20 años el avance de la digitalización ha sido creciente. Por ende, actualmente es más frecuente transmitir en directo la vida, las conexiones, los pensamientos, las relaciones que en diferido. Por otro lado, los usuarios utilizan cada vez más dispositivos para poder estar conectados a la Red durante 24 horas al día.

Según F. Georges[25], la identidad digital está constituida por diferentes tipos de datos según el usuario tenga o no la intención de revelarlos, lo que da lugar a una identidad declarada, que se compone por aquella información que revela expresamente la persona. Toda esta información puede utilizarse para configurar una idea de quién es y que gustos tiene una determinada persona.

En este sentido, surge la necesidad de crear un modelo de identidad digital, conocido como "modelo de identidad soberana" que vincule la identidad real a un dispositivo determinado. Es decir, a partir de un "Wallet de identidad" que sea único y con una identificación aleatoria se pueda identificar a una determinada persona en el mundo virtual. De este modo, este nuevo modelo tiene el objetivo de sustituir las "pruebas" por "certificaciones" digitales que se almacenan en dicho wallet. Así, el usuario puede tener el control de la información que decide facilitar al proveedor de servicio. Por otro lado, también supone una ventaja para el receptor, pues le permite evitar almacenar datos sensibles de forma innecesaria. De modo más visual:

DEMUESTRA QUE ERES MAYOR DE EDAD (>18 AÑOS)		
ANTES	Por favor, escriba su fecha de nacimiento	1 de junio de 1997
MODELO DE IDENTIDAD SOBERANA	Por favor, proporcione una declaración certificada	<photo>headshot.jpg<photo><Over18>TRUE</Over18>Signed:[GovtAgency]

24. Telefónica, F. (s/f). Fundaciontelefonica.com. Recuperado el 27 de mayo de 2022, de **https://publiadmin.fundaciontelefonica.com/media/es/que_hacemos/ media/publicaciones/identidad_digital.pdf**
25. Free.fr. Recuperado el 27 de mayo de 2022, de **http://fannygeorges.free.fr/**

DEMUESTRA QUE ERES MAYOR DE EDAD (>18 AÑOS)		
ANTES	Por favor, escriba su fecha de nacimiento	1 de junio de 1997
MODELO DE IDENTIDAD SOBERANA	Por favor, proporcione una declaración certificada	<photo>headshot.jpg<photo><Over18>TRUE</Over18>Signed:[GovtAgency]

6.7. Propiedad intelectual

El derecho de propiedad intelectual protege las creaciones humanas. En concreto, el derecho de autor (copyright) es un derecho que se basa en proteger los derechos de los individuos que han creado obras y su esfuerzo pueda ser reconocido. En una plataforma como el metaverso cualquier usuario es libre de crear y vender sus propias obras y, por tanto, surge una problemática en cuanto a la titularidad de los derechos de estas obras, puesto que la Ley de Propiedad Intelectual[26] es poco clara en este ámbito.

A efectos prácticos resulta claro que todo lo creado por el proveedor de servicio (la propia plataforma y los elementos esenciales de la misma) será propiedad de la empresa que lo crea, pero en el ámbito de las obras que son creadas en el metaverso por cada usuario resulta una zona gris, por cuanto el legislador no lo establece claramente. En este sentido, el autor en el metaverso está reflejado mediante un avatar que se mueve a partir de movimientos proporcionados por la plataforma mediante inteligencia artificial. Además, como el personaje también expresa visualmente los pensamientos y emociones del usuario, los derechos de autor corresponderán al creador si existe el elemento fundamental de la originalidad en la obra. Por tanto, todos los elementos que deben concurrir en una obra para que tenga copyright's son esenciales[27].

26. Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia
27. Gokmi, K., & Jeon, J. H. (s/f). A study on the copyright survey for design protection in metaverse period. **https://doi.org/10.7236/IJASC.2021.10.3.181**

En virtud de lo anterior, el hecho de existir esta inseguridad jurídica ha provocado muchos comportamientos oportunistas por parte de algunos usuarios que han empezado a crear y comercializar NFT's de productos que existen en la realidad, en el mundo virtual. A modo de ejemplo, así sucedió con el bolso icónico de la marca Hermès[28]. Un usuario llamado "metabirkin" empezó a comercializar y a crear una nueva versión del icónico bolso "birkin" en el metaverso, obteniendo grandes beneficios.

Imagen 3: Birkin original de Hermès vs. Birkin de Metabirkin.

Como consecuencia, la marca al percatarse de lo ocurrido le demandó por llevar a cabo una conducta que distorsionaba la marca "birkin", así como una infracción de la marca registrada poder comercializar dichos productos. No obstante lo anterior, para las marcas resulta difícil empezar a comercializar sus productos en el metaverso por cuanto no existe en la Clasificación de Niza una clase específica para productos del metaverso. Hasta el momento, algunas marcas, como por ejemplo Nike o Dolce&Gabbana han empezado a registrar dichos productos bajo la clase nº42 que permite registrar servicios científicos y tecnológicos, así como servicios de investigación y diseño conexos; servicios de análisis e investigación industriales; diseño y desarrollo de equipos informáticos y software[29].

28 Hermès International, et al. V. Mason Rothschild. **https://www.thefashionlaw.com/case-documentation/hermes-international-et-al-v-mason-rothschild/**

29. WIPO. (s/f). Clasificación de Niza. Wipo.int. Recuperado el 27 de mayo de 2022, de **https://www.wipo.int/classifications/nice/nclpub/es/fr/?basic_number s=show&class_number=42&explanatory_notes=show&lang=es&men ulang=es&mode=flat&notion=&pagination=no&version=20190101**

No obstante lo anterior, es muy importante destacar que a pesar del registro que realizan las marcas y en el caso de Metabirkin la marca Hermès saliera victoriosa, los NFT's ya emitidos en el metaverso no podrían ser borrados en un sentido tradicional, pues de acuerdo con lo comentado se trata de una imagen con un certificado digital único que funciona mediante la red blockchain[30]. En su caso, lo que sí podría llevarse a cabo es transferir dichos NFT's (el registro de la venta, no la imagen del NFT en sí) a una cartera inaccesible, lo que se conoce como la "quema de un NFT". Esto es, la eliminación del NFT de blockchain mediante el envío del mismo a una dirección blockchain donde ninguna persona jurídica o particular puede acceder. Sin embargo, el rastro de la transacción realizada con el NFT quemado sí que seguirá existiendo en blockchain[31].

6.8. Protección de datos

Los datos son el elemento esencial para que el metaverso funcione. Es decir, en esta plataforma se lleva a cabo una recreación de la realidad en un entorno virtual. Por tanto, el hardware y software de IA interpreta todo el conjunto de datos para hacer funcionar dicha plataforma. Aún más, los datos que necesita ese software son el combustible del metaverso[32].

Teniendo en cuenta lo anterior existen distintos tipos de datos:

1) Datos estructurales

Esta primera tipología de datos son aquellos que sirven para que el metaverso pueda funcionar. Estos pueden ser funcionales o conformales. Los datos estructurales funcionales son aquellos que si no están, la plataforma entraría en parada técnica y no contienen datos personales del usuario. Por otro lado, los datos estructurales conformales son aquellos que se usan como base para su funcionamiento, para personalizar el metaverso. Por tanto, son aquellos que se usan para ofrecer experiencias,

32. El Metaverso: conceptualización jurídica, retos legales y deficiencias normativas. (s/f). Worldcomplianceassociation.com. Recuperado el 27 de mayo de 2022, de **https://www.worldcomplianceassociation.com/3050/articulo-el-metaverso-conceptualizacion-juridica-retos-legales-y-deficiencias- normativas.html**

ofertas o cualquier otro servicio activo o pasivo a los usuarios. Estos datos estructurales conformales ya usan datos personales del usuario para poder ofrecer dicha experiencia personalizada.

2) Datos dinámicos
Los datos dinámicos son aquellos que se usan para los datos estructurales funcionales. Se utilizan en un formato de datos ciegos y sin filtro alguno para los datos estructurales conformales y los omniversales.

3) Datos omniversales
Los omniversales son aquellos datos recogidos a lo largo de todo el metaverso pero que son usados por terceras empresas o entidades gubernamentales dentro del metaverso.

La clasificación anterior resulta relevante por cuanto todos ellos tienen un tipo de tratamiento dentro y fuera del metaverso y, por ello, tienen una explotación de doble vía, ya que dentro de dicha plataforma se explotarán datos que se obtienen de la misma, como de fuera.

La protección de datos es uno de los mayores retos que afronta la regulación del metaverso, pues el Reglamento actual (el Reglamento (UE) 2016/679 de Protección de Datos (RGPD)) proporciona una protección muy básica entorno a esta plataforma. Es decir, a través del RGPD se protegen la cantidad de datos a tratar, el perfil de los datos automatizados y todo lo relativo a los datos que sea posible. Por ende, esta regulación supone un problema jurídico para el metaverso, pues mediante esta plataforma se accede tanto a la esfera pública como privada e, incluso a la esfera íntima de cada usuario, pues todo lo que un usuario puede hacer queda monitorizado.

Por consiguiente, entrar en una plataforma de este tipo supone la recogida de todo tipo de datos personales, incluso la realización de un perfil exacto del usuario en cualquier aspecto tanto público como privado. Así, uno de los elementos más importantes a tener en cuenta para llevar a cabo un tratamiento de protección de datos pertinente en el metaverso es el consentimiento. No obstante, dado el intrusismo de la plataforma en la esfera íntima de los usuarios, dicho consentimiento resulta igualmente insuficiente.

Por otro lado, además de la problemática anterior cabe traer a colación el problema con el intercambio de datos a nivel internacional, pues el ciberespacio es un espacio que va más allá de las fronteras y cuyos usuarios son de todo el mundo y pueden moverse por cualquier sitio y conectarse a cualquier plataforma. Por tanto, el RGPD

debería actualizarse ya no solo en lo que respecta a cuestiones básicas, sino que debería ampliarse realizando una regulación de base europea en materia de tratamiento de datos de forma genérica y que permita en un futuro la aprobación de directivas especializadas en esta materia.

7. Nuevas tareas de la abogacía

El sector legal ha sido, desde siempre, un sector muy conservador y la aparición de plataformas virtuales como el metaverso plantean muchos retos a la profesión. Por tanto, los profesionales no sólo deberán ser excelentes técnicos en la materia, sino que deberán tener nuevas habilidades, ya no solo digitales, sino también ser flexibles y colaborar con otras profesiones como la ingeniería, la informática, el entretenimiento y la moda.

En este sentido, por ejemplo, un profesional de la abogacía tendrá que saber constituir una sociedad digital o tokenizada. La tokenización no deja de ser la representación digital de un activo que puede ser físico o virtual. Por tanto, la constitución de una sociedad tokenizada permitirá obtener financiación, comercializar bienes de forma totalmente digital, fidelizar clientes, entre otros. Así, todas estas acciones podrán realizarse sin intermediarios y con una relación directa entre las empresas que ofrecen sus propios tokens y las personas que los demandan. Por tanto, si se constituye una sociedad tokenizada el profesional de la abogacía deberá saber llevar a cabo tanto una ampliación de capital en forma de tokens, como emitir cualquier otro tipo de token (security token, utility token, payment token, etc.).

Por otra parte, una tarea muy relevante y que ya está teniendo un gran impacto en todos los sectores es la legalidad de los NFT's, pues el sector legal deberá adaptar toda la legislación actual a este nuevo universo, así como la propiedad intelectual, la protección de datos y del consumidor[33].

Cabe añadir que la aparición del metaverso trae la creación de nuevos modelos de negocio, tales como Digital to Physical (DTP) o Digital to Digital (DTD). Estos nuevos modelos permiten la interacción entre lo digital y lo físico o, incluso sólo entre activos digitales.

8. Nuevas necesidades en el sector legal

De acuerdo con las 7 capas del metaverso que se han descrito, queda plasmado el hecho de que el sector legal puede tener funciones en cualquier etapa dentro de un proceso de creación de un sector. En el caso del metaverso, el profesional de la abogacía puede interferir tanto en la redacción de contratos, en la protección de la propiedad intelectual, la protección de datos, entre otros. Por tanto, es latente la necesidad de que los abogados sean flexibles en el momento de entrar a conocer un nuevo sector, así como de conocer el negocio. Así, el profesional de la abogacía deberá ser no solo un excelente abogado técnico, sino que deberá ser capaz de adoptar y desarrollar nuevas habilidades, tanto de conocimiento de otros sectores, como de poder comunicarse con otro tipo de profesiones, tales como ingenieros, programadores, publicistas, entre otros.

33. Abogados especializados en NNTT: blockchain, crypto, NFT y metaverso. (2021, septiembre 28). Attolon Law. **https://attolonlaw.com/campos-emergentes-abogados- especializados-nuevas-tecnologias/**

9. El acceso al metaverso

Cualquier negocio puede entrar en el metaverso que desee o incluso, crear uno personalizado.

En este sentido, si se quiere entrar en un metaverso concreto existe una diversidad de oportunidades de negocio: publicidad, crear una tienda de productos, comprar tokens o criptomonedas, compraventa de parcelas, entre otros. En el caso de que el usuario quiera crear una tienda de productos será necesaria la compra de una parcela para posteriormente montar el establecimiento.

Además de todos los elementos anteriores, acceder al metaverso como negocio puede ser una tarea complicada para quien desconozca su funcionamiento. Así, los profesionales de la abogacía como conocedores del derecho deberán tener las habilidades suficientes para poder llevar a cabo todo el procedimiento. De esta forma, deberán asegurarse de que su cliente entiende cada punto y comprende cómo funciona el negocio en esta nueva plataforma.

Por tanto, un profesional de la abogacía deberá poder encargarse de la compraventa de la parcela (smart contract), llevar a cabo los contratos con los desarrolladores o profesionales que se encarguen de crear el establecimiento en el metaverso, así como los contratos con los agentes de marketing y publicistas correspondientes. Por otro lado, uno de los aspectos más importantes que deberá gestionar será la protección de la propiedad intelectual si vende NFT's, así como la protección de datos de dicha empresa, para evitar todo tipo de fuga de datos y establecer un protocolo de actuación en caso de ciberataque.

Pero, **¿Cómo se puede acceder y empezar una nueva vida en el metaverso?**

Para poder acceder y operar en el metaverso se requiere de 3 elementos: la creación de un wallet, obtener criptomonedas y comprar el espacio de negocio deseado. Paso a paso:

1) **Creación de un wallet digital**
   El término "wallet" o monedero de criptomonedas no deja de ser una aplicación móvil por la que se recogen todas las criptomonedas que tiene un usuario. De este modo, para entrar a operar en el metaverso resultará muy útil disponer de un wallet, ya sea a través de la App MetaMask, Electrum, Bitcoin Core, entre otras.
   Una vez el usuario tenga descargado y configurado el wallet podrá empezar a comprar y vender criptomonedas.

2) **Acceder a un metaverso**
   Para poder empezar un nuevo negocio en el metaverso primero se deberá acceder a él. Se puede acceder a través de una página web, pero sin embargo, se requerirá de un ordenador con una capacidad computacional alta. El usuario podría acceder a Decentraland, por ejemplo.

Una vez ha accedido y personalizado un avatar, que será la figura que le representará en el mismo, podrá comprar una parcela para empezar su propio negocio, un espacio de publicidad, entre otras funciones.

Dicha transacción se realizará a través de la blockchain que utilice el metaverso (en este caso, Ethereum) y con las criptomonedas correspondientes.

Por tanto, el mero hecho de acceder y empezar a operar es sólo la punta del iceberg, pues además de gestionar el wallet de un cliente, el trabajo de los profesionales de la abogacía abarcará todo el conjunto de transacciones que se empiecen a realizar a partir de la obtención de dichos activos y las futuras transacciones. De esta forma, no sólo será necesario que quien lo gestione conozca cómo funciona, sino también cómo opera el mercado de criptomonedas, así como el sector de mercado en el mundo virtual.

10. Conclusiones “Metaversicas”

A medida que transcurre el tiempo las cuestiones legales que surgen a raíz del metaverso son cada vez más amplias. Por este motivo, ante una realidad social y empresarial inminentemente virtualizada deberá abordarse cuanto antes los mecanismos legales para que tanto los usuarios como las empresas puedan defenderse y sentirse seguros.

El sector legal puede ser un gran motor para impulsar el uso de la tecnología en la justicia. Así lo han hecho ya algunos despachos de abogados empezando a operar en el metaverso: Falcon Rappaport & Berkman PLLC34, Vicox Legal35 o Ecija36. Estas tres firmas ya trabajan en la plataforma y, por ende, han empezado a entender la nueva perspectiva del negocio.

A pesar de todo lo comentado, en mi opinión queda mucho por desarrollar en lo que respecta a la accesibilidad de la realidad virtual, pues actualmente, acceder a ella tiene un coste elevado. Además, existen muchas cuestiones éticas y morales entorno a la profesión de la abogacía que en un espacio como el metaverso donde todo queda registrado y almacenado, quedan en el aire. A este respecto, por ejemplo, cabe hablar del secreto profesional abogado-cliente. En el caso que se realizara la visita en una oficina virtual toda la conversación quedaría grabada y registrada y posiblemente atraería a muchos oportunistas a vulnerar dicho secreto profesional. Por consiguiente, lo que se podría hacer al respecto es crear una especie de “salas blancas” donde dicho registro quedara suspendido. Es decir, profesiones con deber de confidencialidad como podrían ser la psicología o la abogacía deberían disponer de unas salas que no estuvieran sujetas a blockchain o que simplemente registraran el hecho de la visita, pero no del contenido de la misma.

---

34. Falcon Rappaport & Berkman PLLC. (2019, noviembre 9). Falcon Rappaport & Berkman PLLC. **https://frblaw.com/**
35. Abogado Criptomonedas- Vicox Legal. (2021, julio 21). Vicox Legal- Derecho y Economía Digital; Vicox Legal. **https://vicox.legal/**
36. Esteban, P. (2022, 6 junio). El despacho que quiere liderar la economia digital. El Pais. **https://elpais.com/economia/negocios/2022- 06-06/el-despacho-que-quiere-liderar-la-economia-digital.html**

En consecuencia, en el caso de filtrarse algún tipo de conversación realizada en esas salas no cabría admitirlas como prueba en un juicio.

Por lo que respecta a la comisión de delitos dentro del metaverso, en línea con lo comentado en el apartado de delitos informáticos, lo que podría hacerse es establecer unos mecanismos de protección como los que ya se vienen haciendo (opción de limitar la cercanía de otros avatares). Sin embargo, no solo deben establecerse mecanismos para que los usuarios no se conviertan en víctimas, sino que deben establecerse mecanismos y sanciones para aquellos usuarios que no hacen un buen uso de la red. Por ejemplo, podría aprovecharse la red blockchain para crear un expediente virtual confidencial de todos los usuarios que tengan algún tipo de mal comportamiento o que cometan un delito. De este modo, a partir de un smart contract general en el metaverso, cuando un usuario realice un conjunto de acciones que pudieran ser consideradas inapropiadas o delito por el proveedor del metaverso se imponga directamente una sanción al usuario.

No obstante, no cabe olvidar que al estar entrando en una nueva perspectiva y en un mundo virtual donde no existe un Estado social, democrático y de derecho ni tampoco, los Cuerpos y Fuerzas del Estado se les está otorgando un gran poder a los proveedores del servicio, es decir, a aquellas empresas que se han encargado de crear su propio mundo virtual. Por ende, en un futuro debería crearse unas directrices generales aplicables para todos los proveedores de estas plataformas con unos deberes y derechos mínimos, así como todo un conjunto de normas que asimilen el comportamiento virtual al real y, por ende, las normas y leyes reales.

Así, el metaverso proporciona grandes oportunidades a todo tipo de usuarios, mediante la creación de NFT y la posibilidad de emprender negocios en dicha plataforma, pero también crea una gran inseguridad jurídica, así como un escenario muy ambicioso y a la vez peligroso tanto para aquellas personas que desconocen el mundo de las criptomonedas, como para la seguridad jurídica que existe en el mundo real y que, sin lugar a dudas, no se aplica en el mundo virtual.

Legislación citada

Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a un mercado único de servicios digitales (Ley de servicios digitales) y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE. Comisión Europea. Recuperado el 27 de mayo de 2022, de https://eur- lex.europa.eu/legal- content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020PC0825&from=en

Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital (Ley de Mercados Digitales). Comisión Europea. Recuperado el 27 de mayo de 2022, de https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020PC0842&from=en

Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia. (s/f). Boe.es. Recuperado el 27 de mayo de 2022, de https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1996-8930

Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido. (s/f). Boe.es. Recuperado el 27 de mayo de 2022, de https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1992-28740

Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de competencia, prevención de blanqueo de capitales, entidades de crédito, telecomunicaciones, medidas tributarias, prevención y reparación de daños medioambientales, desplazamiento de trabajadores en la prestación de servicios transnacionales y defensa de los consumidores. https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2021-6872

Jurisprudencia y resoluciones citadas

Resolución Vinculante de DGT, V0486-22, 10-03-2022. (2022). https://www.iberley.es/resoluciones/resolucion-vinculante-dgt- v0486-22-10-03-2022-1538333

Hermès International, et al. V. Mason Rothschild. https://www.thefashionlaw.com/case-documentation/hermes- international-et-al-v-mason-rothschild/

Bibliografía

1 ¿Qué es la tecnología blockchain? (s/f). Ibm.com. recuperado el 27 de mayo de 2022 de https://www.ibm.com/es-es/topics/what-is- blockchain

2 Carrefour. Carrefour lanza el primer blockchain alimentario en españa-Detalle Nota de Prensa- Carrefour España. (s/f). Carrefour.es. Recuperado el 27 de mayo de 2022, de https://www.carrefour.es/grupo-carrefour/sala-de- prensa/noticias2015.aspx?tcm=tcm:5-50248

3 Serrano, S. (2018, octubre 30). Blockchain: Contratos Inteligentes - Smart Contracts I. LIS Data Solutions. https://www.lisdatasolutions.com/blog/blockchain_contratos_intelige ntes/

4 Payment Tokens. (s/f). Cybersource.com. Recuperado el 27 de mayo de 2022, de https://developer.cybersource.com/library/documentation/dev_guide s/Secure_Acceptance_Checkout_API/html/Topics/Payment_Tokens.ht m

5 Launchpad, R. (2022, marzo 22). Qué es un token y cómo funciona. Ripio. https://launchpad.ripio.com/blog/que-es-un-token-y-como- funciona

6 Casa Batlló hace historia en el arte digital: el NFT de Refik Anadol, subastado en Christie's. (2022, mayo 12). Casa Batlló de Antoni Gaudí, Barcelona. https://www.casabatllo.es/novedades/casa-batllo-y-refik- anadol-presentan-un-nft-de-la-fachada-que-se-subastara-en- christies/

7 Comprar y vender NFT: cómo funcionan las comisiones de transacción. (s/f). Binance Blog. Recuperado el 27 de mayo de 2022, de https://www.binance.com/es/blog/nft/comprar-y-vender-nft-c%C3%B3mo-funcionan-las-comisiones-de-transacci%C3%B3n- 421499824684902075

8 Welcome to decentraland. (s/f). Decentraland.Org. Recuperado el 27 de mayo de 2022, de https://decentraland.org/

9 Bit2Me Academy. (2021, junio 15). ¿Qué es Decentraland (MANA)? Bit2Me Academy; Bit2me. https://academy.bit2me.com/que-es-decentraland-mana/

10 Vanci, M. (2022, abril 8). ¿Qué es el metaverso? CriptoNoticias - Noticias de Bitcoin, Ethereum y criptomonedas; CriptoNoticias. https://www.criptonoticias.com/criptopedia/que-es-el-metaverso/

11 Peña, D. (2022, marzo 27). Metaverso: legalidad entre el espacio y el tiempo. Blog de Derecho de los Negocios. https://dernegocios.uexternado.edu.co/metaverso-legalidad-entre-el- espacio-y-el-tiempo/

12 Eguiluz, J. A. (s/f). Reglas jurídicas para el Metaverso. Cuatrecasas. Recuperado el 27 de mayo de 2022, de https://www.cuatrecasas.com/es/spain/articulo/eu-reglas-juridicas- para-el-metaverso

13 Rodríguez, I. (2019). Los delitos económicos en Internet. Universitat Autònoma de Barcelona. Doble grado en Derecho y Administración y Dirección de Empresas. Bellaterra. (4 de junio de 2019). Recuperado a partir de: https://ddd.uab.cat/pub/tfg/2019/208016/TFG_irodriguezrodriguez_t reball.pdf

14 Farrés, H. (2021, diciembre 18). Denuncian el primer caso de acoso sexual en el metaverso de Mark Zuckerberg. La Vanguardia. https://www.lavanguardia.com/tecnologia/20211218/7938626/denun cian-acoso-sexual-metaverso-horizon-worlds-meta-pmv.html

15 García, T. P. (2022, febrero 20). Delitos en el mundo virtual. Blog De Derecho. http://www.blogdederecho.es/2022/02/delitos-en-el- mundo-virtual/

16 Metaverso y delitos sexuales en realidad virtual. (s/f). LawAndTrends. Recuperado el 27 de mayo de 2022, de https://www.lawandtrends.com/noticias/tic/metaverso-y-delitos- sexuales-en-realidad-virtual-1.html

17 Resolución Vinculante de DGT, V0486-22, 10-03-2022. (2022). https://www.iberley.es/resoluciones/resolucion-vinculante-dgt- v0486-22-10-03-2022-1538333

18 Resolución Vinculante de DGT, V0486-22, 10-03-2022. (2022). https://www.iberley.es/resoluciones/resolucion-vinculante-dgt- v0486-22-10-03-2022-1538333

19 Resolución Vinculante de DGT, V0486-22, 10-03-2022. (2022). https://www.iberley.es/resoluciones/resolucion-vinculante-dgt- v0486-22-10-03-2022-1538333

20 Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido. (s/f). Boe.es. Recuperado el 27 de mayo de 2022, de https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1992-28740

21 Resolución Vinculante de DGT, V0486-22, 10-03-2022. (2022). https://www.iberley.es/resoluciones/resolucion-vinculante-dgt- v0486-22-10-03-2022-1538333

22 Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido. (s/f). Boe.es. Recuperado el 27 de mayo de 2022, de https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1992-28740

23 Resolución Vinculante de DGT, V0486-22, 10-03-2022. (2022). https://www.iberley.es/resoluciones/resolucion-vinculante-dgt- v0486-22-10-03-2022-1538333

24 Telefónica, F. (s/f). Fundaciontelefonica.com. Recuperado el 27 de mayo de 2022, de https://publiadmin.fundaciontelefonica.com/media/es/que_hacemos/media/publicaciones/identidad_digital.pdf

25 Free.fr. Recuperado el 27 de mayo de 2022, de http://fannygeorges.free.fr/

26 Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia.

