FUNDACIÓN
Mutualidad

Memoria Premios
Excelencia
Cátedra Fundación Mutualidad

Un recorrido por los
grandes retos de la abogacía
entre 2012 y 2022

Prólogo

Este libro es el resultado de ocho ediciones de Premios a la Excelencia de la Cátedra Fundación Mutualidad Abogacía, con los que se propone apoyar, incentivar, reconocer y distinguir el esfuerzo y dedicación de los graduados en derecho que, en su preparación específica para el ejercicio de la profesión de abogado, han demostrado un remarcable rendimiento académico.

En esta obra podrás leer los doce trabajos galardonados con el primer premio en las ocho ediciones que llevamos, y que abordan temas relacionados con aspectos prácticos del ejercicio profesional de la abogacía, con un enfoque original y novedoso.

El camino andado desde los inicios de la Cátedra Fundación Mutualidad Abogacía en 2011 nos ha producido muchas satisfacciones por todo lo vivido, compartido y elaborado. Prueba de ello es esta obra, no sólo pertinente sino también necesaria para los estudiantes de Grado en Derecho y del Master de Acceso a la Abogacía, por la importancia de los temas tratados en la misma; muchos de ellos resolviendo dudas que se nos plantean con la transformación digital que está viviendo la sociedad en general y, por supuesto, el sector del mundo del derecho en particular. En definitiva queremos homenajear a estos doce abogados cuya implicación con su profesión les ha llevado a ser merecedores de nuestro reconocimiento y autores de la obra que tienes en tus manos.

Trabajos galardonados

I Edición. 2012

La responsabilidad civil del abogado por incumplimiento de las normas deontológicas 05
Gemma Puig García

Persecución del blanqueo de capitales: ¿y el secreto profesional de los abogados? 58
Leire Reyes Vea

II Edición. 2013

El abogado como garante del derecho de defensa a la luz de la directiva 2013/48/UE 100
Vicent Josep Sorrentí Costa

El dominio de las emociones: clave del éxito profesional del abogado 153
Elisabet Mallofré Gibert

III Edición. 2014

La Abogacía ante la Era Digital: Retos Jurídicos y Deontológicos. Un Cambio de Paradigma 198
Belén Burgos Garrido

IV Edición. 2015

El derecho al honor en Internet: Análisis dogmático y jurisprudencial 297
Mario Bonacho Caballero

V Edición. 2016

El abogado ante las correcciones disciplinarias de los tribunales de justicia 380
Miquel Pons-Portella

VI Edición. 2017

Tendencias de uso de la inteligencia artificial en el sector de la Abogacía 454
Patricia Mendilibar Navarro

Persecución del blanqueo de capitales: ¿y el secreto profesional de los abogados? 505
Ainhoa Barrutia Urruticoechea

VII Edición. 2018

La disrupción en el modelo de negocio de la abogacía: perspectivas y oportunidades para los jóvenes abogados 575
Jaime Sardina Tortosa

Los nuevos modelos de prestación de servicios legales y sus implicaciones para la práctica de la abogacía 632
Juan Albero Valdés

VIII Edición. 2020

La protección de los derechos fundamentales en el siglo XXI: El abogado y la inteligencia artificial 699
Catalina Hierro Hernández-Mora

IX Edición. 2021

DAC 6 vs secreto profesional de los abogados 782
Ignacio González del Yerro Velo de Antelo

El secreto profesional del abogado frente a la DAC 6
Gonzalo Isidoro Cobo Sanz 841

X Edición. 2022

La defensa letrada de las garantías procesales cuando interviene traductor o intérprete de lengua extranjera 907
Blanca Mazzini Parejo

FUNDACIÓN Mutualidad

La responsabilidad civil del abogado por incumplimiento de las normas deontológicas

Gemma
Puig
García

Gemma Puig Garcia
Escuela de Práctica Jurídica del Ilustre
Colegio de Abogados de Sabadell

PRIMER PREMIO EX AEQUO
I Premios a la Excelencia de la Cátedra
Fundación Mutualidad Abogacía

2012

Índice

Introducción 8
1. La responsabilidad de los abogados 10
2. La responsabilidad civil de los abogados 13
2.1. Responsabilidad civil contractual y extracontractual 13
2.2. Requisitos 15
3. Relación contractual entre abogado y cliente 16
4. Deberes y obligaciones de los abogados 19
4.1. Marco normativo de los deberes y obligaciones 21
4.2. Deberes y obligaciones 23
4.3. Canon de diligencia exigible a los abogados 27
5- Casuística 29
5.1. Existencia de responsabilidad civil del abogado 30
5.2. Inexistencia de responsabilidad civil del abogado 37
6. El daño y la indemnización 41
6.1. La calificación del daño y su valoración 43
6.2. El "quantum" indemnizatorio 44
7. La relación de causalidad 46
8. La resolución del contrato por incumplimiento 48
Conclusiones 50
Normativa aplicada 53
Relación de sentencias citadas 54

Introducción

En una sociedad constituida en base a un Estado de Derecho, que proclama como uno de los valores fundamentales el acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva[1], los abogados, como conocedores de leyes, de la técnica jurídica, y con una importante función social, devienen imprescindibles colaboradores activos.

Por ello, atendida la entidad de los intereses que les son confiados, es indiscutible la responsabilidad que recae sobre los mismos. De ahí, la necesidad de una excelente preparación y la adquisición de unos conocimientos mínimos de la profesión para garantizar un servicio eficiente y ofrecer un adecuado nivel profesional.

Sin embargo, por el momento, la realidad ha sido muy distinta, pues hasta la entrada en vigor de la Ley 34/2006, de acceso a las profesiones de Abogado y Procurador de los Tribunales, no se ha exigido una preparación mínima antes de ejercer, más allá de la formación universitaria. Así que, hasta entonces, el Licenciado en Derecho colegiado en un Colegio de Abogados ha podido, y puede, ejercer sin ningún otro requisito añadido.