27 Gokmi, K., & Jeon, J. H. (s/f). A study on the copyright survey for design protection in metaverse period. https://doi.org/10.7236/IJASC.2021.10.3.181

28 Hermès International, et al. V. Mason Rothschild. https://www.thefashionlaw.com/case-documentation/hermes- international-et-al-v-mason-rothschild/

29 WIPO. (s/f). Clasificación de Niza. Wipo.int. Recuperado el 27 de mayo de 2022, de https://www.wipo.int/classifications/nice/nclpub/es/fr/?basic_number s=show&class_number=42&explanatory_notes=show&lang=es&menulang=es&mode=flat&notion=&pagination=no&version=20190101

30 El metabirkin de Hermès seguirá en el metaverso. (2022, febrero 4). Folie. https://www.folie.es/post/el-metabirkin-de-hermes-seguira- en-el-metaverso

31 ¿Cómo eliminar o quemar un NFT? - Colección NFT. (2021, diciembre 1). Colección NFT. https://www.coleccionnft.es/como-eliminar-o- quemar-un-nft/

32 El Metaverso: conceptualización jurídica, retos legales y deficiencias normativas. (s/f). Worldcomplianceassociation.com. Recuperado el 27 de mayo de 2022, de https://www.worldcomplianceassociation.com/3050/articulo-el- metaverso-conceptualizacion-juridica-retos-legales-y-deficiencias- normativas.html

33 Abogados especializados en NNTT: blockchain, crypto, NFT y metaverso. (2021, septiembre 28). Attolon Law. https://attolonlaw.com/campos-emergentes-abogados- especializados-nuevas-tecnologias/

34 Falcon Rappaport & Berkman PLLC. (2019, noviembre 9). Falcon Rappaport & Berkman PLLC. https://frblaw.com/

35 Abogado Criptomonedas- Vicox Legal. (2021, julio 21). Vicox Legal - Derecho y Economía Digital; Vicox Legal. https://vicox.legal/

36 Esteban, P. (2022, 6 junio). El despacho que quiere liderar la economia digital. El Pais. https://elpais.com/economia/negocios/2022- 06-06/el-despacho-que-quiere-liderar-la-economia-digital.html

FUNDACIÓN Mutualidad

El metaverso, una nueva realidad ¿también para la abogacía?

Javier Roberto Freire Sampayo
Universidade de Santiago de Compostela Escola de Práctica Xurídica de Santiagode Compostela

X Premios a la Excelencia Cátedra Fundación Mutualidad

FUNDACIÓN Mutualidad

Javier Roberto Freire Sampayo
Universidade de Santiago de Compostela
Escola de Práctica Xurídica de Santiago de Compostela

SEGUNDO PREMIO EXAEQUO
X Premios a la Excelencia de la Cátedra Fundación Mutualidad

2022

FUNDACIÓN Mutualidad

Abreviaturas 323
Resumen y palabras clave 324
Resumo e palabras clave 325
Abstract and key words 326
1. Introducción 327
2. El metaverso 329
2.1. Aproximación conceptual 329
2.2. Sociedad natural y sociedad red 331
2.3. ¿Hacia un sistema jurídico paralelo? 333
2.4. Camino europeo. una incipiente regulación 335
3. Metaverso. Presente y futuro 337
3.1. Punto de partida 337
3.2. Primeras colisiones entre la sociedad red y la sociedad natural 340
3.3. Un camino incierto pero con múltiples posibilidades 342
4. Conclusiones 345
Webgrafía 348

Abreviaturas

BOE	Boletín Oficial del Estado.
CGAE	Consejo General de la Abogacía Española.
DMA	Digital Markets Act.
DSA	Digital Services Act.
EEUU	Estados Unidos.
LSD	Ley de Servicios Digitales.
NFT	Non-fungible token.
TUE	Tratado de la Unión Europea.
UE	Unión Europea.

Resumen

El estudio del presente trabajo pretende abarcar esta nueva realidad que se abre en nuestra sociedad. Por ello, y a través de una perspectiva multidisciplinar y eminentemente práctica, que afecta principalmente al ámbito del Derecho, de las relaciones humanas y económicas, así como al conjunto del sector legal y en particular de la Abogacía, se pretende dar una serie de nociones fundamentales para comprender qué es el Metaverso y cuál es la importancia que tiene y puede tener en un breve período de tiempo. Estudio que, como se verá, no solo proporciona soluciones sino también muchas cuestiones abiertas con las que se pretende que el lector pueda analizar esta nueva realidad desde una visión crítica y en la que poder generar opiniones propias a la hora de leer estas páginas. Además, todo ello se marida con un objetivo claro, y es que la sociedad en su conjunto, pero en particular los profesionales de la Abogacía, no deben perder nunca las oportunidades que brinda una formación continua y transversal que les permita estar adaptados a los avances de nuestro tiempo.

Palabras clave: Metaverso, Derecho, Abogacía, tecnología, realidad virtual, realidad natural, sociedad red, sociedad natural, formación.

Resumo

O estudio do presente traballo pretende abarcar esta nova realidade que ábrese na nosa sociedade. Por elo, e a través dunha perspectiva multidisciplinar e eminentemente práctica, que afecta principalmente ao ámbito do Dereito, das relacións humanas e económicas, así como ao conxunto do sector legal e en particular á Avogacía, preténdese dar unha serie de nocións fundamentais para comprender que é o Metaverso e cal é a importancia que ten e poder ter nun breve período de tempo. Estudo que, como verase, non so proporciona solucións se non tamén moitas cuestións abertas coas que preténdese que o lector poida analizar esta nova realidade dende unha visión crítica e na que poda xerar opinións de seu a hora de ler estas páxinas. Asemade, todo elo cun obxectivo claro, e é que a sociedade no seu conxunto, pero en particular os profesionais da Avogacía, non deber perder nunca as oportunidades que brinda unha formación continua e transversal que lles permita estar adaptados aos avances no noso tempo.

Palabras clave: Metaverso, Dereito, Avogacía, tecnoloxía, realidade virtual, realidade natural, sociedade rede, sociedade natural, formación.

Abstract

The study of the present work intends to cover this new reality that is opening up in our society. Therefore, and through a multidisciplinary and eminently practical perspective, which mainly affects the field of Law, human and economic relations, as well as the whole legal sector and in particular the legal profession, it is intended to provide a series of fundamental notions to understand what the Metaverse is and what is the importance it has and may have in a short period of time. This study, as will be seen, not only provides solutions but also many open questions with which it is intended that the reader can analyze this new reality from a critical point of view and in which to generate their own opinions when reading these pages. In addition, all this is combined with a clear objective, which is that society as a whole, but in particular the legal profession, should never miss the opportunities offered by a continuous and transversal training that allows them to be adapted to the advances of our time.

Key words: Metaverse, Law, Advocacy, technology, virtual reality, natural reality, network society, natural society, education.

1. Introducción

La Abogacía ha vivido durante muchos años casi impasible a los cambios tecnológicos que se producían a nuestro alrededor. Han sido muchas las corrientes que defendían que aquello que se había hecho siempre, y funcionaba, no debía ser cambiado. Pese a todas esas reticencias, que todavía existen en la actualidad, cada vez más voces instan a operar grandes modificaciones en el ecosistema legal que permitan una mayor eficiencia, un mayor uso de los recursos de los que disponemos y sobre todo el poder destinar tiempo y medios a aquellas cuestiones que realmente aportan valor a la profesión.

Ante esta nueva realidad han surgido muchas herramientas legal tech -que no dejan de ser herramientas tecnológicas aplicadas al Derecho- que han ido surgiendo para hacer la vida más fácil a los profesionales del sector. Pero, si una está levantando grandes expectativas y retos en el ámbito de los mercados mundiales, pero también concretamente en el sector de la Abogacía, es el surgimiento del Metaverso, ya que no sólo supondrá un punto de inflexión en la realidad social de cualquier individuo, sino también en el modo, o cuanto menos en las posibilidades del ejercicio de la Abogacía.

Las oportunidades parecen inmensas, y su consecución dependerá en gran medida de la implantación que el Metaverso tenga en el día a día de la sociedad, pero a bote pronto ya se habla de un nuevo nicho para la Abogacía con el que poder aportar un valor diferencial dentro de la profesión.

Nos adentramos así en un terreno desconocido que, en consecuencia, debe ser abordado y estudiado desde una perspectiva

jurídica que permita a la Abogacía del futuro, pero también a la del presente, saber o cuanto menos intuir los pasos que se deben dar para alcanzar el éxito y el máximo rigor en el ejercicio de la profesión. Además, se trata de un panorama lleno de conflictos jurídicos y también éticos en el que los diferentes operadores legales, pero sobre todo la Abogacía, debe tener un peso fundamental en su conformación y en la búsqueda de soluciones, pero también de evitar futuros problemas que puedan surgir por la disrupción de esta nueva realidad virtual.

En definitiva, un mundo lleno de posibilidades, que deberían ser abordadas por cualquier profesional que quiera estar en constante evolución. La formación, es y será siempre, un valor diferencial para el ejercicio en sus múltiples vertientes de esta noble profesión.

2. El Metaverso

2.1. Aproximación conceptual

Lo primero que debemos realizar antes de abordar el presente estudio, es clarificar qué se entiende por Metaverso[1]. Así, Don Javier Antonio Nisa Ávila, Jurista en Derecho en Inteligencia Artificial, Metaverso y Tecnologías Avanzadas, propone que, desde un punto de vista jurídico podría definirse el Metaverso como "una infraestructura de hardware y software perteneciente a una entidad con personalidad jurídica que canaliza a través de una red inteligente y mediante sistemas de Inteligencia Artificial la recreación de la realidad natural en un entorno de redes virtuales"[2]. De la definición proporcionada resulta fundamental la precisión que se realiza acerca de cómo el entorno natural, es decir, el que todos conocemos y el que desarrollamos en el medio físico en el que vivimos, es emulado en la realidad virtual. Se trata esta última de una nueva realidad con infinidad de posibilidades que no son concebibles o, simplemente, que son físicamente imposibles dentro de nuestro mundo. Así, en palabras del Letrado del Consejo de Estado Don Moisés Barrio "*los participantes interactúan como avatares mediante una plataforma específica que se construye como una metáfora del mundo real sin los condicionantes físicos, económicos, o jurídicos del mundo off line*"[3].

---

1. Este concepto se acuñó en el año 1992 en la novela "Snow Crash" por el escritor Don Neal Stephenson. Cuando Facebook empleó el término en 2021 para lanzar Meta, Don Neal Stephenson declaró "no tengo nada que ver con nada de lo que Facebook está haciendo en relación con el Metaverso, aparte del hecho obvio de que están utilizando n término que acuñé en Snow Crash". Al respecto puede consultarse TONES, J. (Publicado el 03/11/2021), "El creador original del término Metaverso no quiere saber nada de Facebook: así reinventó Neal Stephenson los entornos virtuales", Xataka, **https://www.xataka.com/literatura-comics-y-juegos/creador-original-termino-metaverso-no-quiere-saber-nada-facebook-asi-reinvento- neal-stephenson-entornos-virtuales**
2. NISA ÁVILA, J. (Publicado el 30/11/2021), "El Metaverso: conceptualización jurídica, retos legales y deficiencias normativas", Lefebvre, **https://elderecho.com/el-metaverso- conceptualizacion-juridica-retos-legales-y-deficiencias-normativas**
3. BARRIO ANDRÉS, M. (Publicada el 17/06/2022), "Avanzando en la soberanía digital europea: los reglamentos DSA y DMA", Real Instituto ELCANO, **https://www.realinstitutoelcano.org/analisis/avanzando-en-la-soberania-digital-europea-los- reglamentos-dsa-y-dma/**

Es importante destacar que si bien se habla de Metaverso -y así se hará en el presente trabajo para no generar confusión- debería hablarse más bien de Metaversos. Ello es así, como indican entre otros la socia y directora de Roca Junyent, Doña Marlan Estevez Sanz, porque no "existirá un Metaverso individual sino uno plural, ya que habrá tantos como los que se puedan desarrollar, al igual que sucede a día de hoy con los aledaños de internet". Un ejemplo claro de ello es el proyecto lanzado por Mark Zuckerberg, en octubre de 2021, para la creación del Metaverso por él denominado como Meta, que mediante Horizon Worlds ya está disponible en fase Beta en EEUU y Canadá desde diciembre de 2021[4]. Pero este no es el único, ya que distintas organizaciones de mayor o menor tamaño, y también diversas plataformas de videojuegos, ya cuentan en la actualidad con sus propios Metaversos en los que los avatares pueden realizar una serie de actividades o funciones tasadas[5]. No obstante, la idea, como se ha expuesto líneas más arriba, es la creación de un ecosistema total en el que los individuos puedan desarrollar sus propias vidas virtuales y tejer relaciones económicas, jurídicas, laborales y de cualquier índole bajo el paraguas del Metaverso.

Debemos tal vez referirnos por ello al Metaverso actual como incipiente Metaverso porque la idea final, como apuntamos anteriormente, es una experiencia totalmente inmersiva, en la que los avatares puedan desarrollar todos aquellos aspectos de su vida que consideren. Pero, para llegar a sentir lo que es la vida en el Metaverso, la propuesta pasa por el empleo de gafas de realidad virtual y/o trajes hápticos que permiten que a través de múltiples sensores se recreen en el Metaverso los movimientos del individuo, pero, lo más impresionante, es que permitirán percibir las sensaciones de la realidad virtual como si se produjesen en la realidad natural. No son ciencia ficción, aunque lo pueda parecer, puesto que ya existen proyectos que permitirían sentir "las gotas de agua cayendo o vivir con mayor intensidad y realismo un concierto online donde bailar y sentir la música en el cuerpo" como indican los fundadores del traje háptico denominado DK1 y desarrollado por la colaboración de Sommnium Space y Teslasuit[6].

---

4. GALEANO, S. (Publicado el 10/12/2021), "Así es el primer Metaverso de Meta: Horizon Worlds", Marketing 4 ecommerce, **https://marketing4ecommerce.net/asi-es-facebook- horizon-un-second-life-mejorado/**
5. Dentro de los Metaversos existentes en la actualidad, podemos destacar: Decentraland, The Sandox, Sommium Space, Axie Ininitie, etc. Destaca la propuesta de Corea del Sur de crear su propio Metaverso por cuanto se trata de la primera iniciativa pública en esta nueva realidad virtual. Al respecto puede consultarse TECH, E. (Publicado el 15/02/2022), "Metaversos actuales: estos son los Metaversos en los que puedes entrar hoy mismo", GizTab, **https://www.giztab.com/metaversos-actuales/#:~:text=Otro%20de%20los%20metaversos%20actuales,ganar%20dentro%20de%20la%20plataforma**
6. SANZ ROMERO, M. (Publicado el 02/07/2022), "Sentir la lluvia o el impacto de un disparo: un traje para adentrarse en el metaverso", Diario El Español, **https://www.elespanol.com/omicrono/tecnologia/20220702/sentir-lluvia-impacto-disparo- traje-adentrarse-metaverso/684431630_0.html**

No obstante, es importante señalar que el Metaverso quiere llegar a todo aquel que quiera incorporarse en esta nueva realidad, por lo que acceder a él también podrá realizarse mediante un simple ordenador.

En definitiva, abrimos las puertas a una nueva realidad, aunque en esta ocasión será de carácter virtual, donde los distintos usuarios tejerán una plataforma en la que poder desarrollar actividades de ocio, económicas, culturales y prácticamente cualquiera que podamos imaginar. Una nueva realidad social que, indudablemente, debe contar con un papel protagonista de la Abogacía.

2.2. Sociedad natural y sociedad red

Seguidamente, es interesante hacer una breve aproximación a lo que Don Javier Antonio Nisa Ávila distingue como sociedad natural y sociedad red[7]. Términos que, además, serán acuñados a lo largo de este trabajo porque son muy clarificativos a la hora de distinguir las relaciones que se pueden producir en una u otra realidad.

Por un lado, la sociedad natural sería aquella en la que todos los individuos se desarrollan en el mundo físico real, aquel en el que nacemos, mientras que, por otro lado, la sociedad red se definiría jurídicamente como "una sociedad con estructura social completa que se canaliza exclusivamente a través de sistemas tecnológicos basados en redes de información global que recrean todos los aspectos básicos necesarios para cubrir las necesidades vitales de un ser humano con el fin de crear un ambiente donde la interactuación entre usuarios permita el intercambio de experiencias sociales emulando la realidad social natural". No se trata únicamente de una experiencia a la que acceder mediante un ordenador, unas gafas o un traje háptico, sino una emulación de la realidad social natural, lo que conlleva que la idea es que, a la hora de entrar en este nuevo mundo, los sujetos nos sintamos en una especie de analogía a lo que sentimos en el mundo tal y como lo conocemos. De esta manera,

7. NISA ÁVILA, J. (Publicado el 30/11/2021), "El Metaverso: conceptualización jurídica (...)", op. cit.

y a través de la creación de un avatar personal que constituirá nuestra personalidad jurídica individualizada[8] en la sociedad red, podremos desarrollarnos en este nuevo mundo virtual.

Se podría así llegar a crear una dualidad en nuestro día a día que, si bien de una manera mucho más limitada, está más presente de lo que creemos. Todavía no podemos hablar de una sociedad red pura, si bien sí que es cierto que ya existen multitud de tintes que le van dando forma y que nos permiten poder considerar que de una manera ya existe una pseudo sociedad red en nuestros hábitos de conducta. Uno de los más destacados puede ser el propio uso de las redes sociales, que nos permiten interactuar con distintas personas a través de una pantalla y en las que configuramos una suerte de identidad virtual que pueda distar en gran medida con la que tiene ese sujeto. Cabe también pararse a pensar en las videoconferencias que se han extendido vertiginosamente desde el estallido de la COVID-19, que permiten tener reuniones a cientos o miles de kilómetros de distancia con otros sujetos, o incluso en el ámbito de la Abogacía la posibilidad de celebrar juicios de manera telemática sin necesidad de pasar por el juzgado. Manifestaciones de que los condicionantes y las barreras físicas han cambiado y que nos permiten vislumbrar, aunque sea de una manera incipiente, la posibilidad de que nuestra realidad siga variando y permitiendo al ser humano, quien sabe, desarrollar una parte de su vida en el Metaverso igual que a día de hoy lo hacemos conectados a múltiples plataformas tecnológicas, configurando así una auténtica sociedad red como la descrita por Don Javier Antonio Nisa Ávila[9].

Es fundamental destacar, sobre todo para aquellos pensamientos más escépticos o distópicos, que la idea no debe ser sustituir nuestra vida tal y como la conocemos, o por lo menos no completamente, sino conformar una especie de facultad de opción que permita al usuario escoger en cada momento aquello que se ajusta más a sus necesidades.

8. NISA ÁVILA, J. (Publicado el 04/07/2022), "Muerte y Resurrección digital: El Metaverso como inflexión en los derechos de la personalidad", Lefebvre, **https://elderecho.com/muerte-y- resurreccion-digital-el-metaverso-como-inflexion-en-los-derechos-de-la-personalidad**
9. NISA ÁVILA, J. (Publicado el 30/11/2021), "El Metaverso: conceptualización jurídica (...)", op. cit.

2.3. ¿Hacia un sistema jurídico paralelo?

Surge una duda que subyace en la mayoría de las realidades tecnológicas de nuestra era. Por ejemplo, podemos pensar en las criptomonedas y su máximo exponente como es el Bitcoin, que pese a los años que llevan en el tráfico económico y jurídico, todavía no existe una respuesta normativa clara por parte de la mayoría de los Estados a dicha realidad permitiendo a veces su utilización de una manera alegal, sin perjuicio de avances que sí se han producido en su fiscalización o en su utilización en transacciones comerciales en países como España. Así, se plantea una cuestión trascendental ¿Quién regulará lo que es lícito y que no en el Metaverso? ¿Hablamos de una realidad virtual en la que regirá una especie de anarquía o que en su defecto estará controlada por poderes económicos ajenos a los estados?

El Metaverso, tal y como se está desarrollando, no deja de ser un producto económico. Pero no solo eso, ya que esta realidad virtual no dejará de ser una construcción humana que permitirá las relaciones sociales y económicas entre los usuarios conformando, en última instancia, la sociedad red[10].

De esta manera surge la necesidad de configurar un marco normativo que rija en esta realidad virtual[11]. Se abren así todavía más interrogantes acerca de cuál será el artífice de su diseño, pero también cuál será el poder que tengan los estados en su control. También una cuestión clave acerca de si los sistemas jurídicos nacionales serán capaces de adelantarse a esta nueva realidad y no verse sobrepasados y perder en cierto modo el control a favor de las multinacionales, compañías o sujetos que lo manejen como, en algunos aspectos, también se ha producido con las propias redes sociales que empleamos en la actualidad.

Resulta por tanto fundamental la labor de la Abogacía y de todo el sector legal en su conjunto, no solo a la hora de asesorar en la configuración de los marcos normativos que deban ser respetados en las nuevas realidades, sino también a la hora de dirimir posibles conflictos que existan entre la vida en la sociedad natural y la vida en la

10. NISA ÁVILA, J. (Publicado el 30/11/2021), "El Metaverso: conceptualización jurídica (...)", op. cit.
11. ESTEBAN, P., (Publicado el 05/03/2022), "Un derecho por escribir en el metaverso", Diario El País, **https://elpais.com/economia/negocios/2022-03-05/un-derecho-por-escribir-en-el- metaverso.html**

sociedad red[12], que, adelanto, ya se están produciendo ¿Puede un delito cometido por un avatar tener efectos en el mundo tal y como lo conocemos? Está claro que si por ejemplo se trata de una cuestión meramente económica el efecto es directo, pero, si por ejemplo, se produce un robo o la utilización ilegal de una marca en el Metaverso. ¿Estarán los Tribunales nacionales legitimados para su conocimiento? ¿Qué legislación debería regir en este caso?

Al hilo de lo anterior, y partiendo de la base de que el Metaverso aspira a ser un entorno en el que las personas puedan desarrollar su vida virtual en esa sociedad red, ello nos hace preguntarnos ¿Se podrán dirimir los conflictos en el propio Metaverso? Para Don Luis Ignacio Vicente del Olmo, consejero estratégico de PONS IP, subraya que hay que tener en cuenta "que los mundos virtuales que conforman el Metaverso tienen sus propias reglas de juego. Son plataformas privadas con normas que los usuarios aceptan al firmar los términos y condiciones. Incluso han desarrollado fórmulas para resolver conflictos en su mundo, una especie de metajurisdicción"[13]. Ante estas declaraciones, está claro que la Abogacía deberá estar presente encarnando, o mejor dicho cibertizando, la defensa de los intereses de los avatares que conformen esa realidad virtual. Aunque, sin ser tan futuristas, dado que no es la tónica general, estos conflictos, en la medida en que una sociedad está interrelacionada con la otra, tendrán sus correlativas consecuencias jurídicas en la sociedad natural y, con un conocimiento del funcionamiento de la sociedad red, deberán tener una respuesta y un asesoramiento por parte de la Abogacía.

Sin duda, un mundo interesante que abordar y al que deberíamos darle solución o cuanto menos tener todo el conocimiento posible acerca de sus posibilidades antes de que pueda llegar a sobrepasarnos. Por todo lo indicado me quedo con la siguiente reflexión de Don Javier Antonio Nisa Ávila, y es que el Metaverso "aunque con apariencia exclusivamente virtual, tiene su extensión en la realidad natural" tanto desde una perspectiva positiva como negativa[14], siendo un hecho cierto que sus efectos ya se están produciendo en nuestra realidad.

---

12. TAMBIAMA MADIEGA, P. & NIESDAT, M. (Publicado en junio de 2022), "Metaverse – opportunities, risks and policy implications", Servicio de Búsqueda del Parlamento Europeo, **https://media-exp2.licdn.com/dms/document/C4E1FAQFSzLIeOAwEnw/feedshare-document- pdf-analyzed/0/1656327814025?e=1657756800&v=beta&t=dfQGAeJIXD3ldQj_fUfYhrVL_- xZ6cD4db7mqpovqXQ**
13. Ibidem
14. NISA ÁVILA, J. (Publicado el 30/11/2021), "El Metaverso: conceptualización jurídica (...)", op. cit.

2.4. Camino europeo. Una incipiente regulación

Sentado lo anterior, debemos hacer especial mención a que en la actualidad existe una importante propuesta normativa[15] por parte de la Comisión Europea[16] que, en un ámbito mucho más amplio como es el de los servicios digitales, sí contiene previsiones específicas que afectarían al Metaverso. Se trata principalmente del Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a un mercado único de servicios digitales (Ley de servicios digitales -LSD- o Digital Services Act -DSA-) y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE[17]. Hablamos de una normativa que quiere acotar los problemas que se están produciendo en las plataformas online y que puede ser un punto también de partida a la hora de limitar el desarrollo del Metaverso en aras de garantizar los valores inspiradores de los estados democráticos de la UE. Es interesante traer a colación las declaraciones, de fecha 26 de abril de 2022, de la Presidenta de la Comisión Europea, Ursula von der Leyen, que son un claro reflejo del espíritu de esta propuesta normativa y de intentar evitar que las plataformas online puedan vivir al margen de las regulaciones nacionales o comunitarias.

Así, la Presidenta ha declarado que "el acuerdo de hoy sobre la Ley de Servicios Digitales es histórico, tanto por la rapidez con que se ha alcanzado como por su fondo. La LSD actualizará las normas de base para todos los servicios en línea de la UE y garantizará que el entorno en línea siga siendo un espacio seguro, donde se proteja la libertad de expresión y las oportunidades para las empresas digitales.

Con ella se concreta el principio de que aquello que es ilegal cuando no está en línea, debe ser ilegal también cuando esté en línea. Cuanto mayor sea su tamaño, mayor serán las responsabilidades de las plataformas en línea. El acuerdo de hoy, que viene a completar el acuerdo político sobre la Ley de Mercados Digitales del mes

15. También es interesante hacer referencia al Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital (Ley de Mercados Digitales), conocida como DMA por sus siglas en inglés. Al respecto, puede consultarse en el siguiente enlace **https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52020PC0842**
16. ALONSO, A. (Publicado en diciembre de 2020), "Se publica la propuesta de Reglamento sobre Mercado Único de Servicios Digitales ("Digital Services Act")", Blog Jurídico de Cuatrecasas, **https://www.cuatrecasas.com/es/latam/articulo/se-publica-la-propuesta-de- reglamento-sobre-mercado-unico-de-servicios-digitales-digital-services-act**
17. Puede consultarse en el siguiente enlace: **https://eur-lex.europa.eu/legal- content/ES/TXT/DF/?uri=CELEX:52020PC0825&from=en**

pasado, envía una señal clara a todos los europeos, a todas las empresas de la UE, y a todos nuestros homólogos internacionales"[18]

Adentrándonos en el contenido de la LSD, lo primero que se puede atisbar tras la lectura de la norma y analizando las declaraciones de la Presidenta de la Comisión Europea, es que el Reglamento está fuertemente inspirada en los valores propios de la UE[19], esto es, el "respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos" -artículo 2 TUE-. La normativa pretende así hacer más responsables a los intermediarios que operan en Internet y sobre todo a las grandes plataformas, de manera que ofrece también una serie de reglas a las que el Metaverso no puede ser ajeno[20]. Uno de sus fines últimos, como se habrá podido inferir, y como concluye Don Moisés Barrio Andrés, es que "*todo lo que es ilegal en el mundo físico lo es en el mundo digital*"[21].

A lo largo del Reglamento se prevé por ejemplo la exigencia de informar acerca del uso del servicio, las políticas, los procedimientos y las medidas y herramientas que utilice la plataforma con fines de moderación de contenidos -de una manera parecida a las exigencias que existen en las redes sociales que utilizamos en masa en la actualidad-. Se prevén, además, cuestiones acerca de la vulneración de la propiedad privada virtual o el cese unilateral de un perfil virtual - como por ejemplo puede ser un avatar[22]-. Además, exige establecer el régimen de propiedad intelectual, tratamiento de datos personales -un tema en el que siempre ha sido pionera la UE- o la tramitación de reclamaciones y órganos de resolución de conflictos.

---

18. DESCONOCIDO (Publicado el 26/04/2022), "Ley de Servicios Digitales: nuevas normas que garantizan un entorno en línea seguro", NOTICIAS UE, **https://cde.ugr.es/index.php/union- europea/noticias-ue/1379-ley-de-servicios-digitales-nuevas-normas-que-garantizan-un- entorno-en-linea-seguro**
19. BARRIO ANDRÉS, M. (Publicada el 17/06/2022), "Avanzando en la soberanía digital europea: los reglamentos DSA y DMA", Real Instituto ELCANO, **https://www.realinstitutoelcano.org/analisis/avanzando-en-la-soberania-digital-europea-los- reglamentos-dsa-y-dma/**
20. AGUSTINDY, A. & EGUILUZ, J. (Publicado el 11/03/2022), "EU | Reglas jurídicas para el Metaverso", Blog Jurídico de Cuatrecasas, **https://www.cuatrecasas.com/es/spain/articulo/eu- reglas-juridicas-para-el-metaverso**
21. BARRIO ANDRÉS, M. (Publicada el 17/06/2022), "Avanzando en la soberanía digital europea: los reglamentos DSA y DMA", Real Instituto ELCANO, **https://www.realinstitutoelcano.org/analisis/avanzando-en-la-soberania-digital-europea-los- reglamentos-dsa-y-dma/**
22. Es interesante tener en cuenta el concepto de Identidad Digital y los grandes conflictos que existen por el riesgo del anonimato y la impunidad en Internet. Para Doña Mariona Campmany, Digital Identity and Innovation Lead, "la identidad en el metaverso debería considerarse casi como un código genético que confirma la identidad biológica, que podría alcanzarse mediante un NFT". Al respecto puede consultarse MARIONA CAMPMANY, M. (Publicado el 02/02/2022), "¿Cómo crearemos nuestra identidad digital en el metaverso?, LinkedIn, **https://www.linkedin.com/pulse/c%C3%B3mo-crearemos-nuestra-identidad-digital-en-el- mariona-campmany/?trk=public_profile_article_view**

3. Metaverso. Presente y futuro

3.1. Punto de partida

Como informa Don Felipe Herrera, Abogado especializado en Tecnología y fundador del Portal Jurídico A Definitivas, el futuro, aunque con matices, ya es tangible. Algunos despachos han empezado a constituir oficinas o comprar terrenos en el Metaverso a través de plataformas como Decentraland -en ella los usuarios pueden comprar parcelas de tierra para recorrerlas, construir en ellas y monetizarlas-. Entre las ventajas que destaca están "*disponer de una nueva forma de publicitarse, incrementar la accesibilidad del cliente, mayor privacidad del cliente y seguridad extra en transferencia de datos, familiarizarse con nuevas tendencias litigiosas o tener un contacto más humano con el cliente mediante la realidad virtual*" [23].

Está claro que el Metaverso, independientemente de cual sea su consolidación a futuro, se abre como un nuevo nicho de mercado para la Abogacía en su conjunto[24], si bien lógicamente no es una necesidad para todas las firmas legales. Dependerá en gran medida del ámbito de especialización, el tamaño de la firma, o los potenciales clientes que se pretendan captar. No obstante, sí se debe considerar como una oportunidad para cualquier profesional del sector de la Abogacía, puesto que se abre como una posibilidad de negocio o de replantear aspectos inherentes a la profesión como puede ser el método de relacionarse con determinados clientes y, sobre todo, en un mundo interconectado como en el que vivimos, poder abrir nuevas fronteras frente

23. HERRERA, F. (Publicado en mayo de 2022), "Por qué los despachos de abogados están entrando en el metaverso", Blog de Innovación Legal y Nuevas Tecnologías del Consejo General de la Abogacía Española, **https://www.abogacia.es/publicaciones/blogs/blog-de- innovacion-legal/por-que-los-despachos-de-abogados-estan-entrando-en-el-metaverso/**
24. DESCONOCIDO (Publicado el 06/06/2022), "LegalTech y Metaverso, océano de posibilidades para el mundo jurídico", Noticias Jurídicas, **https://noticias.juridicas.com/actualidad/el-sector-legal/17257-legaltech-y-metaverso-oceano-de-posibilidades-para-el-mundo-juridico/**

a los condicionantes físicos que en muchas ocasiones encorsetan a determinados despachos y que los medios tecnológicos que se emplean actualmente no llegan a suprimirlos del todo. Por eso es importante, desde ya, comenzar a formarse y adquirir competencias que nos permitan tener conocimientos sobre el Metaverso y las oportunidades que puede ofrecernos como profesionales.

Dentro de las firmas del sector legal que ya han comenzado a operar en el incipiente Metaverso destaca en el ámbito internacional Arent Fox, que se constituye como la primera gran firma legal en abrir una oficina en esta realidad virtual, concretamente en febrero de 2022, y que ya asesora o ha asesorado para su implementación en el Metaverso a otras firmas como PwC, Diesel o Victoria´s Secret. La firma asegura que el Metaverso "*será un lugar para que los abogados y los clientes puedan reunirse para negocios o encuentros sociales y, por supuesto, un lugar para compartir información*"[25].

En el panorama nacional destaca, por un lado, Vicox Legal, que abrió sus puertas en septiembre de 2021. La compañía cuenta con una edificación en Decentraland donde ha abierto una oficina en la que los avatares pueden acudir a interesarse por aspectos legales y regulatorios. Según afirma Don Vicente Ortiz, director de Vicox Legal, su decisión de entrar en el Metaverso se debe a que "no solo somos abogados especializados en tecnología y economía digital, sino que somos abogados digitales" y con este movimiento lo que pretenden es hacerse un hueco "en la red descentralizada más completa en la actualidad"[26]. Por su parte, Aránguez Abogados, también ha abierto una oficina en junio de 2022. Para Don Carlos Aránguez, Director de la firma, el Metaverso "es el siguiente paso en la búsqueda natural del ser humano de controlar sus sueños. Se trata de espacios oníricos, en los que podemos ver, sentir y, sobre todo, controlar lo que antes solo estaba en nuestra mente", su firma ya recibe clientes en esta sociedad red del mismo modo que se haría en un despacho tradicional, permitiendo además el pago mediante criptomonedas, y sentencia "es un ámbito que aún está poco desarrollado, pero tengo claro que es el futuro". Para él este mundo ofrece "confidencialidad, anonimato, internacionalización y accesibilidad". Además, y gracias a la tecnología blockchain, se permite garantizar el anonimato, pero al mismo tiempo la identidad de los intervinientes en la prestación del servicio de que se trate[27].

---

25. LOVE, B. (Publicado el 15/02/2022), "Arent Fox Buys Property in the Metaverse, Becoming First Big Law Firm With Serious Presence in the Virtual World", ALM LAW.COM, **https://www.law.com/americanlawyer/2022/02/15/arent-fox-buys-property-in-the- metaverse-becoming-first-big-law-firm-with-serious-presence-in-the-virtual-world**/
26. VENEGAS, E. (Publicado el 10/09/2021), "Vicox Legal de Marbella abre oficina en el metaverso de Decentraland", Beincripto, **https://es.beincrypto.com/vicox-legal-marbella- abre-oficina-metaverso-decentraland/**
27. DESCONOCIDO, (Publicado el 18/04/2022) "Los primeros despachos de abogados que llegan al metaverso", Economist & Jurist, **https://www.economistjurist.es/actualidad-juridica/los- primeros-despachos-de-abogados-llegan-al-metaverso/**

Por otra parte, ya se han comenzado a abrir plataformas que por ejemplo permiten la colección de obras de arte, o que permiten vestir a los avatares con prendas de lujo, como las colecciones virtuales de Dolce & Gabana, Gucci o Burberry entre otras. En el ámbito nacional destaca Inditex que, a través de su marca Pull & Bear y en colaboración con Meta ha presentado en marzo de 2022 un proyecto que engloba un showroom virtual, un juego de surf y un probador de outfits de la enseña española. Su denominación, virtual world, incorpora además una colección de ropa virtual en exclusiva para el Metaverso[28], a la que no ha sido ajena la enseña del grupo, ZARA, que también ha organizado un desfile en esta nueva realidad[29]. Todas estas opciones se canalizan, por ejemplo, a través del Marketplace OpenSea que permite la adquisición de los diferentes productos. La adquisición de estos productos se realiza mediante tokens no fungibles, popularmente conocidos como NFT, que podrían definirse como obras digitales que pueden ser compradas y vendidas como cualquier otra propiedad y que mediante la tecnología blockchain permite comprobar la autenticidad e individualización del producto.

Por último, con la idea de evidenciar las infinitas posibilidades de esta realidad virtual, lo que no oculta sus riesgos, resulta significativo destacar que, igual que ha sucedido con los webinars, el Metaverso también permite un acceso más universal a la educación rompiendo limitaciones físicas y conformando un entorno más inmersivo. Al respecto cabe destacar la apertura del Instituto Jurídico de Blockchain Inteligence que ha abierto sus puestas en junio de 2022 ya en este entorno virtual y que cuenta con la certificación del Consejo General de la Abogacía Española[30].

En conclusión, se trata por tanto de manifestaciones de relaciones sociales y de actividad económica en las sociedades red, por lo que el Derecho, y en particular, la Abogacía, debe estar ojo avizor para evitar y también dar solución a las problemáticas que ya han surgido y pueden seguir surgiendo, no solo en la realidad virtual sino también como consecuencia de los efectos que esta tiene en la realidad natural.

---

28. DESCONOCIDO (Publicado el 30/03/2022), "La gallega Pull&Bear se adentra en el metaverso con su propio mundo virtual", Quincemil–El Español, **https://www.elespanol.com/quincemil/articulos/economia/la-gallega-pullbear-se-adentra-en- el-metaverso-con-su-propio-mundo-virtual**
29. GARCÍA, P. (Publicado el 11/04/2022), "Zara y Pull&Bear lanzan sus looks para el metaverso", La Voz de Galicia, **https://www.lavozdegalicia.es/noticia/yes/2022/04/09/zara- pull-bear-lanzan-looks-metaverso/0003_202204SY9P18991.htm**
30. DESCONOCIDO (Publicado el 03/06/2022), "Blockchain Intelligence, primer centro de formación en el metaverso para abogados y compliance officers", Blog de Innovación Legal y Nuevas Tecnologías del Consejo General de la Abogacía Española, **https://www.abogacia.es/actualidad/noticias/blockchain-intelligence-primer-centro-de-formacion-en-el-metaverso-para-abogados-y-compliance-officers/**

3.2. Primeras colisiones entre la sociedad red y la sociedad natural

Como prueba de que las relaciones entre ambas sociedades ya están produciendo efectos en nuestra realidad, en enero de este mismo año 2022, el artista Mason Rothschild, ha sido demandado por la compañía Hermès por la comercialización en el Metaverso de MetaBirkins -interpretaciones virtuales mediante NFT- comercializados por millones de euros e inspirados en bolsos de la colección de la firma de moda de lujo[31]. La interposición de esta acción judicial ha hecho que el artista retire su obra del Marketplace OpenSea, pero no ha cerrado una batalla judicial que, se insiste, es un claro ejemplo de que este incipiente mundo ya se ha abierto paso en nuestra realidad. El artista, sostiene que sus creaciones virtuales están amparadas por la Primera Enmienda de los Estados Unidos, alegando que "tenía derecho como ciudadano estadounidense de crear arte basándose en sus interpretaciones del mundo que le rodea" y se ha defendido diciendo que los MetaBirkins no son "bolsos Birkin falsos", sino que se trata de obras de arte "que representan bolsos Birkin imaginarios"[32]. Estamos ante la clara evidencia de la colisión que se comentaba líneas arriba entre la sociedad natural y la sociedad red, y también ante la relevancia de que la normativa europea articule soluciones eficaces para los actores implicados. Pero, una vez más, vemos como la litigiosidad en nuestro mundo puede estar fuertemente condicionada por aquello que suceda en el Metaverso. Un argumento más que hace necesario que la Abogacía empiece a tomar conciencia y a formarse para esta nueva realidad.

También, aunque en esta ocasión no ha llegado a fecha de realización de este trabajo a los Tribunales, se han producido desagradables episodios de acoso sexual[33] hacia usuarias que estaban empleando Horizon Worlds y que pone de relieve los riesgos y la necesidad de un marco adecuado a la hora de operar en el Metaverso.

---

31. ALFAGEME, P. (Publicado el 19/01/2022), "Hermès demanda al creador de los MetaBirkins, los NFT inspirados en los famosos bolsos de la marca", Smoda – El País, **https://smoda.elpais.com/moda/actualidad/hermes-demanda-al-creador-de-los-metabirkins- los-nft-inspirados-en-los-famosos-bolsos-de-la-marca/**
32. GARCÍA VIDAL, A. (Publicado el 23/03/2022), "El metaverso: una nueva fuente de problemas para los derechos de propiedad industrial", El Confidencial – Jurídico, **https://blogs.elconfidencial.com/juridico/tribuna/2022-03-23/el-metaverso-una-nueva- fuente-de-problemas-para-los-derechos-de-propiedad-industrial_3395947/**
33. DESCONOCIDO (Publicado el 12/02/2022), "Metaverso y delitos sexuales en realidad virtual", Law&Trends Best Lawyers, more Justice, **https://www.lawandtrends.com/noticias/tic/metaverso-y-delitos-sexuales-en-realidad- virtual-1.html**

En febrero de 2022, trascendió como Doña Nina Jane Patel, investigadora británica, mientras entraba en el Metaverso como parte de un trabajo de investigación que estaba realizando, fue abordada por "*tres o cuatro avatares masculinos, con voces de hombre*" que "*violaron virtualmente a mi avatar y sacaron fotos*", al tiempo que proferían mensajes como "*no hagas como que no te ha gustado*" o "*vete tocarte con la foto*"[34]*. Un nuevo ejemplo, que no es el único que ha trascendido sobre un supuesto similar, de que ambas sociedades están íntimamente conectadas y que vuelven a plantear la cuestión de si es necesario que este tipo de episodios puedan ser conocidos directamente por los órganos jurisdiccionales nacionales o deberían quedarse en el Metaverso. Al respecto, una reciente investigación liderada por Doña Lucy A. Sparrow, especialista en ética digital de la Universidad de Melbourme, concluyó que entre la mayor parte de usuarios digitales del incipiente Metaverso existe la opinión de que "es mejor tratar las transgresiones dentro del metaverso que a través del 'crudo martillo' del derecho penal. Muchos participantes se mostraron incómodos con la idea de castigo en el mundo real por acciones virtuales, sobre todo en medio de una mayor preocupación por la privacidad y las libertades en línea*"[35].

No obstante, existen ya voces que sostienen que los actos ilícitos que se producen en el Metaverso deben tener la correspondiente respuesta por parte de los órganos jurisdiccionales nacionales. Como indica Don Juan Gonzalo Ospina Serrano, Socio Fundador de Ospina Abogados, "las acciones desplegadas en el metaverso tienen su eco en el mundo exterior y, por tanto, si lesionan bienes jurídicos no cabe la impunidad en base a una deficiente comprensión de las categorías dogmáticas sin pasarlas por el tamiz de este nuevo paradigma. Lo contrario nos llevaría a la frustración penal y al desamparo de miles de víctimas que sufren diariamente conductas dañinas sobre su esfera personal, aunque se haya producido en el metaverso"[36]. Habrá que estar atentos a qué sucederá en un futuro y cuál será el criterio seguido por los distintos órganos jurisdiccionales de los diferentes estados.

34. DESCONOCIDO (Publicado el 05/02/2022), "La historia de la mujer de denunció una violación virtual en el metaverso de Facebook", Forbes, **https://forbes.pe/negocios/2022-02- 05/la-historia-de-la-mujer-que-denuncio-una-violacion-virtual-en-el-metaverso-de- facebook/**
35. DESCONOCIDO (Publicado el 12/02/2022), "Metaverso y delitos sexuales en realidad virtual", op. cit.
36. OSPINA SERRANO, J. (Publicado el 10/02/2022), "Delitos en el Metaverso", Law&Trends Best Lawyers, more Justice, **https://www.lawandtrends.com/noticias/penal/delitos-en-el- metaverso-1.html**

3.3. Un camino incierto pero con múltiples posibilidades

El estudio del Metaverso, como se habrá podido observar, aborda infinidad de aspectos que pueden variar en función de los avances futuros. Cualquier novedad en materia tecnológica, pero también en otros ámbitos, está intrínsecamente ligada a una serie de variables que condicionarán en gran medida su evolución e implementación en los distintos estratos sociales. Para algunos autores la sociedad red pura será una realidad en un período de tiempo no excesivamente prolongado, mientras que para otros nunca llegará a condicionar a la mayoría de la sociedad y en consecuencia de la Abogacía. En cualquier caso, se plantea una nueva cuestión, ¿Qué podemos perder en estar preparados para un posible cambio de paradigma? La respuesta debe ser, simple y llanamente, nada. Todo aquello que implique formación y actualización hacia las nuevas realidades que pueden abrirse en nuestro mundo será siempre un valor diferencial para cualquier profesional de la Abogacía.

Además, las previsiones actuales no dejan de poner de manifiesto que el Metaverso está aquí para quedarse. Un reciente estudio del Instituto de Innovación de ESIC titulado Metaverse in impact Real Life, subraya que en el año 2021 se produjeron en el Metaverso operaciones comerciales que superaron los 500 millones de dólares, estimando que este año 2022 podría alcanzarse la marca de 1.000 millones de dólares[37]. Asimismo, la firma estadounidense Analysis Group sostiene que el Metaverso podría suponer un crecimiento de la economía mundial de un nada desdeñable 2,8% para el año 2031[38]. Se refuerza por tanto la idea de que no es solo una oportunidad de analizar nuevas formas de hacer las cosas sino también de negocio para todo el sector legal.

Asimismo, existen propuestas que tienen en el Metaverso su target principal. Es por ejemplo el caso del proyecto Legal Speech galardonado con el primer premio del I Lab de Emprendimiento Jurídico de Fundación Mutualidad, que, a través de

37. ALVIM, L. (Publicado el 28/01/2022), "How the metaverse could impact the world and the future of technology", ABC News, **https://abcnews.go.com/Technology/metaverse-impact- world-future-technology/story?id=82519587**
38. FERNÁNDEZ, P., "La Realidad Aumentada y la Virtual tendrán un impacto de hasta 1,5 billones de dólares en la economía mundial en 2030", Blog PWC, **https://www.pwc.es/es/sala-prensa/notas-prensa/2019/realidad-aumentada-virtual-gran-impacto-economia-mundial.html**

la realidad virtual, permite formar principalmente a los estudiantes de Derecho en la asistencia a juicios en un entorno cibernético. Sus fundadores ya han anunciado que el Metaverso es para ellos una gran oportunidad de futuro para el desarrollo del proyecto.

Por otra parte, y como apunta Don Christian Pérez Rueda, Director de Litigios de Lloreda Camacho & Co, la resolución de conflictos en el Metaverso se encuentra en desarrollo de versiones Beta "para la realización de audiencias de conciliación y de arbitraje, como una evolución, con sensaciones de presencialidad"[39]. Estaríamos así ante una auténtica revolución de la concepción que en la actualidad tenemos de los procedimientos judiciales y extrajudiciales. Además, parece relevante apuntar que, en un Metaverso en el que la inmersión sea real y efectiva, con la ayuda de gafas virtuales y los trajes hápticos, se permitiría garantizar la inmediación de los jueces, principio del Derecho que en muchas ocasiones es puesto en tela de juicio por distintos operadores legales en la realización de los actuales juicios telemáticos[40], por cuanto se pierde en cierto modo el control total de lo que sucede en la sala ¿Será entonces el Metaverso una posible solución que permita aunar tecnología y las máximas garantías de cualquier proceso judicial? El tiempo dará una respuesta a este interrogante.

Por otra parte, es fundamental llevar a cabo una breve referencia a los beneficios medioambientales colaterales que puede conllevar la sociedad red. En el ámbito, por ejemplo, de la moda, se reduciría enormemente el uso de materias primas y la emisión de gases de efecto invernadero si una parte importante de nuestra realidad se desarrolla en este entorno virtual. En el ámbito de la Abogacía, también son patentes estos efectos positivos sobre el medioambiente.

Basta con pensar en los innumerables desplazamientos que la Abogacía tiene que realizar a la hora de reunirse con un cliente, tener una reunión con socios o contrapartes, o simplemente asistir a la sede judicial. Actuaciones que, en caso de realizarse en el Metaverso, no solo ahorrarían infinidad de tiempo que podría dedicarse a otras labores propias de la profesión, sino que conllevaría una reducción en el uso del transporte privado y público que, en definitiva, redundaría en un beneficio para el clima. Parece por tanto que el Metaverso, bien utilizado, podría ser una herramienta

39. PEREZ RUEDA, C. (Publicado el 23/03/2022), "Resolución de disputas ¿En el Metaverso?, asuntos:legales, **https://www.asuntoslegales.com.co/analisis/christian-perez-rueda- 533376/resolucion-de-disputas-en-el-metaverso-3327516**
40. FUENTES CASTRO, R. (Publicado el 04/07/2020), "Los principios de inmediación y oralidad en las vistas telemáticas", Law&Trends Best Lawyers, more Justice, **https://www.lawandtrends.com/noticias/justicia/los-principios-de-inmediacion-y-oralidad-en- las-vistas-telematicas-1.html**

más para la consecución de los objetivos de la Agenda 2030 relacionados con el cambio climático. Pero no sólo eso, sino que como habrá podido inferirse, e igual que sucede a día de hoy con el teletrabajo, podrá ser una herramienta más que permita una mayor flexibilidad laboral e incluso una oportunidad para el fenómeno de la España vacía al permitir fijar población en cualquier localidad geográfica y no depender de una oficina física, tal y como la conocemos, a la que tener que acudir diariamente.

En definitiva, pese a los riesgos que existen en un presente y futuro cercano, también son muchas las posibilidades que nos ofrece esta nueva herramienta que, tal vez, haga del año 2022 el año del Metaverso.

4. Conclusiones

PRIMERA. El Metaverso ya se concibe como una nueva realidad en la que los avatares que en él se relacionan conforman lo que se denomina por algunos autores como sociedad red. Su penetración en los diferentes estratos sociales hará que efectivamente estas nuevas situaciones jurídicas se instauren en nuestra sociedad y que los efectos de la incipiente sociedad red se trasladen a la sociedad natural, originando retos y oportunidades que deben ser analizados convenientemente.

SEGUNDA. Como espacio virtual en el que se desarrollan relaciones sociales, se produce el germen ligado intrínsecamente al concepto del Derecho, que no deja de ser una construcción humana para regir las relaciones sociales garantizando una convivencia adecuada. De este modo surge la posibilidad de que el propio Metaverso, o los agentes que intervengan en su confección, establezcan unos parámetros legales de funcionamiento que no se correspondan con los existentes en los estados a los que pertenecen los ciudadanos que acceden a la realidad virtual.

Por ello, es fundamental que los diferentes países se doten de herramientas legales para evitar efectos perniciosos en la sociedad natural. Destacando, desde un prisma europeo, la labor llevada a cabo por nuestras instituciones para, aunque de manera incipiente pero previsora, el Metaverso no se escape del control de la normativa interna de los estados. Surge así la necesidad de que el sector legal sea partícipe de la construcción de herramientas legislativas que no limiten el crecimiento del Metaverso, pero sí que establezca una serie de líneas rojas que eviten que esta nueva realidad virtual pueda suponer en cierto modo un riesgo para las sociedades democráticas.

TERCERA. Las cuestiones jurídicas que entraña esta nueva sociedad hacen que los profesionales de la Abogacía se alcen como un actor principal en la gestión y control del Metaverso. No solo eso, sino que en la medida en que las relaciones que se produzcan en la sociedad red pueden generar efectos en la sociedad natural es necesario que la Abogacía aborde un estudio minucioso de esta nueva realidad virtual para asesorar a los ciudadanos en las oportunidades y riesgos que entraña el Metaverso.

Por otra parte, cada firma legal debe ponderar dentro de su propia estrategia de negocio cuales son las oportunidades que para ella se pueden dar en el Metaverso. Dependerá mucho de su apuesta por las herramientas tecnológicas, sus clientes diana, las materias en las que se encuentre especializado. Las oportunidades que se abren son muchas, no sólo en el asesoramiento stricto sensu, sino también en la captación de nuevos clientes, la posibilidad de tener oficinas abiertas las 24 horas del día mediante la contratación de profesionales de la Abogacía en distintas áreas geográficas, la reducción de desplazamientos innecesarios e incluso, como se ha visto, la celebración de juicios o procedimientos extrajudiciales a través del Metaverso.

No obstante, y desde un punto de vista puramente formativo, cualquier profesional de la Abogacía debería estar familiarizado con esta nueva realidad, evitando de este modo perder el tren de los avances tecnológicos que se están produciendo en el mundo y con ello en la profesión. Una formación constante es siempre un sinónimo de búsqueda de la excelencia y un valor diferencial en un sector con una elevada competencia.

CUARTA. Diferentes sectores de actividad están ya presentes en el incipiente Metaverso. No solo despachos de profesionales de la Abogacía que tienen un fuerte componente tecnológico en su ADN sino también firmas de moda o consultoras. Las previsiones de futuro indican que en los próximos años el Metaverso seguirá generando importantes flujos económicos, por lo que será un interesante nicho de negocio para aquellos que quieran explotar su potencial.

Además, y como efectos colaterales, permiten una mayor conciliación laboral al permitir trabajar desde cualquier lugar (con un simple ordenador o, a través de una experiencia más inmersiva, que, en definitiva, es a lo que aspira el propio concepto de Metaverso, mediante gafas de realidad virtual y trajes hápticos) o la generación de menos gases de efecto invernadero al evitar multitud de desplazamientos que podrían ser innecesarios. Estos serían solo algunos de los beneficios que podría comportar la implantación del Metaverso.

QUINTA. El Metaverso puede ser una herramienta que colme algunos de los defectos hasta ahora detectados en las herramientas tecnológicas de uso recurrente sobre todo a raíz de la pandemia de la COVID-19. Podría ser una plataforma que garantice el principio de inmediación en los procedimientos judiciales, podría aumentar la confidencialidad con potenciales clientes o hacer más cercanas las reuniones a través

de webcams. En definitiva, y aunque parezca contradictorio, hacer más humanas algunas de las relaciones que actualmente llevamos a cabo a través de las barreras físicas que son inherentes a internet.

SEXTA. En definitiva, una nueva realidad virtual que debe ser estudiada con una visión amplia y teniendo en cuenta los diferentes sectores económicos y de la sociedad a los que afecta. El futuro todavía no está escrito, por lo que habrá que esperar a que el transcurso del tiempo diga exactamente cuál es el lugar que el Metaverso ocupará en nuestro día a día, pero, como se habrá podido ver, desde que Meta ha lanzado su apuesta a finales de 2021 esta nueva realidad virtual no deja de dar pasos de gigante en diversos sectores de la sociedad, entre ellos, como no puede ser de otro modo, la Abogacía.

Por tanto, y remitiéndome nuevamente al título de este trabajo, con el que se pretendía no condicionar la opinión del lector, me atrevo a afirmar en este preciso momento que parece claro que el Metaverso también es una nueva realidad para la Abogacía. En nuestra mano está no perder este nuevo tren y, sobre todo, romper con el estigma de que la Abogacía es una profesión arcaica y que no se adapta a los nuevos vientos tecnológicos de nuestra era.

Webgrafía

AGUSTINDY, A. & EGUILUZ, J. (Publicado el 11/03/2022), "EU | Reglas jurídicas para el Metaverso", Blog Jurídico de Cuatrecasas, https://www.cuatrecasas.com/es/spain/articulo/eu-reglas-juridicas-para-el-metaverso

ALFAGEME, P. (Publicado el 19/01/2022), "Hermès demanda al creador de los MetaBirkins, los NFT inspirados en los famosos bolsos de la marca", Smoda – El País, https://smoda.elpais.com/moda/actualidad/hermes-demanda-al-creador-de-los-metabirkins-los-nft-inspirados-en-los-famosos-bolsos- de-la-marca/

ALONSO, A. (Publicado en diciembre de 2020), "Se publica la propuesta de Reglamento sobre Mercado Único de Servicios Digitales ("Digital Services Act")", Blog Jurídico de Cuatrecasas, https://www.cuatrecasas.com/es/latam/articulo/se-publica-la-propuesta-de-reglamento-sobre-mercado-unico-de-servicios- digitales-digital-services-act

ALVIM, L. (Publicado el 28/01/2022), "How the metaverse could impact the world and the future of technology", ABC News, https://abcnews.go.com/Technology/metaverse-impact-world-future- technology/story?id=82519587

BARRIO ANDRÉS, M. (Publicada el 17/06/2022), "Avanzando en la soberanía digital europea: los reglamentos DSA y DMA", Real Instituto ELCANO, https://www.realinstitutoelcano.org/analisis/avanzando-en-la- soberania-digital-europea-los-reglamentos-dsa-y-dma/

CORBACHO, J. (Publicado el 11/06/2022), "El primer bufete del metaverso: la abogacía es un sector conversador, pero queremos innovar",Diario El Español, https://www.elespanol.com/espana/tribunales/20220611/primer- bufete-metaverso-abogacia-conservador-queremos- innovar/678682360_0.html

DESCONOCIDO (Publicado el 26/04/2022), “Ley de Servicios Digitales: nuevas normas que garantizan un entorno en línea seguro”, NOTICIAS UE, https://cde.ugr.es/index.php/union-europea/noticias- ue/1379-ley-de-servicios-digitales-nuevas-normas-que-garantizan- un-entorno-en-linea-seguro

DESCONOCIDO (Publicado en junio de 2022), “Metaverse – Virtual world, real challenges”, Equipo de Análisis y Búsqueda del Consejo de la Unión Europea, https://www.consilium.europa.eu/media/54987/metaverse-paper-9- march-2022.pdf

DESCONOCIDO, (Publicado el 18/04/2022) “Los primeros despachos de abogados que llegan al metaverso”, Economist & Jurist, https://www.economistjurist.es/actualidad-juridica/los-primeros- despachos-de-abogados-llegan-al-metaverso/

DESCONOCIDO (Publicado el 06/06/2022), “LegalTech y Metaverso, océano de posibilidades para el mundo jurídico”, Noticias Jurídicas, https://noticias.juridicas.com/actualidad/el-sector- legal/17257-legaltech-y-metaverso-oceano-de-posibilidades-para-el- mundo-juridico/

DESCONOCIDO (Publicado el 03/06/2022), “Blockchain Intelligence, primer centro de formación en el metaverso para abogados y compliance officers”, Blog de Innovación Legal y Nuevas Tecnologías del Consejo General de la Abogacía Española, https://www.abogacia.es/actualidad/noticias/blockchain-intelligence-primer-centro-de-formacion-en-el-metaverso-para-abogados-y- compliance-officers/

DESCONOCIDO (Publicado el 12/02/2022), “Metaverso y delitos sexuales en realidad virtual”, Law&Trends Best Lawyers, more Justice, https://www.lawandtrends.com/noticias/tic/metaverso-y-delitos- sexuales-en-realidad-virtual-1.html

DESCONOCIDO (Publicado el 05/02/2022), “La historia de la mujer de denunció una violación virtual en el metaverso de Facebook”, Forbes, https://forbes.pe/negocios/2022-02-05/la-historia-de-la- mujer-que-denuncio-una-violacion-virtual-en-el-metaverso-de- facebook/

DESCONOCIDO (Publicado el 30/03/2022), “La gallega Pull&Bear se adentra en el metaverso con su propio mundo virtual”, Quincemil – El Español, https://www.elespanol.com/quincemil/articulos/economia/la-gallega- pullbear-se-adentra-en-el-metaverso-con-su-propio-mundo-virtual

ESTEBAN, P., (Publicado el 05/03/2022), “Un derecho por escribir en el metaverso”, Diario El País, https://elpais.com/economia/negocios/2022-03-05/un-derecho-por-escribir-en-el-metaverso.html

FUENTES CASTRO, R. (Publicado el 04/07/2020), “Los principios de inmediación y oralidad en las vistas telemáticas”, Law&Trends Best Lawyers, more Justice, https://www.lawandtrends.com/noticias/justicia/los-principios-de- inmediacion-y-oralidad-en-las-vistas-telematicas-1.html

FERNÁNDEZ, P., “La Realidad Aumentada y la Virtual tendrán un impacto de hasta 1,5 billones de dólares en la economía mundial en 2030”, Blog PWC, https://www.pwc.es/es/sala-prensa/notas- prensa/2019/realidad-aumentada-virtual-gran-impacto-economia- mundial.html

GALEANO, S. (Publicado el 10/12/2021), “Así es el primer Metaverso de Meta: Horizon Worlds”, Marketing 4 ecommerce, https://marketing4ecommerce.net/asi-es-facebook-horizon-un- second-life-mejorado/

GARCÍA VIDAL, A. (Publicado el 23/03/2022), “El metaverso: una nueva fuente de problemas para los derechos de propiedad industrial”, El Confidencial–Jurídico, https://blogs.elconfidencial.com/juridico/tribuna/2022-03-23/el- metaverso-una-nueva-fuente-de-problemas-para-los-derechos-de- propiedad-industrial_3395947/

GIL PECHARROMÁN, X. (Publicado el 19/05/2022), “La legislación europea se prepara para afrontar el reto del metaverso”, elEconomista.es, https://revistas.eleconomista.es/buen- gobierno/2022/mayo/la-legislacion-europea-se-prepara-para- afrontar-el-reto-del-metaverso-FD11216663

HERRERA, F. (Publicado en mayo de 2022), “Por qué los despachos de abogados están entrando en el metaverso”, Blog de Innovación Legal y Nuevas Tecnologías del Consejo General de la Abogacía Española, https://www.abogacia.es/publicaciones/blogs/blog-de-innovacion-legal/por-que-los-despachos-de-abogados-estan-entrando-en-el- metaverso/

LOVE, B. (Publicado el 15/02/2022), “Arent Fox Buys Property in the Metaverse, Becoming First Big Law Firm With Serious Presence in the Virtual World”, ALM LAW.COM, https://www.law.com/americanlawyer/2022/02/15/arent-fox-buys- property-in-the-metaverse-becoming-first-big-law-firm-with-serious- presence-in-the-virtual-world/

MARIONA CAMPMANY, M. (Publicado el 02/02/2022), "¿Cómo crearemos nuestra identidad digital en el metaverso?, LinkedIn, https://www.linkedin.com/pulse/c%C3%B3mo-crearemos-nuestra- identidad-digital-en-el-mariona-campmany/?trk=public_profile_article_view

NISA ÁVILA, J. (Publicado el 30/11/2021), "El Metaverso: conceptualización jurídica, retos legales y deficiencias normativas", Lefebvre, https://elderecho.com/el-metaverso-conceptualizacion- juridica-retos-legales-y-deficiencias-normativas

NISA ÁVILA, J. (Publicado el 04/07/2022), "Muerte y Resurrección digital: El Metaverso como inflexión en los derechos de la personalidad", Lefebvre, https://elderecho.com/muerte-y- resurreccion-digital-el-metaverso-como-inflexion-en-los-derechos-de- la-personalidad

OSPINA SERRANO, J. (Publicado el 10/02/2022), "Delitos en el Metaverso", Law&Trends Best Lawyers, more Justice, https://www.lawandtrends.com/noticias/penal/delitos-en-el- metaverso-1.html

PEREZ RUEDA, C. (Publicado el 23/03/2022), "Resolución de disputas ¿En el Metaverso?, asuntos:legales, https://www.asuntoslegales.com.co/analisis/christian-perez-rueda- 533376/resolucion-de-disputas-en-el-metaverso-3327516

SANZ ROMERO, M. (Publicado el 02/07/2022), "Sentir la lluvia o el impacto de un disparo: un traje para adentrarse en el metaverso", Diario El Español, https://www.elespanol.com/omicrono/tecnologia/20220702/sentir- lluvia-impacto-disparo-traje-adentrarse- metaverso/684431630_0.html

TAMBIAMA MADIEGA, P. & NIESDAT, M. (Publicado en junio de 2022), "Metaverse – opportunities, risks and policy implications", Servicio de Búsqueda del Parlamento Europeo, https://media- exp2.licdn.com/dms/document/C4E1FAQFSzLIeOAwEnw/feedshare- document-pdf-analyzed/0/1656327814025?e=1657756800&v=beta&t=dfQGAeJIXD 3ldQj_fUfYhrVL_-xZ6cD4db7mqpovqXQ

TECH, E. (Publicado el 15/02/2022), "Metaversos actuales: estos son los Metaversos en los que puedes entrar hoy mismo", GizTab, https://www.giztab.com/metaversos-actuales/#:~:text=Otro%20de%20los%20metaversos%20actuales,g anar%20dentro%20de%20la%20plataforma

TONES, J. (Publicado el 03/11/2021), "El creador original del término Metaverso no quiere saber nada de Facebook: así reinventó Neal Stephenson los entornos virtuales", Xataka, https://www.xataka.com/literatura-comics-y-juegos/creador-original- termino-metaverso-no-quiere-saber-nada-facebook-asi-reinvento- neal-stephenson-entornos-virtuales

VENEGAS, E. (Publicado el 10/09/2021), "Vicox Legal de Marbella abre oficina en el metaverso de Decentraland", Beincripto, https://es.beincrypto.com/vicox-legal-marbella-abre-oficina- metaverso-decentraland/

GARCÍA, P. (Publicado el 11/04/2022), "Zara y Pull&Bear lanzan sus looks para el metaverso", La Voz de Galicia, https://www.lavozdegalicia.es/noticia/yes/2022/04/09/zara-pull- bear-lanzan-looks-metaverso/0003_202204SY9P18991.htm

FUNDACIÓN Mutualidad

El abogado ante el tribunal de justicia de la unión europea

Andrés Vilas Villamarín
Facultad de Ciencias Jurídicas
y del Trabajo de la Universidad de Vigo
Ilustre Colegio de Abogados de Vigo

X Premios a
la Excelencia
Cátedra
Fundación
Mutualidad

FUNDACIÓN Mutualidad

Andrés Vilas Villamarín

Facultad de Ciencias Jurídicas
y del Trabajo de la Universidad de Vigo
Ilustre Colegio de Abogados de Vigo

TERCER PREMIO

X Premios a la Excelencia de la Cátedra Fundación Mutualidad

2022

FUNDACIÓN Mutualidad

1. Introducción 356

2. La legitimación activa de los particulares ante el tribunal de justicia de la unión europea 357

2.1. La protección de los derechos fundamentales de los particulares en la Unión Europea 358

2.1.1 Derecho a la tutela judicial efectiva 360

2.2. Sobre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea 361

2.2.1 Procedimientos ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea 362

2.3. Vías de Impugnación directas e indirectas 364

2.3.1. Sobre la cuestión prejudicial y el papel de los particulares como partes del litigio principal 365

2.3.2. Sobre la Excepción de ilegalidad 372

2.3.3. Sobre la responsabilidad extracontractual de la Unión Europea 373

2.3.4. Sobre el Recurso de anulación 379

2.3.5. Recurso por omisión 389

3. Conclusiones 390

Bibliografía 392

1. Introducción

La garantía jurisdiccional del Derecho de la Unión Europea (DUE) ha sido objeto de una profunda evolución en el marco comunitario: en un primer momento, gracias al desarrollo jurisprudencial de los derechos fundamentales como principios generales (derechos no escritos) y, posteriormente, merced a la entrada en vigor de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE).

La legitimación de los particulares para controlar la legalidad de las actuaciones europeas y garantizar el cumplimiento de sus derechos y libertades ante el Tribunal de Luxemburgo son elementos necesarios para continuar en la senda de la integración europea. Desde esta perspectiva, el profesional de la abogacía debe conocer en profundidad las vías de protección que tienen las particulares frente a las actuaciones de las instituciones, órganos y organismos de la Unión y de los Estados miembros, cuando aplican el DUE, para garantizar un planteamiento adecuado de la defensa de sus derechos e intereses jurídicos.

El objeto de este trabajo es el análisis de las vías directas e indirectas de impugnación que las personas físicas y jurídicas tienen en el marco del sistema de procedimientos y recursos regulado en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y, por otro lado, la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Además, desde la entrada en vigor de la CDFUE, la garantía jurisdiccional en el marco comunitario ha adquirido otra dimensión, pues en ella se reconoce que toda persona tiene derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial (art. 47 CDFUE). Finalmente, se planteará la problemática acerca del papel de los particulares en el procedimiento prejudicial (art. 267 TFUE), se estudiará la legitimación activa de las personas físicas y jurídicas en los recursos directos de anulación, omisión y responsabilidad patrimonial (arts. 263, 265, 340 y 268 TFUE) y se examinarán las limitaciones en el marco de la excepción de ilegalidad (art. 277 TFUE).

2. La legitimación activa de los particulares ante el tribunal de justicia de la unión europea

La adhesión a las Comunidades Europeas supuso para nuestro país la consolidación del Estado de Derecho y, a su vez, la aparición de nuevas obligaciones en el contexto de una economía social de mercado altamente competitiva. En la actualidad, los cambios derivados de los objetivos de la unión política, económica y monetaria se plasman, en muchas ocasiones, en forma de decisiones judiciales con vocación y eficacia general, a través de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). Este último ha ido transformando nuestro ordenamiento jurídico comunitario y adaptándolo a la realidad social. Por consiguiente, como institución encargada de velar por la legalidad de los actos de las instituciones, órganos y organismos de la Unión[1] y de interpretar el DUE, el Tribunal de Luxemburgo establece las vías necesarias para garantizar la tutela judicial efectiva de los particulares al más alto nivel. Sin perder de vista que: a) los tribunales estatales garantizan la aplicación y ejecución del DUE (como "jueces ordinarios de la Unión"); y, por otro lado, b) los Estados miembros establecen las vías de recurso necesarias para garantizar la tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión (art. 19.1 TUE).

1. Las Instituciones de la Unión son el Parlamento Europeo (PE), el Consejo Europeo, el Consejo de la Unión Europea (Consejo), la Comisión Europea, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), el Banco Central Europeo (BCE) y el Tribunal de Cuentas (art. 13 TUE). Los denominados órganos y organismos de la Unión se utilizan generalmente en los Tratados "para referirse a todas las instancias creadas por los Tratados o por actos de Derecho derivado" (arts. 15 y 16 TFUE).

2.1. La protección de los derechos fundamentales de los particulares en la Unión Europea

Nuestro ordenamiento comunitario tiene su propio sistema de protección de los derechos fundamentales. El régimen comunitario se puede sistematizar de la siguiente manera: a) el reconocimiento de los derechos que garantiza el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, que forman parte del DUE como principios generales (art. 6.3 TUE); b) la posible adhesión al CEDH; y, finalmente, c) la entrada en vigor de la CDFUE, que desde el 1 de enero de 2009 tiene el mismo valor jurídico que los Tratados constitutivos[2].

A pesar de que la Carta no amplía el ámbito de aplicación del DUE más allá de las competencias de la Unión (art. 51 CDFUE), este hito de la integración europea ha tenido gran trascendencia para la tutela de los derechos e intereses del conjunto de los ciudadanos: (i) en primer lugar, porque sustituye a una jurisprudencia del TJUE que reconocía la existencia de un régimen autónomo de protección a escala comunitaria basado en principios generales de derecho[3]; y, (ii) en segundo lugar, porque la creación de un ordenamiento jurídico de los derechos fundamentales en el

2. Las disposiciones de la Carta "están dirigidas a las instituciones, órganos y organismos de la Unión, dentro del respeto del principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión" (apartado 1 del art. 51 CDFUE). La CDFUE en ningún caso amplía las facultades conferidas a la Unión en virtud de los Tratados; y los derechos fundamentales garantizados serán exigibles dentro de los límites de las competencias cedidas a la Unión (apartado 2)
3. Con anterioridad a la entrada en vigor de la Carta, los Estados estaban igualmente sometidos al control jurisdiccional de sus actos en el ámbito de la Unión Europea. Este control se entendía como "la expresión de un principio general del Derecho que es básico en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros" y que se sancionaba en los arts. 6 y 13 del CEDH. La sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de mayo de 1986 aseguró que ese principio estaba igualmente consagrado por los artículos 6 y 13 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Sin embargo, que la Carta se integre hoy en el bloque de la legalidad sobre el que puede pronunciarse el Tribunal de Justicia, es uno de los mayores avances de la Unión para lograr una gradual integración europea, una vez descartado el sueño de una "Constitución para Europa". Tal y como expresó el Abogado General Mischo en el año 2001, la CDFUE "constituye la expresión, al más alto nivel, de un consenso político democráticamente elaborado sobre lo que hoy debe considerarse como el catálogo de los Derechos Fundamentales, garantizados por el ordenamiento jurídico comunitario". Vid. Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de mayo de 1986, asunto C-222/84, Johnston v Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary, ECLI:EU:C:1986:206, apartado 18; Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de octubre de 1987, C-222/86, Unectef v Heylens, ECLI:EU:C:1987:442, apartado 14; Conclusiones del abogado general Sr. Jean Mischo de 20 de septiembre de 2001, Hydro Seafood GSP Ltd, C-20/00 y C-64/00, ECLI:EU:C:2001:469, apartado 126.

proceso de integración europeo, dando una nueva base para su protección, es la vía perfecta para que los particulares puedan impugnar ante el TJUE aquellos actos de las instituciones, órganos y organismos de la Unión y de los Estados (cuando apliquen el DUE) que puedan vulnerar sus derechos o afectar a sus intereses legítimos. De hecho, los derechos codificados por la Carta no sólo se configuran como principios generales, tal y como se establece en el art. 6.3 TUE en relación con el CEDH[4]; sino que, además, sólo aquéllos "gozan de la primacía propia del DUE respecto al derecho nacional"[5]. En suma, la CDFUE se consagra como un instrumento autónomo de protección que abre la puerta al control judicial de los actos comunitarios en defensa de los derechos y libertades de todo ciudadano de la Unión[6].

Sobre la base del régimen anterior, el sistema de procedimientos y recursos regulado en el TFUE busca eliminar cualquier situación de desprotección frente a los justiciables, combinando un conjunto de acciones y mecanismos de impugnación directos e indirectos. Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo se encarga de determinar las características básicas del ordenamiento a partir de los Tratados constitutivos y desarrolla los principios generales que transforman nuestra Comunidad de Derecho; sin perder de vista la finalidad última de este sistema: el control la legalidad de las actuaciones de las instituciones y la protección los derechos fundamentales de los ciudadanos.

4. "[...] la exigencia de un control jurisdiccional de cualquier decisión de una autoridad nacional constituye un principio general de Derecho comunitario que deriva de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros y que está consagrada en los artículos 6 y 13 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos". Vid. Sentencia del Tribunal de Justicia (sala quinta) de 3 de diciembre de 1992, asuntos C-92/91, Oleificio Borelli SpA, ECLI:EU:C:1992:491, apartado 14.
5. ARZOZ SANTISTEBAN, X.; LÓPEZ CASTILLO A. (dir.); "La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Diez años de jurisprudencia", Revista de Administración Pública, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, págs. 359 a 363.
6. Sin embargo, hay autores que aseguran que los derechos fundamentales han sido introducidos en el ordenamiento de la Unión como principios generales por la jurisprudencia, "creando un sistema de protección comparable al de los Estados miembros". Por lo tanto, cabría distinguir entre aquellos que sostienen que la CDFUE ha inaugurado una etapa de la integración europea basada en los Derechos Fundamentales y aquellos otros que, con más cautela, subrayan la continuidad del rol ejercido por el TJUE durante décadas en materia de Derechos Fundamentales. Vid. MORANO-FOADI, S.; ANDREADAKIS, S.; "Reflections on the architecture of the EU after the Treaty of Lisbon: The European judicial approach to fundamental rights", European Law Journal, núm. 17, 2011, págs. 595-610

2.1.1. Derecho a la tutela judicial efectiva

Los jueces ordinarios y el órgano jurisdiccional supremo de la Unión garantizan el cumplimiento del derecho a la tutela judicial efectiva regulado en el art. 47 CDFUE y conforman nuestro sistema jurisdiccional comunitario[7]. El poder que tiene el TJUE para pronunciarse sobre la validez y legalidad de los actos de la Unión abarca la mayor parte de las actuaciones de las instituciones, órganos y organismos comunitarios, con el objetivo de evitar situaciones de desprotección del particular. Por otro lado, se ha afirmado en numerosas ocasiones que las disposiciones de los Tratados relativas a la legitimación activa de los justiciables no debe interpretarse restrictivamente. Es decir, aunque el art. 47 CDFUE no tenga por objeto modificar el sistema de control judicial establecido en los Tratados y, en particular, las normas relativas a la admisibilidad de los recursos ante el Tribunal de Justicia[8], las personas físicas y jurídicas, en virtud de las vías de impugnación previstas en el DUE, tienen la posibilidad de invocar directa o indirectamente la nulidad de un acto normativo de la UE que vulnere alguno de los derechos recogidos en la Carta o que sea contrario a los Tratados[9].

En definitiva, ninguna institución europea se escapa al control jurisdiccional del Tribunal de Luxemburgo, puesto que las vías de impugnación del TFUE confían al juez comunitario el control de la legalidad de los actos de la Unión. La sentencia del

7. En este sentido, en el asunto 230/81, el TJ aseguró que "los artículos 173 del Tratado CEE y 136 del Tratado CEEA, sobre los que se fundamenta el recurso con carácter subsidiario, deben interpretarse en sentido amplio, a la vista del aumento de competencias del Parlamento, al objeto de evitar la existencia de lagunas en la protección jurídica a cargo del Tribunal de Justicia". Vid. Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de febrero de 1983, asunto 230/81, Gran Ducado de Luxemburgo, ECLI:EU:C:1983:32, apartado 15
8. "[...] de conformidad con el principio de cooperación leal enunciado en el artículo 5 del Tratado, los órganos jurisdiccionales nacionales están obligados, en toda la medida de lo posible, a interpretar y aplicar las normas procesales internas que regulan la interposición de los recursos de modo que las personas físicas y jurídicas puedan impugnar judicialmente la legalidad de cualquier resolución o de cualquier otra medida nacional por la que se les aplique un acto comunitario de alcance general, invocando la invalidez de dicho acto". Sin embargo, una interpretación amplia de las disposiciones relativas a las competencias del Tribunal de Justicia, con el fin de garantizar la protección jurídica de los particulares, no permiten, sin embargo, modificar de oficio las bases legales de su competencia. Vid. Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de julio de 1963, Inuit Tapiriit Kanatami, C-583/11 P, EU:C:2013:625, Apartados 97 y 103; Sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de julio de 2002, asunto C-50/00 P, Unión de Pequeños Agricultores, ECLI:EU:C:2002:462, apartado 42
9. En relación con la cuestión que nos ocupa, entiende el Tribunal de Justicia que "del sistema normativo y jurisdiccional instituido por el Tratado se desprende que [...] para los sujetos de Derecho, el respeto del principio de legalidad comunitaria implica la posibilidad de impugnar en vía judicial la validez de los Reglamentos" y otro actos de alcance general. "[...] Es pertinente subrayar, en primer lugar, que la Comunidad Económica Europea es una comunidad de Derecho, en la medida en que ni sus Estados miembros ni sus instituciones pueden sustraerse al control de la conformidad de sus actos con la carta constitucional fundamental que constituye el Tratado. Especialmente en sus artículos 173 y 184, por una parte, y en su artículo 177, por otra, el Tratado establece un sistema completo de vías de recurso y de procedimientos destinado a confiar al Tribunal de Justicia el control de la legalidad de los actos de las instituciones. Las personas físicas y jurídicas se hallan de este modo protegidas contra la aplicación a las mismas de los actos de alcance general que no pueden impugnar directamente ante el Tribunal en virtud de las condiciones especiales de admisibilidad especificadas en el párrafo 2 del artículo 173 del Tratado [...]". Vid. Sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de abril de 1986, Les Verts/Parlamento, Asunto 294/83, ECLI:EU:C:1986:166, apartado 23.

Tribunal de Justicia de 23 de abril de 1986, Les Verts/Parlamento, aseguró que ni los Estados miembros ni las instituciones europeas "pueden sustraerse al control de la conformidad de sus actos con la carta constitucional fundamental que constituye el Tratado" (incluyendo, hoy, la CDFUE).

2.2. Sobre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea

El Tribunal de Justicia se ha convertido en una institución clave en el proceso de integración de la UE, dada la vis expansiva de las competencias comunitarias. La jurisdicción vinculante del poder judicial supremo de la Unión abarca todos los ámbitos competenciales de la Unión Europea, excepto aquellos que estén excluidos expresamente, como la Política Exterior y de Seguridad Común (PESC)[10]. Por lo que, dentro del límite de las competencias atribuídas a la Unión, el Tribunal se ha hecho cada vez más accesible a los ciudadanos europeos, garantizando así una mayor protección de sus intereses.

El Tribunal de Luxemburgo dispone de unas competencias que lo distancian sustancialmente de los tribunales internacionales[11], pues su jurisdicción no depende del consentimiento de los Estados miembros. Sin embargo, comparte con aquellos

10. "[...] en el plano interno de la Unión rige el principio de que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no será competente para pronunciarse ni respecto de las disposiciones de Derecho originario relativas a la PESC ni respecto de los actos jurídicos adoptados sobre la base de éstas (artículo 24 TUE, apartado 1, concretamente en la frase sexta de su párrafo segundo, y artículo 275 TFUE, párrafo primero). Sólo con carácter excepcionalísimo, y de conformidad con el artículo 275 TFUE, párrafo segundo, los tribunales de la Unión poseen ciertas competencias dentro de la PESC; así, se les encomienda, por un lado, el control del respeto de la denominada cláusula de compatibilidad (artículo 40 TUE) y, por otra, pronunciarse sobre los recursos de anulación interpuestos por particulares (artículo 263 TFUE, párrafo cuarto) contra las medidas restrictivas adoptadas por el Consejo en el contexto de la PESC". Vid. Dictamen 2/13 del Tribunal de Justicia (pleno), de 18 de diciembre de 2014, sobre la adhesión de la Unión Europea al Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, ECLI:EU:C:2014:2454, apartado 84
11. Se debe tener en cuenta que la UE es la única organización internacional que se encuentra en una fase de integración económica y monetaria, que va más allá de los Tratados de libre comercio, las uniones aduaneras o la creación de mercados comunes entre Estados. Vid. MARTÍNEZ ALARCÓN, M. L.; "La Constitución Económica Española", Lecciones de Derecho Constitucional de España y de la Unión Europea Volumen III La Constitución Económica (Dir. LÓPEZ GARRIDO, D.), Tirant lo Blanch, 1ª Edición, Valencia, 2021, págs. 78-185

algunas atribuciones, ya que controla las violaciones del derecho europeo imputables a los Estados y, asimismo, éstos pueden conferir competencias al Tribunal mediante cláusulas compromisorias.

Por otro lado, también comparte características con los tribunales internos, al ser un órgano de casación o con funciones propias de la jurisdicción contencioso-administrativa[12]. En concreto, debe pronunciarse sobre los recursos interpuestos por las personas físicas o jurídicas y, con carácter prejudicial o incidental, sobre la interpretación del DUE o sobre la validez de los actos adoptados por las instituciones (art. 19.3 TUE).

Desde el punto de vista de la protección de los justiciables, algunas de sus competencias más importantes del TJUE se pueden sistematizar de la siguiente manera: a) controla de legalidad de los actos u omisiones de las instituciones, órganos u organismos, a través del recurso de anulación (art. 263 TFUE), recurso por omisión (art. 265) y excepción de ilegalidad (art. 277 TFUE); b) controla el cumplimiento de las obligaciones impuestas a los Estados en virtud de los Tratados y las posibles violaciones del derecho comunitario, a través del recurso de incumplimiento (arts. 258 a 260 TFUE); c) decide, con carácter incidental, sobre la interpretación de los Tratados y sobre la validez e interpretación de los actos europeos, a través de la cuestión prejudicial (art. 267 TFUE); y, por último, d) se pronuncia sobre la responsabilidad extracontractual de la UE (arts. 268 y 240 TFUE)[13].

2.2.1. Procedimientos ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea

El Tribunal de Luxemburgo está integrado por el Tribunal general (TG) y el Tribunal de Justicia (TJ). La creación de este doble grado de órganos jurisdiccionales (doble instancia) ha mejorado la protección judicial de los justiciables y ha permitido al

12. LIÑÁN NOGUERAS D. J.; "El sistema jurisdiccional de la Unión Europea", Instituciones y Derecho de la Unión Europea (Dir. MANGAS MARTÍN, A.), Tecnos, 10ª Edición, Madrid, 2020, págs. 473-503
13. También conoce de los litigios relativos a la aplicación de los actos adoptados sobre la base de los Tratados por los que se crean títulos europeos de propiedad intelectual o industrial (art. 262 TFUE), cualquier litigio entre la Unión y sus agentes dentro de los límites y en las condiciones que establezca el Estatuto de los funcionarios de la Unión y el régimen aplicable a los otros agentes de la Unión (art. 270 TFUE) y es consultado sobre la compatibilidad con los Tratados en relación con los acuerdos internacionales (art. 218.11 TFUE). Vid. LIÑÁN NOGUERAS D. J.; "El sistema jurisdiccional de la Unión (...), opus cit., págs. 473-503

Tribunal de Justicia concentrar su actividad en su labor esencial, que es la de velar por una interpretación uniforme del Derecho comunitario[14]. De esta forma, se ha agilizado el conocimiento por parte del Tribunal de Luxemburgo de las vías de impugnación directas e indirectas de los particulares.

El TG o Tribunal de primera instancia es competente, entre otras materias, para pronunciarse sobre los recursos directos interpuestos por las personas físicas y jurídicas contra actos de los que sean destinatarios, actos que les afecten directa e individualmente y actos reglamentarios que les afectan directamente y no incluyan medidas de ejecución; y, además, resuelve los recursos dirigidos a obtener la reparación de los daños causados por las instituciones de la UE (arts. 50 bis y 51 ETJUE). Por su parte, el TJ es la "más alta instancia jurisdiccional" y, como tal, tiene competencia para resolver el recurso de casación limitado a cuestiones de derecho contra las resoluciones dictadas por el TG (art. 256 TFUE, en relación con los arts. 263, 265, 268, 270 y 272 TFUE)[15]. Como institución encargada de velar por la legalidad de los actos de las instituciones, órganos y organismos de la Unión y de interpretar el DUE, resuelve las cuestiones prejudiciales planteadas por los jueces nacionales. También es competente para pronunciarse sobre la legalidad de los actos de las instituciones, órganos y organismos de la unión (recurso de anulación, omisión y excepción de legalidad) salvo los asuntos atribuidos al TG (apartado 1 y 3 del art. 256 TFUE) o sobre la responsabilidad extracontractual de la Unión[16].

El procedimiento ante el Tribunal de Justicia y Tribunal General se regula en el Reglamento de procedimiento del TJ (RPTJ), en el Reglamento de procedimiento del TG, respectivamente, y en el Estatuto de TJUE (ETJUE). En general, se divide en dos fases: una escrita y otra oral (art. 20 ETJUE). En los recursos directos, la fase escrita se inicia con el escrito de interposición de la demanda y con el escrito de contestación (cabe una réplica del demandante y una dúplica del demandado, art. 126 RPTJ). En el procedimiento prejudicial, la fase escrita se inicia con la petición de decisión prejudicial del órgano jurisdiccional nacional que suspende el procedimiento y somete el asunto al Tribunal de Justicia (art. 23 ETJUE). En segundo lugar, la fase oral comprenderá la

14. Decisión 88/591/CECA/CEE/Euratom del Consejo de 24 de octubre de 1988 por la que se crea un Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas
15. Con la creación de un tribunal de primera instancia surge el recurso de casación ante el Tribunal de Justicia (art. 256 TFUE). Tiene la finalidad de asegurar una interpretación uniforme del DUE y, también, garantizar la protección jurisdiccional de los justiciables. Este recurso se interpone contra las resoluciones dictadas por el TG, sin bien limitado únicamente a las cuestiones de Derecho
16. FUENTETAJA PASTOR, J., CELMA ALONSO, P.; "El Tribunal de Justicia de la Unión Europea", Derecho de la Unión Europea (Dir. CELMA ALONSO, P.), tirant lo blanch, 1a edición, Valencia, 2019, págs. 155-169; MARCOS MARTÍN, T.; "El Tribunal de Justicia de la Unión Europea", Instituciones de derecho de la Unión Europea volumen I Instituciones de la UE (Dir. LÓPEZ CASTILLO, A.), Tirant Lo Blanch, 1ª edición, Valencia, 2015, págs. 171-185

lectura del informe presentado por el Juez ponente, la audiencia por el Tribunal de Justicia de los agentes, asesores y abogados, las conclusiones del Abogado General y el examen de testigos y peritos (art. 20 ETJUE). De acuerdo con Teresa Marcos Martín, "la finalidad de esta fase reside en la posibilidad de que los letrados de las partes analicen sintéticamente los aspectos más complejos de los escritos procesales, resaltando y clarificando ante los Jueces y ante el Abogado General los fundamentos de sus pretensiones"[17]. Finalmente, la sentencia es la forma normal de terminación del procedimiento. Tiene fuerza obligatoria y efecto de cosa juzgada desde el mismo día de su pronunciamiento, pues, como ya se ha dicho, la jurisdicción del Tribunal de Justicia no depende del consentimiento de los Estados.

2.3. Vías de Impugnación directas e indirectas

El Tribunal de Luxemburgo ha establecido un sistema completo de vías de recurso y de procedimientos destinado a garantizar el control de la legalidad de los actos de las instituciones, confiando dicho control al juez comunitario. En palabras del propio tribunal, las personas físicas o jurídicas que debido a los requisitos de admisibilidad de los recursos directos no puedan impugnar actos comunitarios de alcance general, tienen la posibilidad, según los casos, de invocar la invalidez de tales actos bien de manera incidental ante el juez comunitario, bien ante los órganos jurisdiccionales nacionales, e instar a estos órganos, que no son competentes para declarar por sí mismos la invalidez de tales actos, a que soliciten un pronunciamiento del Tribunal de Justicia sobre este extremo por medio de la cuestión prejudicial[18].

Los siguientes epígrafes se dedican en exclusiva a analizar los requisitos necesarios para poder interponer los recursos directos e indirectos que el DUE concede a los particulares.

17. MARCOS MARTÍN, T.; "El Tribunal de Justicia (...), opus cit., pág. 180
18. En este sentido, "los órganos jurisdiccionales nacionales están obligados, en toda la medida de lo posible, a interpretar y aplicar las normas procesales internas que regulan la interposición de los recursos de modo que las personas físicas y jurídicas puedan impugnar judicialmente la legalidad de cualquier resolución o de cualquier otra medida nacional por la que se les aplique un acto comunitario de alcance general, invocando la invalidez de dicho acto". Vid. Sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de julio de 2002, asunto C-50/00 P, Unión de Pequeños Agricultores contra Consejo de la Unión Europea, ECLI:EU:C:2002:462, apartados 40 y 42

2.3.1. Sobre la cuestión prejudicial y el papel de los particulares como partes del litigio principal

La vía de impugnación mayoritaria de los particulares para alcanzar el foro comunitario ha sido la cuestión prejudicial regulada en el art. 267 TFUE (67% de los asuntos en el período 2016-2020, según los datos del Informe Anual del Tribunal de Justicia de la Unión Europea).

La finalidad de la cuestión prejudicial (arts. 267 TFUE y 19.3 b) TUE) es "garantizar la unidad de interpretación de los Tratados por los jueces ordinarios de la Unión", de manera que, en cualquiera circunstancia, el DUE produzca un efecto uniforme en todos los Estados miembros[19]. Según el Tribunal, la remisión prejudicial contemplada en el art. 267 TFUE es la piedra angular del sistema jurisdiccional que, al establecer un diálogo de juez a juez precisamente entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, tiene como finalidad garantizar la unidad de interpretación del DUE permitiendo de ese modo garantizar su coherencia, sus plena eficacia y su autonomía, así como, en última instancia, el carácter propio del Derecho instituido por los Tratados[20].

El art. 267 TFUE dispone que el Tribunal de Luxemburgo es competente para pronunciarse, con carácter prejudicial, sobre la interpretación de los Tratados y sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos y organismos de la Unión. Así, los jueces ordinarios no pueden declarar por sí mismos la invalidez de los actos de las instituciones comunitarias[21], pero, en virtud del principio de cooperación leal (art. 4 TUE), tienen la capacidad de formular una decisión prejudicial

19. "[...] El mecanismo prejudicial así establecido tiene por objeto evitar divergencias en la interpretación del Derecho comunitario que hayan de aplicar los órganos jurisdiccionales nacionales y garantizar esta aplicación ofreciendo al órgano jurisdiccional nacional un medio para eliminar las dificultades que pueda suscitar la exigencia de dar plenos efectos al Derecho de la Unión en el marco de los sistemas jurisdiccionales de los Estados miembros. Además, los órganos jurisdiccionales nacionales ostentan una amplísima facultad, y en su caso tienen la obligación, de someter la cuestión al Tribunal de Justicia si consideran que un asunto pendiente ante ellos plantea cuestiones que versan sobre la interpretación o la apreciación de la validez de las disposiciones de Derecho de la Unión que precisan una decisión por su parte". Vid. Dictamen 1/09 del TJUE de 8 de marzo de 2011, ECLI:EU:C:2011:123, apartado 87.
20. Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de febrero de 1963, asunto 26-62, NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos contra Administración fiscal holandesa, ECLI:EU:C:1963:1, apartado 23; Dictamen 2/13 del TJUE de 18 de diciembre de 2014, ECLI:EU:C:2014:2454, apartado 176
21. Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de octubre de 1987, asunto 324/85, Foto-Frost contra Hauptzollamt Lübeck-Ost, ECLI:EU:C:1987:452, apartado 20

ante el Tribunal de Justicia. Y este último dictará una sentencia de carácter obligatoria y vinculante para el juez nacional[22].

En relación con el papel de las personas físicas y jurídicas, se debe tener en cuenta que la cuestión prejudicial tiene carácter incidental y, por tanto, no hay partes en el sentido "propio del término"[23]. En principio, se podría decir que el art. 267 TFUE no constituye un medio de impugnación ofrecido a las personas físicas y jurídicas, y son los jueces nacionales los sujetos activos y "promotores de la cuestión prejudicial"[24]. Corresponde a éstos, y no a las partes del litigio principal, someter la cuestión al Tribunal de Luxemburgo[25].

Sin embargo, las partes del litigio principal o las nuevas partes que determine el órgano remitente[26] participan en el procedimiento prejudicial (art. 96 RPTJ) y pueden sugerir el planteamiento de la cuestión prejudicial. Tienen derecho a ser oídas en el marco jurídico trazado por el órgano jurisdiccional nacional y a presentar al Tribunal de Justicia alegaciones u observaciones escritas una vez que se haya suspendido el procedimiento y sometido el asunto al TJ (art. 23 ETJUE)[27]

---

22. "[...] El juez nacional tiene la facultad y, en su caso, la obligación de plantear al Tribunal de Justicia, incluso de oficio, una cuestión de interpretación [...] si considera que una decisión del Tribunal de Justicia sobre este punto es necesaria para poder dictar su sentencia y, cuando ha planteado dicha cuestión, la decisión del Tribunal de Justicia le vincula a la hora de dictar su resolución final en el litigio principal". Vid. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 14 de diciembre de 2000, asunto C-446/98, Fazenda Pública contra Câmara Municipal do Porto, ECLI:EU:C:2000:691, apartados 49 y 50
23. Sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de marzo de 1963, Da Costa en Schaake NV, Jacob Meijer NV, Hoechst-Holland NV v Netherlands Inland Revenue Administration, asunto C-28/62, ECLI:EU:C:1963:6, apartado 10
24. DONAIRE VILLA, F. J.; La cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea; "Instituciones y Derecho de la Unión Europea" (Dir. LÓPEZ CASTILLO, A.), Tirant lo Blanch, 3ª edición, 2020, pág. 388
25 . La Justicia ha declarado que la cuestión prejudicial es un mecanismo de cooperación directa entre el TJUE y los jueces ordinarios conforme a un procedimiento no contencioso, ajeno a toda iniciativa de las partes y en el transcurso del cual a éstas únicamente se les ofrece la posibilidad de manifestar su parecer. Pese a ello, lo cierto es que los particulares pueden solicitar al juez nacional que eleve la decisión al Tribunal de Justicia, conservando éstos últimos plena libertad para someter la cuestión al Tribunal de Justicia. Vid. Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de diciembre de 1965, asunto 44-65, Hessische Knappschaft contra Maison Singer et fils, ECLI:EU:C:1965:122, apartado 10; Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de octubre de 1982, asunto C-283/81, Srl CILFIT y Lanificio di Gavardo SpA contra Ministero della Sanità, ECLI:EU:C:1982:335, apartado 15
26. De acuerdo con el art. 97 RPTJ, las partes del litigio principal serán las que el órgano jurisdiccional remitente identifique como tales, con arreglo a las normas de procedimiento nacionales. Cuando, estando ya pendiente el procedimiento ante el Tribunal, el órgano jurisdiccional remitente le informe de la admisión de una nueva parte en el litigio principal, dicha parte aceptará el procedimiento en el estado en que se encuentre en el momento en que se comunique esa información. Se dará traslado a la nueva parte de todas las actuaciones y escritos procesales notificados a los interesados mencionados en el artículo 23 del Estatuto. En lo que respecta a la representación y a la comparecencia de las partes del litigio principal, el Tribunal tendrá en cuenta las normas de 44 procedimientos vigentes ante el órgano jurisdiccional nacional remitente. En caso de duda sobre la cuestión de si el Derecho nacional permite que cierta persona represente a una de las partes del litigio principal, el Tribunal podrá solicitar al órgano jurisdiccional remitente información sobre las normas de procedimiento aplicables
27. Sentencia del Tribunal de Justicia de 1 de marzo de 1973, Paul G. Bollmann contra Hauptzollamt Hamburg-Waltershof, asunto 62-72, ECLI:EU:C:1973:24, apartado 4

Por otro lado, en el momento que existe una duda objetiva sobre la conformidad con el Derecho originario de una norma dictada por las instituciones, órganos u organismos de la Unión, el juez ordinario estará obligado al reenvío prejudicial. En este punto, es necesario distinguir las dos modalidades de reenvío prejudicial: la cuestión prejudicial de validez y la cuestión prejudicial de interpretación. En la primera, los jueces nacionales plantean dudas sobre la validez de un acto o norma de la Unión, es decir, controlan la legalidad de los actos europeos aplicables al proceso a quo. Por lo tanto, desde el momento que existe esa duda deben plantear la decisión prejudicial al TJUE. En la cuestión prejudicial de interpretación, el Tribunal de Justicia resuelve dudas sobre la interpretación del Derecho originario (incluída la CDFUE) o Derecho derivado suscitadas por los órganos jurisdiccionales nacionales. En esta segunda modalidad sólo será obligatorio su planteamiento cuando la misma se suscite en el seno de un órgano jurisdiccional de última instancia. En suma, la negativa al reenvío prejudicial podría suponer una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y del principio de primacía del DUE.

a) Obligación de los órganos jurisdiccionales nacionales de última instancia y la sentencia Cilfit

El principio de cooperación leal determina la necesidad de que los Estados miembros creen una vía de recurso interna que pueda dar lugar a una cuestión prejudicial sobre la validez o interpretación de un acto comunitario, garantizando así la tutela judicial efectiva de los particulares. En un principio, la capacidad de formular una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia por parte del juez nacional es una decisión facultativa. Es decir, el órgano nacional puede pedir al Tribunal que se pronuncie sobre la misma si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo (párrafo 2 del art. 267). Sin embargo, tal planteamiento será obligatorio en los supuestos en los que se agote la vía jurisdiccional; esto es, "cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno" (art. 267. 3 TFUE).

Ahora bien, existen dos excepciones a la obligación impuesta a los jueces nacionales de última instancia. Los asuntos Cilfit y Da Costa han definido los límites de esta obligación: a) en primer lugar, la doctrina del "acto aclarado" suprime esta obligación "cuando la cuestión planteada es materialmente idéntica a una que ya fue objeto anteriormente de una decisión con carácter prejudicial en un asunto

análogo" o "cuando la cuestión de derecho de que se trata ha sido resuelta por una jurisprudencia ya asentada del Tribunal de Justicia, cualquiera que sea la naturaleza de los procedimientos que dieron lugar a dicha jurisprudencia, incluso en defecto de una estricta identidad de las cuestiones debatidas"; y, b) en segundo lugar, la doctrina del "acto claro" establece que los órganos jurisdiccionales de última instancia no están obligados a plantear la decisión prejudicial cuando "la correcta aplicación del Derecho comunitario puede imponerse con tal evidencia que no deje lugar a duda razonable alguna sobre la solución de la cuestión suscitada"[28]. Evidentemente, tampoco están obligados a plantear la cuestión cuando la misma es impertinente y, por tanto, la respuesta a dicha petición no podría tener incidencia en la solución del litigio principal. Todo ello, sin perder de vista que el ejercicio de esta facultad por jueces es siempre pertinente si entienden que es necesaria para poder resolver el litigio principal[29].

b) Los particulares ante la negativa del juez obligado

En los casos en los que se agota la vía jurisdiccional, los jueces ordinarios tienen la obligación de plantear la decisión (salvo que compruebe que la correcta aplicación del DUE se impone con tal evidencia que no deja lugar a duda razonable alguna o en los supuestos de "acto aclarado" o "acto claro")[30]. Por lo tanto, se plantearía un problema grave en la defensa de los intereses de los particulares si un órgano nacional de última instancia obligado no llevase a cabo la petición de la decisión prejudicial. En este sentido, es necesario plantear si este supuesto entrañaría una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

---

28. En todo caso, deben darse una serie de requisitos: a) "[...] el órgano jurisdiccional nacional debe llegar a la convicción de que la misma evidencia se impondría igualmente a los órganos jurisdiccionales nacionales de los otros Estados miembros, así como al Tribunal de Justicia"; b) "[...] la existencia de tal posibilidad debe ser apreciada en función de las características del Derecho comunitario y de las dificultades particulares que presenta su interpretación"; c) sin perder de vista "[...] que los textos de Derecho comunitario están redactados en varias lenguas y que las diversas versiones lingüísticas son auténticas por igual; por tanto, la interpretación de una disposición de Derecho comunitario supone una comparación de las versiones lingüísticas; d) "[...] debe observarse a continuación que, incluso en caso de exacta concordancia de las versiones lingüísticas, el Derecho comunitario utiliza una terminología propia", y "[...] los conceptos jurídicos no tienen necesariamente el mismo contenido en el Derecho comunitario y en los diferentes Derechos nacionales; y, e) "[...] finalmente, cada disposición de Derecho comunitario debe ser situada en su contexto e interpretada a la luz del conjunto de las disposiciones de ese Derecho, de sus finalidades y de su grado de evolución en la fecha en la que debe hacerse aplicación de la disposición de que se trata". Vid. Sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de marzo de 1963, Da Costa en Schaake NV, Jacob Meijer NV, Hoechst-Holland NV v Netherlands Inland Revenue Administration, asunto C-28 a 30/62, ECLI:EU:C:1963:6, apartados 6 y 7; Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de octubre de 1982, asunto C-283/81, Srl CILFIT y Lanificio di Gavardo SpA contra Ministero della Sanità, ECLI:EU:C:1982:335, apartados 13 a 20; DONAIRE VILLA, F. J.; La cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia, (...) opus cit., pág. 403
29. DONAIRE VILLA, F. J.; La cuestión prejudicial ante el Tribunal , (...) opus cit., pág. 416
30. "[...] El órgano jurisdiccional nacional debe llegar a la convicción de que la misma evidencia se impondría igualmente a los órganos jurisdiccionales nacionales de los otros Estados miembros". Vid. Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de octubre de 1982, asunto C-283/81, Srl CILFIT y Lanificio di Gavardo SpA contra Ministero della Sanità, ECLI:EU:C:1982:335, apartado 16

Ante esta posible vulneración de los derechos fundamentales, debemos tener en cuenta dos cuestiones aclaradas por el Tribunal de Justicia: a) en primer lugar, el art. 267 TFUE no obliga a los órganos jurisdiccionales nacionales a remitir al TJUE aquellas decisiones internas que rechacen la petición sobre una cuestión prejudicial y, por lo tanto, las partes en el litigio principal no pueden invocar un derecho subjetivo a la notificación de tales decisiones[31]; y, en segundo lugar, b) la jurisprudencia ya ha declarado que la posibilidad de recurrir en casación ante el Tribunal Supremo suprime la obligación contemplada en el art. 267.3 TFUE[32].Por consiguiente, este recurso extraordinario también elimina la obligación respecto de los Tribunales de apelación e, incluso, aunque no tenga efectos suspensivos y los motivos de interposición sea tasados[33].

Sin embargo, desde el punto de vista de la garantía jurisdiccional del DUE, las circunstancias específicas del sistema jurisdiccional de cada Estado miembro pueden dar lugar a una vulneración de los derechos fundamentales si éstos no preveen una vía interna que garantice, en todo caso, el acceso de los particulares a una cuestión prejudicial (cuando sea obligatoria). Si un Estado miembro dificulta o imposibilita la presentación de una cuestión prejudicial, atentando contra el principio de cooperación leal (art. 4 TUE), debería existir una vía, interna o comunitaria, que garantice el cumplimiento del DUE. Sobre todo si tenemos en cuenta que no existe ningún mecanismo comunitario frente a las omisiones del deber de reenvío prejudicial.

En el marco del DUE, una interpretación forzada del art. 263 TFUE, permitiría a los particulares interponer un recurso directo de anulación ante la negativa del reenvío prejudicial. Sin embargo, ya se ha dicho que el procedimiento prejudicial tiene carácter incidental y no contencioso; y, en todo caso, no estaríamos ante un acto de una institución, órgano u organismo de la Unión contrario al DUE en el sentido del art. 263 TUE; sino ante

31. "De una jurisprudencia bien asentada resulta asimismo que el artículo 267 TFUE no abre una vía de recurso para las partes en un litigio suscitado ante el juez nacional, de modo que el Tribunal de Justicia no está obligado a valorar la validez del Derecho de la Unión por la mera razón de que tal cuestión haya sido invocada ante él mismo por una de las partes en sus observaciones escritas". Vid. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 4 de septiembre de 2014, asunto C-21/13, Simon, Evers & Co. GmbH contra Hauptzollamt Hamburg-Hafen, ECLI:EU:C:2014:2154, apartado 27; Auto del Tribunal de Justicia (Sala Décima) de 5 de julio de 2017, asunto C-87/17 P, CBA Spielapparate- und Restaurantbetriebs GmbH contra Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ECLI:EU:C:2017:512, apartados 21 a 23
32. "[...] Las resoluciones de un órgano jurisdiccional nacional de apelación que puedan ser impugnadas por las partes ante un Tribunal Supremo no proceden de un «órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno», en el sentido del artículo 234 CE. La circunstancia de que el examen del fondo de estas impugnaciones quede supeditado a una previa declaración de admisibilidad por el Tribunal Supremo no tiene por efecto privar a las partes de recurso". Vid. Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de octubre de 1982, asunto C-99/00, Kenny Roland Lyckeskog, ECLI:EU:C:2002:329, apartado 16
33. Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 16 de diciembre de 2008, asunto c-210/06, Cartesio Oktató és Szolgáltató bt., ECLI:EU:C:2008:723, apartados 76 a 79

un acto de derecho nacional que, como se analizará en epígrafes posteriores, queda fuera de este recurso. Por otro lado, también debe descartarse el procedimiento por incumplimiento contra el Estado miembro de que se trate, pues el particular carece de legitimación activa (art. 258 TFUE)[34].

En el marco del Derecho nacional, frente a esta decisión interna de no plantear el incidente, que supone una quiebra constitucional en el Estado miembro, se debe plantear la posibilidad de interponer un recurso de amparo. Pues, de acuerdo con la sentencia del Tribunal Constitucional 58/2004, de 19 de abril de 2004, el Derecho Originario forma parte del ordenamiento interno, y la cuestión prejudicial prevista en el art. 267 TFUE es un instrumento más al servicio de los Jueces y Tribunales para la depuración del ordenamiento jurídico. Con todo, se debe vincular el no planteamiento de la cuestión prejudicial a la viuolación del derecho a un proceso con todas las garantías del art. 24.2.

En concreto, la STC 232/2015, de 5 de noviembre, aseguró que dejar de aplicar una ley interna sin plantear una cuestión prejudicial ante el TJUE es contrario al derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) si existe una duda objetiva, clara y terminante sobre esa supuesta contradicción[35].

En este asunto no se debatía sobre la necesidad de plantear la cuestión prejudicial, ya que se trataba de un "acto aclarado" por el propio Tribunal de Luxemburgo al resolver con anterioridad una cuestión prejudicial materialmente idéntica planteada en un asunto análogo.

Más bien, el problema surgió por la inobservancia del juez nacional de una normativa comunitaria que ya había sido interpretada por el TJUE. Es decir, por la infracción del principio de primacía del Derecho de la Unión Europea al inaplicar una Directiva sin motivar la oportunidad o conveniencia de plantear una nueva cuestión prejudicial en un supuesto idéntico al resuelto por el Tribunal de Justicia; provocando una selección irrazonable y arbitraria de una norma aplicable al proceso

34. "[...] La obligación de los Estados miembros de cumplir las disposiciones del TFUE incumbe a todas las autoridades de dichos Estados, incluidas, en el marco de sus competencia, las autoridades judiciales". Vid. Sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de octubre de 2018, asunto C- 416, Comisión Europea contra República Francesa, ECLI:EU:C:2018:811, apartado 106

35. En este asunto, los recurrentes interpusieron un recurso de amparo contra una sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJM y contra la providencia que inadmitía el incidente de nulidad. Denunciaron la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) y del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), en relación con los principios de seguridad jurídica, interdicción de la arbitrariedad y responsabilidad de los poderes públicos (art. 9.3 CE), por la decisión de la Sala de no plantear la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de conformidad con el art. 267 TFUE.

y que puede dar lugar a una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (STC 145/2012, de 2 de julio)[36].

Posteriormente, la STC 37/2019, de 26 de marzo, en un asunto relacionado con la inobservancia de los requisitos necesarios para apreciar la existencia de un "acto aclarado", sistematizó la doctrina del TC. De esta forma, es contrario al derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE): a) dejar de aplicar una norma interna (tenga ésta rango de ley o no) sin plantear cuestión prejudicial ante el TJUE, cuando exista una duda objetiva, clara y terminante sobre esa supuesta contradicción; y esta duda objetiva puede derivar (i) del hecho de existir un criterio generalizado de los tribunales españoles acerca de la compatibilidad entre ambas normas, que el órgano judicial no desvirtúa mediante una motivación específica en la resolución impugnada en amparo; (ii) porque pese a haberse dictado una o más resoluciones por el TJUE referentes a dicha norma nacional, ninguna se ha pronunciado directamente sobre las cuestiones que ahora se suscitan; (iii) o bien por la conjunción de ambas circunstancias; y, b) por alteración del sistema de fuentes, aplicando una norma interna sin plantear cuestión prejudicial ante el TJUE cuando se fundamente dicha decisión en la doctrina del "acto aclarado", en los casos en que tal doctrina no puede ser invocada; es decir, cuando no sea posible afirmar que la cuestión planteada es materialmente idéntica a una que ya fue objeto anteriormente de una decisión con carácter prejudicial en un asunto análogo, de acuerdo con la Doctrina Cilfit.

Por el contrario, dejar de plantear la cuestión prejudicial y aplicar una ley nacional supuestamente contraria al Derecho de la Unión no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva si esa decisión es fruto de una exégesis racional de la legalidad ordinaria, pues solo estos parámetros tan elevados forman parte de los derechos consagrados en el art. 24 CE (SSTC 58/2004, FFJJ 9 a 14; 27/2013, FJ 7; 212/2014, FJ 3; 99/2015, FJ 3; 232/2015, FJ 5 b); 37/2019, FJ 4)[37].

---

36. "[...] Cumpliéndose con los requisitos de la doctrina del «acto aclarado», también se ha dicho que «corresponde a este Tribunal velar por el respeto del principio de primacía del Derecho de la Unión cuando exista una interpretación auténtica efectuada por el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En estos casos, el desconocimiento y preterición de esa norma de Derecho de la Unión, tal y como ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia, puede suponer una 'selección irrazonable y arbitraria de una norma aplicable al proceso', lo cual puede dar lugar a una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva» [STC 232/2015, FJ 5 c), con cita de las anterior STC 145/2012, de 2 de julio, FFJJ 5 y 6; en igual sentido, SSTC 148/2016, de 19 de septiembre, FJ 5 b); 162/2016, de 3 de octubre, FJ 2, y 75/2017, de 19 de junio, FJ 2]"
37. MONTESINOS PADILLA, C.; QUERALT JIMENEZ, A.;Protección jurisdiccional de los derechos Sistemas español, universal, regional europeo y supranacional, Porto, Editorial Jarúa, 1ª Edición, 2021, págs. 261 y 262

Otros autores consideran viable la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños que causa la no interposición de la cuestión prejudicial. Sin embargo, entienden que es un requisito previo a su solicitud la interposición del recurso de amparo ante el TC[38].

2.3.2. Sobre la Excepción de ilegalidad

La excepción de ilegalidad (art. 277) sirve para controlar de manera indirecta o incidental la legalidad de una norma europea de alcance general en el marco de un litigio en el que se está cuestionando su validez con ocasión de la impugnación directa de un acto particular de aplicación de aquélla. Esta alegación se interpone por los mismos motivos previstos para el recurso de anulación (párrafo segundo del art. 263 TFUE), independientemente de que haya expirado el plazo previsto en el artículo 263, párrafo sexto, TFUE[39]. En concreto, permite atacar cualquier acto de alcance general emanado de cualquier institución, órgano u organismo de la Unión, siempre y cuando las partes del litigio principal se vean afectadas directa e individualmente por el mismo (art. 263 TFUE). En cambio, se excluye la posibilidad de impugnar una Directiva[40]. Por otro lado, el efecto de esta cuestión incidental es la inaplicación de dicho acto de alcance general (efectos inter partes), y no su nulidad (efectos erga omnes) como ocurre en el recurso de anulación (art. 264 TFUE).

Pretende solventar los supuestos de desprotección provocados por la inadmisión del recurso de anulación u otros recursos directos al abrir una vía de defensa contra los reglamentos o actos de carácter general que no pudieron ser impugnados de forma

38. No se debe perder de vista que el TJUE ya ha declarado que el principio de la responsabilidad de un Estado miembro por los daños causados a los particulares por las violaciones del Derecho comunitario que le sean imputables es inherente al sistema del Tratado. Y, además, este principio es válido para cualquier supuesto de violación del Derecho comunitario por parte de un Estado miembro, independientemente de cuál sea el órgano del Estado miembro a cuya acción u omisión se deba el incumplimiento. Vid. IZQUIERDO SANS, C.; Cuestión prejudicial y artículo 24 de la Constitución española, Revista general de derecho europeo, núm. 23, 2011; Sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de septiembre de 2003, asunto C-224/01, Köbler, ECLI:EU:C:2003:513, apartados 30 y 31
39. Se ha definido como una "modalidad de recurso de anulación" que permite a cualquiera de las partes de un litigio en el que se cuestione un acto de alcance general adoptado por una institución, órgano u organismo de la Unión recurrir alegando la inaplicabilidad de dicho acto por los mismos motivos previstos para el recurso de anulación, es decir, permitiendo a personas física y jurídicas, recurrir directamente actos de alcance general. Vid. SANZ HERMIDA, A. M.; "El Tribunal de Justicia de la Unión Europea", Instituciones de derecho de la Unión Europea volumen I Instituciones de la UE (Dir. LÓPEZ CASTILLO, A.), Tirant Lo Blanch, 1ª edición, Valencia, 2015, págs. 493-535
40. LÓPEZ GARRIDO, D.; El control jurisdiccional del Derecho Europeo; "Lecciones de Derecho Constitucional de España y de la Unión Europea Volumen I", Tirant lo Blanch, 1ª edición, 2018, pág. 427

directa. En palabras del Tribunal de Justicia, la finalidad es proteger al justiciable contra la aplicación de un reglamento que no sea conforme a Derecho, sin que el reglamento mismo sea, no obstante, objeto de impugnación, al haber devenido inimpugnable por la expiración de los plazos del artículo 263 TFUE[41].

La cuestión problemática de este "mecanismo de compensación"[42] es, precisamente, su dependencia respecto a los recursos directos: atendiendo a los procesos en los que se podría invocar este incidente, la cuestión de ilegalidad suele operar en el marco del procedimiento de anulación del art. 263 TFUE o del recurso por omisión del art. 265 TFUE y sirve para apoyar la demanda principal del perjudicado. Por consiguiente, su falta de autonomía se ve afectada por la reducida legitimación activa de los particulares frente a estos últimos mecanismos de impugnación directos. En suma, la limitación del acceso al recurso de anulación u omisión restringe, al mismo tiempo, el acceso a la cuestión de ilegalidad.

En cambio, como se verá a continuación, esta problemática no se plantea en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Unión, pues el recurso de indemnización es independiente del recurso de anulación y una inadmisión de éste no implica, por sí sola, la de aquél[43].

2.3.3. Sobre la responsabilidad extracontractual de la Unión Europea

La UE está obligada a reparar los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros (arts. 268 y 340 TFUE). Sin embargo, estos principios son interpretados por el Tribunal de Justicia en el sentido de que no pueden ser invocados para fundamentar la existencia de una obligación de la Comunidad de reparar toda consecuencia perjudicial, incluso alejada, de las actuaciones de sus órganos[44].

41. Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de diciembre de 1962, asuntos 31/62 y 33/62, Wöhrmann/Comisión de la CEE, ECLI:EU:C:1962:49, apartado 7
42. MONTESINOS PADILLA, C.; La Tutela Multinivel (...), opus cit., págs. 293 a 295
43. ORTEGA, M.; El acceso de los particulares (...), opus cit. págs. 142 a 160
44. Sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de marzo de 2010, Trubowest Handel y Makarov/Consejo y Comisión, asunto C-419/08 P, EU:C:2010:147, apartado 53

Por consiguiente, el principio de responsabilidad patrimonial desarrollado por la jurisprudencia está sujeto a una serie de condiciones que el particular debe demostrar[45]. Estos requisitos son: a) la ilegalidad del comportamiento imputado a la institución, órgano u organismo; b) la realidad del perjuicio o daño; y, por último, c) la existencia de una relación de causalidad entre dicho comportamiento y el perjuicio que se alega.

El recurso de indemnización puede interponerlo cualquier persona física o jurídica que pruebe la concurrencia de los tres requisitos anteriores dentro del plazo de prescripción de 5 años (art. 46 ETJUE) frente a cualquier acto de la Unión, particular o general. La fecha de prescripción se computa desde la producción del acto ilícito, siempre que concurran todos los requisitos a que está supeditada la obligación de reparación y el damnificado tenga conocimiento del hecho que originó el daño. En este sentido, el TJUE ha declarado que para apreciar la concurrencia de los requisitos del recurso de indemnización deben tenerse en cuenta criterios estrictamente objetivos. Por lo tanto, la apreciación subjetiva de la realidad del daño por parte de la víctima no puede tomarse en consideración para determinar el punto de partida del plazo de prescripción de la acción de responsabilidad extracontractual de la Unión[46]. Finalmente, la interposición de la demanda ante el TJ o la reclamación previa ante la institución competente interrumpe el plazo de prescripción.

Recientemente, la sentencia Gascogne reconoce la existencia de responsabilidad patrimonial por dilaciones indebidas en un procedimiento ante el Tribunal General. En este asunto, se solicitó la indemnización por daños materiales y morales resultantes de la actuación del órgano judicial por la vulneración del plazo razonable de enjuiciamiento (art. 47 CDFUE). En relación con el plazo de prescripción, el TJ entendió que no puede empezar a correr en una fecha en la que el hecho generador del daño sigue produciéndose, sino que ha de tomarse como dies a quo una fecha en la que el hecho generador se haya materializado plenamente[47].

45. BACIGALUPO SAGGESE, M.; FUENTETAJA PASTOR, J.; La garantía judicial del Derecho de la Unión; "Derecho de la Unión Europea" (Dir. CELMA ALONSO, C.), Tirant Lo Blanch, 1ª Edición, 2018, págs. 241 a 280
46. Sentencia de 8 de noviembre de 2012, asunto C-469/11 P, Evropaïki Dynamiki/Comisión, EU:C:2012:705, apartado 37
47. Sentencia de 10 de enero de 2017, asunto T-577/14, Gascogne, EU:T:2017:1, apartado 47

a) Daño real y cierto

El requisito relativo a la realidad del daño exige que el perjuicio cuya reparación se solicita sea real y cierto (o preciso y circunscrito), no basta que se demuestre la existencia de un daño general. Y corresponde al afectado demostrar la existencia del daño indemnizable, aportando la prueba concluyente respecto a la existencia o alcance del perjuicio ocasionado[48].

Tiene gran trascendencia la doctrina del "acto aceptable" en el ámbito de los actos normativos que implican elecciones de política económica. Según reiterada jurisprudencia, la responsabilidad extracontractual de la Unión supone que el daño alegado rebase los límites de los riesgos económicos normales inherentes al ejercicio de actividades en el sector de que se trate[49].

b) Acto ilícito

La ilicitud del acto supone la existencia de un comportamiento antijurídico imputable a una institución, órgano u organismo europeo, por acción u omisión (contrario al DUE y a la CDFUE). Si el comportamiento imputado consiste en una omisión, dicho comportamiento tan sólo hace incurrir en responsabilidad a la Unión en la medida en que el organismo de que se trate haya incumplido una obligación legal de actuar derivada del DUE[50].

En relación con los actos normativos de la Unión, el citado régimen especial relativo a los actos normativos que implican elecciones de política económica ha desarrollado un concepto de ilicitud cualificada respecto de los actos normativos perjudiciales. De esta forma, la Unión incurre en responsabilidad por un acto normativo que suponga una elección de política económica únicamente si se ha producido una violación

48. "Resulta de una jurisprudencia reiterada que, para que se genere la responsabilidad extracontractual de la Unión a la que se refiere el artículo 340 TFUE, párrafo segundo, es necesario que concurran un conjunto de requisitos, a saber, la ilicitud de la actuación imputada a la institución de la Unión, la realidad del daño y la existencia de una relación de causalidad entre la actuación de la institución y el perjuicio invocado [...]. El requisito relativo a la realidad del daño exige que el perjuicio cuya reparación se solicita sea real y cierto, cuestión que incumbe demostrar a la parte recurrente". Vid. Sentencia del Tribunal de Justicia de de 14 de octubre de 2014, Giordano, asunto C-611/12 P, ECLI:EU:C:2014:2282, apartados 35 y 36; REPASI R.; "Judicial protection against austerity measures in the euro area: Ledra and Mallis", Common Market Law Review (CML Rev.), núm. 54, 2017, págs.1123-1156
49. Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de mayo de 1992, asuntos acumulados C-104/89 y C-37/90, Mulder, ECLI:EU:C:1992:217, apartado 13
50. Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de septiembre de 1994, asunto C-146/91, KYDEP/Consejo y Comisión, apartado 58

suficientemente caracterizada de una norma superior de Derecho que proteja a los particulares. Ha precisado, además, que la norma jurídica cuya violación proceda declarar aplicando estos criterios ha de tener como objeto conferir derechos a los particulares[51].

c) Nexo causal

Entiende el Tribunal de Luxemburgo que debe existir una relación suficientemente directa de causa y efecto entre el comportamiento de las instituciones y el perjuicio sufrido[52]. Es decir, el comportamiento reprochado debe ser la causa determinante del perjuicio, sin que la conducta de la víctima o de terceros aleje la contribución de la institución. De nuevo, incumbe al justiciable probar la existencia de una relación de causa y efecto entre el comportamiento reprochado y el perjuicio alegado[53].

d) Responsabilidad de los Estados miembros por infracciones del DUE

La delimitación de la responsabilidad comunitaria frente a la estatal en los casos de ejecución o aplicación de un acto por las autoridades nacionales ha tenido su respuesta jurisprudencial: a) en primer lugar, si el acto es imputable a las instituciones europeas y no existe una vía interna de reparación en el Estado, cabe la admisión del recurso; b) en segundo lugar, si el acto perjudicial es imputable a los órganos

51. El Tribunal de Justicia ha señalado, por otra parte, que la concepción restrictiva de la responsabilidad de la Comunidad en el ejercicio de su actividad normativa se explica por el hecho de que, por una parte, el ejercicio de la función legislativa, incluso cuando existe un control jurisdiccional de la legalidad de los actos, no debe verse obstaculizada por la perspectiva de reclamaciones de indemnización de daños y perjuicios cada vez que el interés general de la Comunidad exija adoptar medidas normativas que puedan lesionar los intereses de particulares y, por otra parte, por el hecho de que, en un contexto normativo caracterizado por la existencia de una amplia facultad de apreciación, indispensable para la aplicación de una política comunitaria, la Comunidad sólo incurre en responsabilidad si la institución de que se trata se ha extralimitado, de manera manifiesta y grave, en el ejercicio de sus facultades. Vid. Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de septiembre de 2008, asuntos acumulados C-120/06 P y C-121/06 P, Fabbrica italiana accumulatori motocarri Montecchio SpA (FIAMM), ECLI:EU:C:2008:476, apartados 172 a 174
52. Los principios comunes a los Derechos de los Estados miembros a los que se remite el artículo 288 CE, párrafo segundo, no pueden ser invocados para fundamentar la existencia de una obligación de la Comunidad de reparar toda consecuencia perjudicial, incluso alejada, de las actuaciones de sus órganos. En efecto, el requisito relativo a la causalidad exigido por dicho artículo entraña la existencia de una relación suficientemente directa de causa a efecto entre el comportamiento de las instituciones comunitarias y el daño. Vid. Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de diciembre de 2005, Beamglow/Parlamento y otros, asunto T-383/00, EU:T:2005:453, apartado 193
53. Sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de septiembre de 1998, Coldiretti y otros/Consejo y Comisión, asunto T-149/96, EU:T:1998:228, apartado 101

naciones en supuestos de mala ejecución del DUE, estamos ante un acto un Estado miembro que viola el Derecho europeo y, por lo tanto, está sujeto a responsabilidad patrimonial; y, finalmente, c) si es un acto conjunto, el asunto Kampffmeyer ha fijado el siguiente criterio: tratándose de un daño resultante de un acto ilegal según el DUE y el derecho estatal, conviene incitar a los demandantes a justificar que han agotado los medios tanto administrativos como judiciales que derivan del derecho nacional aplicable para obtener el reembolso de las sumas indebidamente pagadas[54].

En relación con la responsabilidad de un Estado miembro por los daños causados a los particulares por las violaciones del DUE que le sean imputables es inherente al sistema del Tratado, cualquiera que sea el órgano a cuya acción u omisión se deba el incumplimiento. El fundamento del reconocimiento de la responsabilidad del Estado respecto a las violaciones del DUE se ha sustentado en los principios de primacía y eficacia directa. Además, los requisitos establecidos por las legislaciones nacionales en materia de indemnización de daños no pueden ser menos favorables que los que se aplican a reclamaciones semejantes de naturaleza interna (principio de equivalencia) y no pueden articularse de manera que hagan en la práctica imposible o excesivamente difícil obtener la indemnización (principio de efectividad)[55].

Volviendo al debate planteado acerca de la reclamación de responsabilidad patrimonial contra las resoluciones de los órganos jurisdiccionales, entiende el Tribunal que el principio de cosa juzgada no se opone al reconocimiento del principio de responsabilidad del Estado. En palabras del Tribunal, la parte demandante en una acción de responsabilidad contra el Estado obtiene, si se estiman sus pretensiones, la condena del Estado a reparar el daño sufrido, pero no necesariamente la anulación de la fuerza de cosa juzgada de la resolución judicial que haya causado el daño[56].

En este ámbito, el Tribunal de Justicia ha sitematizado los requisitos necesarios del recurso de indeminación en supuestos de no remisión de una cuestión prejudicial: a) en primer lugar, se exige que la norma jurídica violada tenga por objeto conferir derechos a los particulares; b) en segundo lugar, que la violación esté suficientemente caracterizada; y, por último, c) que exista una relación de causalidad directa entre el

54. Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de julio de 1967, asuntos acumulados C-5/66, C-13/66, C-14/66, C-16/66, C-21/66, E. Kampffmeyer y otros, ECLI:EU:C:1967:31
55. Sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de enero de 2010, asunto C-118/08 Transportes Urbanos y Servicios Generales, EU:C:2010:39, apartado 31; Sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de octubre de 2018, asunto C-571/16, Kantarev, EU:C:2018:807, apartado 123
56. Sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de septiembre de 2003, asunto C-224/01, Köbler, ECLI:EU:C:2003:513, apartados 39 y 40

incumplimiento de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por quienes hayan sido lesionados. En todo caso, es necesario una declaración de error judicial, ya que el TJUE ha declarado que la responsabilidad del Estado derivada de una violación del DUE debida a una resolución de ese tipo solamente puede exigirse en el caso excepcional de que el juez haya infringido de manera manifiesta el Derecho aplicable[57].

Finalmente, no es necesario que el Tribunal de Justicia haya dictado una sentencia que declare que el Estado ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud del DUE. En otras palabras, la reparación del daño causado por un Estado miembro, como consecuencia de una infracción del DUE no puede estar subordinada, sin vulnerar el principio de efectividad, a que se haya dictado con carácter previo una sentencia del Tribunal de Justicia que haya declarado un incumplimiento del Derecho de la Unión por parte del Estado miembro de que se trate o de la que resulte la incompatibilidad con el Derecho de la Unión del acto u omisión origen del daño[58].

e) La relación entre la responsabilidad patrimonial y el recurso de anulación

A diferencia de la excepción de ilegalidad, la acción de indemnización es independiente y autónoma del recurso de anulación, ya que tienen objetos distintos: se diferencia del recurso de anulación en que su objetivo no es la supresión de una medida determinada, sino la reparación del perjuicio causado por una institución en el ejercicio de sus funciones. Pero tampoco podemos perder de vista que la declaración de nulidad de un acto no implica automáticamente el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial de la Unión[59].

57. Sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de septiembre de 2003, asunto C-224/01, Köbler, ECLI:EU:C:2003:513, apartados 51 y 53
58. Sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de junio de 2022, asunto C-278/20, Comisión/Reino de España, ECLI:EU:C:2022:503, apartado 106
59. ORTEGA, M.; El acceso de los particulares (...), opus cit., págs. 178 a 188

2.3.4. Sobre el Recurso de anulación

El recurso de anulación está inspirado en el recurso contencioso-administrativo francés y, además, ejerce una función de control de constitucionalidad[60]. En general, sirve para impugnar actos legislativos, normas reglamentarias y actos administrativos de las instituciones, órganos y organismos de la Unión. El art. 263 TFUE confiere al Tribunal de Justicia la tarea de efectuar dicho control de legalidad (jurisdicción contencioso-administrativa y función constitucional)[61]. Pueden interponerse contra cualquier organismo comunitario que esté legitimado para adoptar actos destinados a producir efectos jurídicos frente a terceros[62].

El plazo de interposición del recurso es de 2 meses "a partir, según los casos, de la publicación del acto, de su notificación al recurrente o, a falta de ello, desde el día en que éste haya tenido conocimiento del mismo" (párrafo 6 del art. 263 TFUE). Añade el párrafo 5 que "los actos por los que se crean los órganos y organismos de la Unión pueden prever condiciones y procedimientos específicos para los recursos presentados por personas físicas o jurídicas contra actos de dichos órganos u organismos destinados a producir efectos jurídicos frente a ellos".

Centrándonos en la legitimación activa de los particulares[63], añade el párrafo 4 que las personas físicas o jurídicas podrán interponerlo frente a los actos de los que sean destinatarias o que les afecten directa e individualmente, así como contra los actos reglamentarios que la afecten directamente y que no incluyan medidas de ejecución[64].

---

60. El recurso de anulación se interpone contra los actos legislativos, los actos del Consejo, de la Comisión y del BCE que no sean recomendaciones o dictámenes, los actos del Parlamento Europeo y del Consejo Europeo destinados a producir efectos jurídicos frente a terceros y contra los actos de los órganos u organismos de la Unión destinados a producir efectos jurídicos frente a terceros (art. 263 TFUE). Permite el control de la legalidad de los actos que produzcan efectos jurídicos obligatorios y definitivos en supuestos de incompetencia, vicios sustanciales de forma, violación de los Tratados o de cualquier norma jurídica relativa a su ejecución, o desviación de poder
61. ARZOZ SANTISTEBAN, X.; "El control de la validez de los actos de las instituciones de la UE"; Instituciones y Derecho de la Unión Europea. Volumen II (Dir. LÓPEZ CASTILLO, A.), Tirant lo Blanch, 3ª Edición 2020, pág. 163
62. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Octava) de 8 de octubre de 2008, asunto T-411/06, Sogelma, ECLI:EU:T:2008:419, apartado 37
63. Además de los particulares, también tienen legitimación para interponerlo los Estados miembros, el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión, como "demandantes privilegiados" que no necesitan demostrar ningún interés para impugnar los actos; y el Tribunal de Cuentas, el BCE y el Comité de las Regiones, siempre que sea con el fin de salvaguardar prerrogativas de éstos (párrafo 2 y 3 del art. 263 TFUE); Vid. ORTEGA, M.; El acceso de los particulares a la justicia comunitaria, Ariel Practicum, 1ª Edición, 1999, pág. 18 a 72
64. "[...] Para determinar si un acto puede ser objeto de un recurso de anulación es necesario centrarse en el contenido mismo de tal acto, siendo indiferente al respecto, en principio, la forma en que fue adoptado. En este sentido, únicamente constituyen actos o decisiones susceptibles de recurso de anulación las medidas que pretendan producir efectos jurídicos obligatorios que puedan afectar a los intereses del demandante, modificando de forma caracterizada su situación jurídica". Vid. Auto del Tribunal General (Sala Quinta) de 15 de marzo de 2019, IBM/Comisión, T-410/18, ECLI:EU:T:2019:166, apartado 13

Igualmente, los motivos que justifican su interposición son la incompetencia de la institución autora del acto, la existencia de vicios sustanciales de forma, la violación de los Tratados o de cualquier norma jurídica relativa a su ejecución y la desviación de poder.

Frente a los demandantes "privilegiados" (Estados, Parlamento, Comisión y Consejo) y el resto de instituciones y organismos con legitimación (BCE, Tribunal de Cuentas y Comité de las Regiones), los ciudadanos o demandantes ordinarios sólo pueden impugnar decisiones comunitarias de las que sean destinatarios. En un principio, no estamos ante un derecho de acción general de los particulares. Es decir, los particulares no pueden atacar reglamentos, directivas o cualquier otro acto comunitario de carácter general; dado que es requisito para el acceso limitado al foro comunitario que el demandante esté afectado directa e individualmente. Pero eso no quiere decir que no puedan impugnar aquellos actos que, aún revistiendo forma de reglamento o de una decisión dirigida a otras personas, les afecten directa e individualmente[65]. La forma en que se adoptan las decisiones es, en principio, indiferente.

Por su parte, el Abogado General Sr. Carl Otto Lenz en sus Conclusiones de 14 de diciembre de 1988 entendió que "el sistema de protección jurisdiccional del Tratado no prevé el derecho de acción general de los particulares, sino que lo limita en función de su interés individual", y que, en todo caso, hablamos de "actos que presenten un interés particular para el demandante, pero, en ningún caso, de actos de alcance general"[66]. En cambio, Xabier Arzoz Santisteban entiende que los particulares "deben poder impugnar la validez de cualquier decisión que le afecte y que constituya ejecución de un acto de alcance general de la Unión". Es decir, si un particular pretende cuestionar la legalidad de actos de carácter general que afectan directa e individualmente a su situación jurídica, debería poder hacerlo. En caso contrario, su inadmisión privaría al derecho a un recurso efectivo garantizado por nuestro ordenamiento comunitario (art. 47 CDFUE), y reconocido en el art. 6 y 13 del CEDH. En definitiva, la naturaleza de los actos reglamentarios ha sido muy discutida por el TJUE. Se analizará esta cuestión más adelante.

En relación con la jurisdicción competente para impugnar directamente las actuaciones en la Unión, ésta dependerá de la administración actuante. Por lo tanto, si

65. MONTESINOS PADILLA, C.; La Tutela Multinivel de los Derechos Desde una Perspectiva Jurídico Procesal, Tirant lo Blanch, 1ª Edición, 2017, pág. 290
66. Conclusiones del Abogado General Sr. Carl Otto Lenz de 14 de diciembre de 1988, asunto C-247/87, Star Fruit v Commission, ECLI:EU:C:1988:544, apartado 15

"la aplicación administrativa de estos actos compete a las instituciones comunitarias, las personas físicas y jurídicas pueden interponer un recurso directo ante el Tribunal de Justicia contra los actos de aplicación de que sean destinatarias o que les afecten directa e individualmente e invocar, en apoyo de este recurso, la ilegalidad del acto general de base". En cambio, si la ejecución del acto depende de órganos nacionales, los particulares "pueden alegar la invalidez de los actos de alcance general ante los órganos jurisdiccionales nacionales e inducirles a consultar al Tribunal de Justicia a este respecto mediante las cuestiones prejudiciales"; es decir, a través de la principal vía de impugnación indirecta[67]. Añade el Profesor Arzoz Santisteban que, si no cabe plantear una cuestión prejudicial, los afectados estarían legitimados para interponer un recurso de anulación ante el Tribunal de Justicia[68].

a) Capacidad procesal de los particulares

En principio, todas las personas físicas pueden interponer el recurso de anulación, sin que exista ningún tipo de limitación por razón de nacionalidad o residencia. Las personas jurídicas tienen capacidad, cualquiera que sea su domicilio o lugar en que se

67. Sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de abril de 1986, Les Verts/Parlamento, Asunto 294/83, ECLI:EU:C:1986:166, apartado 23

68. En supuestos de actuación conjunta entre las instituciones y los Estados, la jurisprudencia del TJUE aplica un criterio de yuxtaposición de los niveles de control entre los diferentes órganos jurisdiccionales. En el asunto Borelli, el Tribunal de Justicia entendió que cuando el Estado "en cuyo territorio deba ejecutarse el proyecto" emite el informe o dictamen favorable, este último "se integra en un procedimiento que culmina en la adopción de una Decisión comunitaria", y, por consiguiente, el Estado miembro "está obligado a cumplir la exigencia del control jurisdiccional antes mencionado". En cambio, en el ámbito del sistema bancario, se utiliza el criterio opuesto de concentración del control en el nivel europeo. De esta forma, el Tribunal de Luxemburgo es "el único competente para apreciar, con carácter incidental, si la legalidad de un acto o decisión del BCE se ve afectada por eventuales vicios de los actos de trámite previos a dicha decisión adoptados por un Banco nacional [...]. Esa competencia excluye toda competencia jurisdiccional nacional sobre dichos actos, sin que tenga incidencia alguna, a este respecto, la circunstancia de que un órgano jurisdiccional nacional conozca del asunto a raíz de una acción como la azione di ottemperanza". "[...] El artículo 263 TFUE debe interpretarse en el sentido de que se opone a que los órganos jurisdiccionales nacionales ejerzan el control de la legalidad sobre los actos de apertura, de instrucción y de propuesta no vinculante adoptados por las autoridades nacionales competentes en el marco del procedimiento establecido en los artículos 22 y 23 de la Directiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a la supervisión prudencial de las entidades de crédito y las empresas de inversión, por la que se modifica la Directiva 2002/87/CE y se derogan las Directivas 2006/48/CE y 2006/49/CE, en el artículo 4, apartado 1, letra c), y en el artículo 15 del Reglamento (UE) n.º 1024/2013 del Consejo, de 15 de octubre de 2013, que encomienda al Banco Central Europeo tareas específicas respecto de políticas relacionadas con la supervisión prudencial de las entidades de crédito, así como en los artículos 85 a 87 del Reglamento (UE) n.º 468/2014 del Banco Central Europeo, de 16 de abril de 2014, por el que se establece el marco de cooperación en el Mecanismo Único de Supervisión entre el Banco Central Europeo y las autoridades nacionales competentes y con las autoridades nacionales designadas (Reglamento Marco del MUS). A este respecto carece de relevancia que un órgano jurisdiccional nacional conozca del asunto a raíz de una acción específica de nulidad por presunta vulneración de la autoridad de cosa juzgada de una resolución judicial nacional". Vid. Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 19 de diciembre de 2018, asunto, C-219/17, Berlusconi; ARZOZ SANTISTEBAN, X.; "El control de la validez de los actos de las instituciones de la UE"; Instituciones y Derecho de la Unión Europea. Volumen II (Dir. LÓPEZ CASTILLO, A.), Tirant lo Blanch, 3ª Edición 2020, págs. 155 a 204

hubieran constituido. Ahora bien, si el acto en cuestión exige como presupuesto para su aplicación y para que produzca efectos alguno de los requisitos anteriores, tales sujetos carecerán de capacidad para impugnar el acto.

En relación con los entes sin personalidad, entiende Marta Ortega que el Tribunal ha asumido una posición "liberal" y no formalista, por lo que se ha llegado a admitir la capacidad de ciertas agrupaciones "siempre y cuando reúnan las características que están el la base de la personalidad jurídica"[69], sin perjuicio de que deban demostrar la afectación individual del acto, como se analizará a continuación.

En la sentencia Unión syndicale de 8 de octubre de 1974, en relación con la capacidad procesal de los sindicatos, el TJ entendió que tal capacidad existe porque estas agrupaciones se crearon para la defensa de los intereses colectivos de sus miembros, y, además, se basa en el derecho de los Estados miembros, que "constituye un principio general de derecho que se impone en el ordenamiento jurídico comunitario"[70]. Por otro lado, el Tribunal General, en el asunto One of Us, recordó que sólo las personas físicas y las entidades dotadas de personalidad jurídica pueden interponer un recurso de anulación. Pero añadió que los entes sin personalidad tiene capacidad si, en sus actos o actuaciones, la Unión y sus instituciones tratan a la entidad en cuestión como un sujeto diferenciado, que puede ser titular de derechos o estar sometido a obligaciones o a restricciones[71].

b) Interés en ejercitar la acción y la obligatoriedad del acto como requisito objetivo

El recurso de anulación supone una vía de impugnación directa contra las medidas que produzcan efectos jurídicos vinculantes capaces de afectar a los intereses de los justiciables "modificando caracterizadamente su situación jurídica". De acuerdo con Ágata Mª Sanz Hermida, "el alcance limitado de la legitimación de las personas físicas y jurídicas requiere la conjunción, junto con la afectación directa e individual del acto,

69. ORTEGA, M.; El acceso de los particulares (...), opus cit. págs. 18 a 72
70. "[...] El interés colectivo es un motivo más que plausible para solicitar la nulidad de un acto administrativo. En este caso, es necesario determinar si una organización puede entablar acciones ante los tribunales en interés colectivo, basándose en los prejuicios individuales sufridos por miembros individuales". Vid. Sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de octubre de 1974, asunto C-175/73, Union syndicale Service public européen y otros contra Consejo de la Unión Europea, ECLI:EU:C:1974:95
71. Sentencia del Tribunal General (Sala Segunda ampliada) de 23 de abril de 2018, asunto T-561/14, One of Us y otros contra Comisión Europea, ECLI:EU:T:2018:210, apartados 58 y 59

la acreditación del interés para ejercitar la acción a partir de la de la acreditación de que la anulación del acto produciría mejoras en su situación jurídica"[72]. En palabras del Tribunal de Justicia, el interés en obtener la anulación del acto impugnado presupone que la anulación de ese acto pueda tener, de por sí, consecuencias jurídicas y que el recurso pueda procurar, por su resultado, un beneficio a la parte que lo haya interpuesto. Tiene que ser un interés efectivo y actual. No puede hacer referencia a una situación futura e hipotética. También es jurisprudencia reiterada que este interés debe existir en el momento de su interposición, so pena de inadmisión del recurso y perdurar hasta que se dicte la resolución judicial, so pena de sobreseimiento[73]. En suma, basta con que las disposiciones adoptadas por las instituciones, cualesquiera que sean su naturaleza o su forma, produzcan efectos jurídicos vinculantes y puedan afectar a los intereses del demandante[74]. Por otro lado, quedan excluidos de este recurso el Derecho originario de la Unión y el Derecho nacional, pues a validez de los actos de los Estados no se puede atacar mediante la interposición de un recurso de anulación, sino mediante la cuestión prejudicial de validez (de manera indirecta)[75].

72. SANZ HERMIDA, A. M.; "El Tribunal de Justicia (...), opus cit., págs. 493-535; Sentencia del tribunal de Justicia de 31 de marzo de 1971, Comisión vs. Consejo, C-22/70, EU:C:1971:32, apartado 42
73. No pueden ser meras opiniones: "[...] para resolver sobre la admisibilidad del recurso, hay que recordar, en primer lugar, que un acto sólo puede ser impugnado al amparo del artículo 173 del Tratado si produce efectos jurídicos (véase la sentencia de 31 de marzo de 1971 conocida como «AETR», Comisión/Consejo, 22/70, Rec. p. 263)"; "[...] sobre el fundamento de la excepción de inadmisibilidad [...] hay que recordar que, según jurisprudencia reiterada, únicamente constituyen actos o decisiones susceptibles de recurso de anulación, con arreglo al [artículo 263 del TFUE], las medidas que produzcan efectos jurídicos vinculantes que puedan afectar a los intereses del demandante (véanse, en particular, el auto de 8 de marzo de 1991, Emerald Meats/Comisión, C-66/91 y C-66/91 R, Rec. p. I-1143 y el auto de 13 de junio de 1991, Sunzest/Comisión, C-50/90, Rec. p. I-2917). Vid. Sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de junio de 1992, asunto C- 312/90, Reino de España contra Comisión de las Comunidades Europeas, ECLI:EU:C:1992:282, apartado 11; Auto del Tribunal de Justicia de 28 de junio de 1993, asunto C-64/93, Donatab Srl y otros contra Comisión de las Comunidades Europeas, ECLI:EU:C:1993:266, apartado 13; Sentencia del tribunal de Justicia de 31 de marzo de 1971, Comisión vs. Consejo, C-22/70, EU:C:1971:32, apartado 42; Auto del Tribunal de Justicia de 17 de mayo de 1989, Italy v. Commission, C-151/88, EU:C:1989:201, apartado 21; Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 17 de septiembre de 2015, Mory SA y otros contra Comisión Europea, asunto C-33/14 P, ECLI:EU:C:2015:609, apartados 55 a 57; ARZOZ SANTISTEBAN, X.; El control de la validez (...), opus cit., pág. 169
74. "[...] La forma en que se adoptan los actos o decisiones es, en principio, indiferente por lo que respecta a la posibilidad de impugnarlos a través de un recurso de anulación". Vid. Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de noviembre de 1981, asunto 60/81, International Business Machines Corporation contra Comisión de las Comunidades Europeas, ECLI:EU:C:1981:264, apartado 9
75. "[...] es jurisprudencia reiterada que, fuera del recurso para declarar un incumplimiento, no corresponde al Tribunal de Justicia decidir sobre la compatibilidad de una disposición nacional con el Derecho comunitario. Ello es competencia de los órganos jurisdiccionales nacionales, después de obtener en su caso del Tribunal de Justicia, por vía de remisión prejudicial, las precisiones necesarias sobre el alcance y la interpretación del Derecho comunitario". Vid. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 22 de marzo de 1990, asunto C-347/87, Triveneta Zuccheri SpA y otros contra Comisión de las Comunidades Europeas, ECLI:EU:C:1990:129, apartado 16

c) Afectación directa e individual y la Doctrina Plaumann

La posibilidad de impugnar actos de alcance general a través del recurso de anulación, así como la naturaleza jurídica de los actos reglamentarios que no incluyen medidas de ejecución, sigue siendo una cuestión muy debatida en el ámbito de la Unión.

En primer lugar, de acuerdo con el párrafo cuarto del art. 263 TFUE, los actos que pueden impugnar los particulares se pueden agrupar en tres categorías: a) actos de los que sean destinatarios (normalmente nos referimos a decisiones, art. 288 TFUE); b) otros actos que les afecten directa e individualmente; y c) los actos reglamentarios que les afectan directamente y no incluyan medidas de ejecución. El párrafo cuarto, al omitir el término decisión, permite interponer un recurso contra los actos individuales, contra los actos de alcance general que afecten a una persona física o jurídica directa e individualmente y contra los actos reglamentarios que la afecten directamente y que no incluyan medidas de ejecución.

En consecuencia, partiendo de la idea de la prevalencia del fondo sobre la forma, los particulares pueden recurrir cualquier acto, aunque se trate de un acto atípico o un reglamento. Sin embargo, no es posible impugnar recomendaciones o dictámenes, pues éstos no tienen carácter vinculante, así como aquellos actos que necesiten medidas ulteriores de aplicación y, por ende, no tenga afectación directa.

Sean actos individuales o generales, es necesario que el acto o decisión afecte directamente a la situación jurídica del destinatario, no siendo necesario la intervención de un Estado miembro para alterar tal situación[76]. Cuando la actuación que se quiera impugnar vaya dirigida a otros, entiende el TJ (Doctrina Plaumann) que los demandantes sólo podrán alegar que les afecta directamente "cuando dicha decisión les atañe debido a ciertas cualidades que les son propias o a una situación de hecho que les caracteriza en relación con cualesquiera otras personas y, por ello, les individualiza de una manera análoga a la del destinatario"[77].

76. MONTESINOS PADILLA, C.; La Tutela Multinivel de los Derechos, (...) opus cit., pág. 291; Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de mayo de 1971, asuntos acumulados 41 a 44/70, NV International Fruit Company y otros contra Comisión de las Comunidades Europeas, ECLI:EU:C:1971:53; Sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de noviembre de 1971, asunto 62-70, Werner A. Bock contra Comisión de las Comunidades Europeas, ECLI:EU:C:1971:108
77. Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de julio de 1963, asunto 25-62, Plaumann & Co. contra Comisión de la Comunidad Económica Europea, ECLI:EU:C:1963:17, apartado 13

De esta manera, los particulares pueden impugnar una decisión dirigida a un Estado miembro, o que se dirige "aparentemente" a otra persona[78], tal y como ocurre con aquellos actos reglamentarios cuya forma o denominación no puede modificar la propia naturaleza del acto. En definitiva, aunque un acto adquiera la denominación de una norma de alcance general, de un acto reglamentario o de una decisión sin destinatario, en base al criterio general sistematizado en el asunto Plaumann, aquél puede constituir un acto que afecta a determinadas personas físicas y jurídicas de manera tan directa e individual como a un destinatario[79]. Además, es jurisprudencia reiterada que el alcance general de una disposición no excluye que ésta pueda afectar directa e individualmente a algunos operadores económicos[80]. Frente a la doctrina Plaumann, el TJUE ha admitido otros criterios para delimitar la afectación individual: a) criterio de identificación, cuando el acto mencionada por su nombre a las personas afectadas; b) criterio del expediente preparatorio, cuando las personas afectadas aparecen en el expediente preparatorio o pueden ser identificadas fácilmente con su ayuda (por ejemplo, los reglamentos que recogen derecho antidumping); o, c) criterio del círcula cerrado, cuando las personas afectadas eran conocidas individualmente debido a ciertas cualidades que les eran propias[81].

d) Nuevo concepto de afectación individual en el asunto Jégo-Quéré

La interpretación tradicional del concepto de persona individualmente afectada establecida en el asunto Plaumann fue modificada en el asunto Jégo-Quéré. Esta sentencia, anulada por el propio Tribunal de Justicia[82], aseguraba que la interpretación de la doctrina Plaumann vulneraba el derecho a la tutela judicial efectiva e, incluso, era

78. Sobre esta cuestión ha discutido el Abogado General Sr. Karl Roemer en sus Conclusiones de 28 de mayo de 1963: "[...] en relación con la legitimación activa de los particulares, se atiende en primer lugar a la distinción entre Decisión y Reglamento, exceptuando este último de dicha legitimación activa, hay suficientes motivos para permitir examinar la verdadera naturaleza jurídica de un acto y admitir el recurso cuando el mismo sólo tenga la apariencia externa de un Reglamento y no el contenido de fondo. Pero retomar esta misma idea para aplicarla a los destinatarios de las Decisiones, es decir, de un grupo de actos jurídicos que comprenden actos individuales indiscutibles, sería suponer que los autores del Tratado quisieron limitar la legitimación activa excesivamente. Según esta interpretación, únicamente tendría derecho a interponer recurso el destinatario de un acto administrativo, y toda persona no destinataria debería demostrar que el acto la afecta realmente mientras que el destinatario de hecho no debería considerarse más que como destinatario aparente". Vid. Conclusiones del Abogado General Sr. Karl Roemer de 28 de mayo de 1963, asunto 25-62, Plaumann & Co. contra Comisión de la Comunidad Económica Europea, ECLI:EU:C:1963:7
79. Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de mayo de 1978, asunto 112/77, Gesellschaft mbH in Firma August Töpfer & Co., ECLI:EU:C:1978:94, apartado 9
80. Sentencia de 10 de abril de 2003, asunto C-142/00, Comisión/Nederlandse Antillen, ECLI:EU:C:2003:217, apartado 64
81 ARZOZ SANTISTEBAN, X.; El control de la validez (...), opus cit., págs. 171 y 172
82. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 1 de abril de 2004, asunto C-263/02, Jégo-Quéré, ECLI:EU:C:2004:210

contrario al tenor literal del art. 263 TFUE. De esta manera, entendió que una persona física o jurídica quedaba "individualmente afectada por una disposición comunitaria de alcance general que le afecta directamente si la disposición de que se trata afecta de manera cierta y actual a su situación jurídica restringiendo sus derechos o imponiéndole obligaciones". Y añadió que el número y la situación de otras personas igualmente afectadas por la disposición o que podía serlo no era, a este respecto, consideraciones pertinentes[83]. De esta manera, el requisito de afectación individual debía interpretarse "a la luz del principio de tutela judicial efectiva y teniendo en cuenta las distintas circunstancias que pueden individualizar a un demandante''.

En suma, anulada la sentencia Jégo-Quéré, la naturaleza de los actos reglamentarios sigue siendo controvertida. En cuenta a la posibilidad de atacar validez de los reglamentos, se debe destacar la sentencia Codorníu: "[...] si bien con arreglo a los criterios del párrafo segundo del artículo 173 del Tratado, una disposición reglamentaria [...], por su naturaleza y alcance, tiene carácter normativo por cuanto que se aplica a la generalidad de los operadores económicos interesados, no se excluye que pueda afectar individualmente a determinados operadores económicos". De esta forma, si una empresa se encuentra en una situación que la caracteriza en relación con la disposición reglamentaria frente a cualquier otro operador económico se entiende que está afectada individualmente[84].

En suma, es crucial diferenciar entre actos reglamentarios que afectan directamente a los afectados y no incluyen medidas de ejecución y los reglamentos que les afectan directa e individualmente. Ambos pueden ser objeto del recurso de anulación.

e) Los actos reglamentarios y las medidas ejecutivas

La introducción de esta nueva disposición en el TFUE, que se remonta al proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa, tiene como objetivo evitar que los particulares se vean obligados a quebrantar el DUE para tener acceso al juez y así impugnar la validez del acto en cuestión-ya que, con anterioridad a la reforma, sólo podía impugnar estos actos invocando la ilegalidad de los mismos en los

83. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 1 de abril de 2004, Asunto C-263/02 P, Jégo-Quéré & Cie SA, ECLI:EU:C:2004:210, apartado 51
84. Sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de mayo de 1994, asunto C-309/89, Codorníu SA, ECLI:EU:C:1994:197, apartados 19 y 20

procedimientos abiertos contra ellos ante los tribunales nacionales-. En palabras del Tribunal de Justicia, cuando un acto reglamentario producía directamente efectos en la situación jurídica de una persona física o jurídica sin requerir medidas de ejecución, existía el riesgo de que dicha persona se viera desprovista de tutela judicial efectiva si no dispusiera de una vía de recurso directo ante el juez de la Unión para impugnar la legalidad de ese acto reglamentario[85].

El concepto de acto reglamentario no está definido por el TFUE, pero es evidente que se refiere a un acto de alcance general (aunque no cualquier acto de alcance general). Frente a las tres categorías de actos que el particular puede impugnar (actos de los que sean destinatarios, actos que les afecten directa e individualmente y actos reglamentarios que les afectan directamente y no incluyan medidas de ejecución), el párrafo primero del art. 263 TFUE diferencia dos tipos de actos que están sujetos a control de legalidad: a) actos legislativos; y, b) demás actos vinculantes, destinados a producir efectos jurídicos frente a terceros, que pueden ser (i) actos individuales; o, (ii) actos de alcance general. Así, el concepto de acto reglamentario se interpreta por el TJUE en el sentido de que se refiere a cualquier acto de alcance general con excepción de los actos legislativos. La distinción entre actos reglamentarios y legislativos radica en el procedimiento seguido para su adopción. De esta forma, los particulares pueden interponer un recurso de anulación contra los actos de los que sea destinatario, contra los actos de alcance general, legislativos o reglamentarios, que la afecten directa e individualmente y contra ciertos actos de alcance general, a saber, los actos reglamentarios que la afecten directamente y que no incluyan medidas de ejecución[86].

En segundo lugar, el art. 263 TFUE, párrafo cuarto, in fine, en relación con las medidas de ejecución, tiene la finalidad de evitar la desprotección de los particulares. Pues, cuando una persona física o jurídica no puede impugnar un determinado acto de alcance general, siempre podrá atacar la concreta medida de ejecución que el acto lleva implícita mediante el recurso de anulación o planteado una cuestión prejudicial, según a quién corresponde la competencia sobre la aplicación de tales actos[87].

85. Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 19 de diciembre de 2013, asunto C-274/12 P, Telefónica/Comisión, EU:C:2013:852, apartado 27
86. Auto del Tribunal General (Sala Séptima ampliada) de 6 de septiembre de 2011, asunto T-18/10, Inuit Tapiriit Kanatami, ECLI:EU:T:2011:419, Apartados 39, 42, 43, 45, 49, 50, 51 y 56
87. Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 19 de diciembre de 2013, asunto C-274/12 P, Telefónica/Comisión, EU:C:2013:852, apartado 28

En todo caso, el concepto de medidas de ejecución todavía no ha sido determinado por la jurisprudencia. Según el Tribunal de Luxemburgo, es necesario considerar la posición de la persona que invoca el derecho a plantear el recurso de anulación para determinar si el acto reglamentario incluye tales medidas de ejecución[88].

Partiendo de la finalidad de la disposición examinada-evitar el quebrantamiento en primer lugar del Derecho para poder acceder posteriormente a la justicia-, una parte de la doctrina entiende que el concepto de medidas de ejecución debe interpretarse en el sentido de que el acto en cuestión produce efectos directamente frente a los particulares sin que sean necesarias medidas de ejecución. Asegura la Abogada general Sra. Jualiane Kokott, en el asunto Telefónica/comisión, que tomar como criterio determinante la necesidad de medidas de ejecución cumple con el sentido y la finalidad de la legitimación activa: únicamente es necesaria una tutela judicial inmediata cuando el propio acto reglamentario produce efectos jurídicos exhaustivos para el particular[89].

En conclusión, la actual configuración del art. 263 TFUE busca que los particulares puedan ejercer una acción contra actos de alcance general que no sean actos legislativos, que les afecten directamente y que no incluyan medidas de ejecución, evitando así casos en los que los afectados tendrían que infringir la ley para tener acceso a un juez. Y, en caso de que tales actos incluyen medidas de ejecución, se pretende que las personas físicas y jurídicas puedan impugnar tales medidas nacionales de ejecución, planteando su invalidez ante los tribunales nacionales en virtud de lo dispuesto en el art. 267 TFUE (cuestión prejudicial).

88. Sentencia del Tribunal de Justicia (sala primera) de 27 de febrero de 2014, asunto C-132/12 p, Stichting Woonpunt y otros/ Comisión, ECLI:EU:C:2014:100, apartado 50
89. Conclusiones de la Abogada General Sra. Jualiane Kokott presentadas el 21 de marzo de 2013, asunto C-274/12 P, Telefónica/ Comisión, ECLI:EU:C:2013:204, apartado 41

2.3.5. Recurso por omisión

Por otro lado, frente a la inactividad de las instituciones europeas los particulares también pueden interponer un recurso por omisión (art. 265 TFUE), previo requerimiento a las instituciones violadores para que actúen. Al igual que en el recurso de anulación, cabe reclamar responsabilidad extracontractual de la Unión por daños, independientemente de la obligación de adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia (art. 266 TFUE).

En cuanto a la legitimación activa de los particulares, y al igual que en el recurso de anulación, se distingue entre demandantes privilegios y no privilegiados u ordinarios. De esta forma, los particulares sólo podrán interponer un recurso de omisión en relación con actos jurídicos vinculantes de los que sea el destinatario o que, de forma análoga a lo que ocurre con el recurso de anulación, le afecten de forma directa e individualizada[90].

90. MONTESINOS PADILLA, C.; La Tutela Multinivel de los Derechos, (...) opus cit., pág. 295

3. Conclusiones

El papel del profesional de la abogacía en el marco comunitario garantiza el cumplimiento del contenido de la CDFUE y permite avanzar en la consolidación de la Unión como una Comunidad de Derecho. En otras palabras, la Abogacía es una pieza esencial en el funcionamiento de la justicia europea y en la satisfacción del derecho fundamental a obtener tutela judicial efectiva. No se puede perder de vista que únicamente los abogados pueden representar y asistir a los particulares ante el órgano judicial supremo de la Unión y, de esta forma, contribuyen activamente a modificar las principales vías de protección de los particulares.

En el marco del sistema de procedimientos y recursos regulado en el TFUE, los principales instrumentos de protección de los particulares han sido los siguientes: a) la impugnación directa en virtud del recurso de anulación (art. 263 TFUE) y omisión (art. 265 TFUE); y, sobre todo, b) la impugnación indirecta a través de la cuestión preliminar sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión. Por su parte, la reclamación de responsabilidad extracontractual ha servido para resarcir los daños causados por las violaciones del DUE.

El recurso de anulación destaca por ser un mecanismo de protección de los derechos fundamentales y de control de validez de los actos de la Unión Europea. El art. 263 TFUE permite a las personas físicas y jurídicas atacar actos de alcance individual y de alcance general, como un reglamento, que se refieran directamente a esa persona y que la afecten debido a ciertas cualidades que le son propias o a una situación de hecho que la caracteriza en relación con cualesquiera otras personas y, por ello, la individualiza de manera análoga a la de un destinatario de una decisión. Sin embargo, la restringida legitimación activa de estos demandantes no privilegiados excluye de este control determinadas normas de alcance general. En cambio, la cuestión prejudicial ha constituido el medio de impugnación indirecto que ha permitido a los particulares, conjuntamente con la responsabilidad patrimonial, llegar efectivamente hasta el TJUE y, por consiguiente, tiene una clara relación con los derechos de tutela judicial efectiva regulados en el art. 47 CDFUE y 24 CE.

En suma, la garantía jurisdiccional se configura así como uno de los aspectos prácticos del ejercicio profesional de la abogacía que marcan el presente y el futuro del ordenamiento jurídico comunitario. Por ello, para eludir cualquier posible laguna en la reducida legitimación del particular para controlar de forma directa la legalidad de los actos europeos y evitar que los ciudadanos se vean obligados a incumplir los reglamentos para lograr la impugnación de su validez, es necesario articular un instrumento, a nivel comunitario o nacional, que proteja el derecho a un proceso con todas las garantías, así como en los supuestos en los que los órganos jurisdiccionales nacionales de última instancia se niegan a plantear decisiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia.

Bibliografía

ARZOZ SANTISTEBAN, X.; "El control de la validez de los actos de las instituciones de la UE"; Instituciones y Derecho de la Unión Europea. Volumen II (Dir. LÓPEZ CASTILLO, A.), Tirant lo Blanch, 3ª Edición 2020, págs. 155 a 204.

BACIGALUPO SAGGESE, M.; FUENTETAJA PASTOR, J.; La garantía judicial del Derecho de la Unión; "Derecho de la Unión Europea" (Dir. CELMA ALONSO, C.), Tirant Lo Blanch, 1ª Edición, 2018, págs. 241 a 280.

CIENFUEGOS MATEO, M.; "La legitimación procesal de las comunidades autónomas ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea tras la reforma de Lisboa"; Revista Aranzadi Unión Europea num. 6/2011 parte Crónica; Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2011.

CORTÉS MARTÍN, J., «Afectación individual (230.4 CE): ¿un obstáculo infranqueable para la admisibilidad del recurso de anulación de los particulares», Revista de Derecho Comunitario Europeo, núm. 16, 2003, pgs. 1119-1159;

FUENTETAJA PASTOR, J., CELMA ALONSO, P.; "El Tribunal de Justicia de la Unión Europea", Derecho de la Unión Europea (Dir. CELMA ALONSO, P.), tirant lo blanch, 1a edición, Valencia, 2019, págs. 155-169.

IZQUIERDO SANS, C.; Cuestión prejudicial y artículo 24 de la Constitución española, Revista general de derecho europeo, núm. 23, 2011.

LÓPEZ GARRIDO, D.; El control jurisdiccional del Derecho Europeo; "Lecciones de Derecho Constitucional de España y de la Unión Europea Volumen I", Tirant lo Blanch, 1ª edición, 2018, págs. 417 a 431.

MARCOS MARTÍN, T.; "El Tribunal de Justicia de la Unión Europea", Instituciones de derecho de la Unión Europea volumen I Instituciones de la UE (Dir. LÓPEZ CASTILLO, A.), Tirant Lo Blanch, 1ª edición, Valencia, 2015, págs. 171-185.

MONTESINOS PADILLA, C.; La Tutela Multinivel de los Derechos Desde una Perspectiva Jurídico Procesal, Tirant lo Blanch, 1ª Edición, 2017.

MONTESINOS PADILLA, C.; QUERALT JIMÉNEZ, A.; Protección jurisdiccional de los derechos Sistemas español, universal, regional europeo y supranacional.

ORTEGA GÓMEZ, M., El acceso de los particulares a la justicia comunitaria, Ariel, Barcelona, 1999; SÁNCHEZ LEGIDO, A., La tutela judicial del particular frente a la actividad normativa comunitaria. El acceso del individuo al control jurisdiccional de los Reglamentos comunitarios, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Castilla La Mancha, Cuenca, 1994.

ORTEGA, M.; El acceso de los particulares a la justicia comunitaria, Ariel Practicum, 1ª Edición, 1999.

STOFFEL VALLOTTON, N.; La garantía judicial del Derecho de la Unión; "Instituciones de la Unión Europea" (Dir. ESCOBAR HERNÁNDEZ, C.), Tirant Lo Blanch, 3ª Edición, 2020, págs. 275 a 292.

FUNDACIÓN
Mutualidad