De este modo, si partimos del hecho de que en la Licenciatura de Derecho no se proporciona ni una mínima aproximación a la profesión concreta del abogado, ni a las normas deontológicas que los vinculan

1. 1 Artículo 24.1 de la Constitución Española.

en el ejercicio de la profesión, es posible que ésta haya sido la causa de que algunos de los Licenciados en Derecho hayamos tenido la necesidad de inscribirnos, voluntariamente, a las Escuelas de Práctica Jurídica que ofrecen una formación especializada, en las que sí se proporcionan conocimientos mínimos, práctica y mecanismos de actuación, necesarios para ejercer la profesión con responsabilidad y con unas mínimas garantías.

Por lo tanto, al haber sido voluntaria esta formación específica, muchos de los abogados en ejercicio desconocen la existencia y/o el contenido de una normativa profesional de obligado cumplimiento. Consecuentemente, ésta puede haber sido una de las causas de las cada vez más frecuentes reclamaciones judiciales por daños derivados de una negligente *praxis* profesional, unido, posiblemente, a la creciente necesidad de la sociedad de buscar a quién demandar y exigir la reparación de los daños padecidos.

Los alumnos de las Escuelas de Práctica Jurídica, y los abogados que hayan tenido interés en ellas, conocemos el contenido y alcance de las normas deontológicas y sabemos, también, que el incumplimiento de las mismas puede comportar tres tipos de responsabilidades (civil, penal y disciplinaria). Si bien las dos últimas están tipificadas tanto en normas corporativas como en el Código Penal, la responsabilidad civil no está tan regulada y presenta más dudas.

Por esta razón, el objetivo del presente trabajo es realizar un examen sistemático sobre la responsabilidad civil de los abogados frente a sus clientes por el incumplimiento de las normas deontológicas, a partir de las principales y recientes sentencias de los tribunales españoles recaídas sobre esta materia, para determinar cuáles son los parámetros de la responsabilidad civil en estos casos, cuál es la naturaleza jurídica de la relación entre abogado y cliente, cuáles son los deberes y obligaciones mínimas y el grado de diligencia exigible a estos profesionales, en qué casos se ha declarado la existencia o inexistencia de culpa o negligencia de los abogados y, consecuentemente, cuál es el alcance del daño y el "quantum" indemnizatorio que se les puede reclamar. Además, finalmente, se analizará la posibilidad de resolver el contrato si el abogado ha incumplido sus obligaciones.

01 La responsabilidad de los abogados

En virtud del artículo 546.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ), los abogados y procuradores, en el ejercicio de su profesión, están sujetos a responsabilidad civil, penal y disciplinaria, según proceda.

Aunque el objeto del estudio es abordar la responsabilidad civil, merece la pena hacer una breve mención a las otras dos posibles responsabilidades por guardar relación directa con las normas básicas para el correcto ejercicio de la abogacía.

En cuanto a las conductas de los abogados que pueden originar **responsabilidad penal**, la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, las tipifica en los arts. 463.2 (incomparecencia voluntaria para provocar la suspensión del juicio oral en proceso criminal), 465 (destrucción, inutilización u ocultación de documentos o actuaciones), 466 (revelación de actuaciones procesales declaradas secretas por la autoridad judicial) y 467 (sobre la protección de los intereses encomendados por el propio cliente, ante los intereses de otras personas involucradas en el mismo asunto).

La **responsabilidad disciplinaria** está regulada, de una parte, por los artículos 552 a 557 LOPJ y, según el artículo 546.3 LOPJ, compete declararla a los Colegios y Consejos conforme a sus estatutos. El 25.06.2004 el Pleno del Consejo General de la Abogacía aprobó el reglamento de

procedimiento disciplinario. Además, han sido aprobados otros textos y normas, como es el caso del Estatuto General de la Abogacía Española[2] (principal norma corporativa reguladora de la profesión), el cual prevé las normas básicas y deontológicas y la tipificación de las conductas susceptibles de ser sancionadas mediante el procedimiento disciplinario. Todo ello viene recogido en los arts. 1.2, 3.1, 4.1.h, 17.4, 21 y 80 a 93 EGAE. Otro ejemplo es la *Normativa de l'Advocacia Catalana*, texto regulador de la profesión en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Cataluña, el cual, además de prever y detallar muchos de los aspectos que afectan a la profesión, ofrece un amplio articulado sobre la responsabilidad disciplinaria (artículos 60 a 99).

En cuanto a la **responsabilidad civil**, el abogado quedará sujeto a la misma cuando, por dolo o negligencia, dañe los intereses que le han sido confiados y dicha responsabilidad será exigible conforme a la legislación ordinaria ante los Tribunales de Justicia (art. 78.2 EGAE).

Así pues, debemos acudir al Código Civil (en adelante CC), el cual prevé en el artículo 1101 la regulación para el caso de incumplimiento de obligaciones derivadas de un contrato, mientras que el artículo 1902 CC se refiere a la responsabilidad civil extracontractual. La distinción entre una y otra responsabilidad, en el caso de los abogados, será analizada en el siguiente apartado, así como los requisitos que deben concurrir para que sean apreciadas.

Además, según el art. 27.2 EGAE, aunque los pasantes y colaboradores de un despacho profesional individual quedan sometidos a las obligaciones deontológicas y asumen su propia responsabilidad disciplinaria, el abogado titular del despacho responderá frente al cliente de las actuaciones que efectúen los pasantes y colaboradores, sin perjuicio de repetir frente a ellos.

Y, ¿qué ocurre con los despachos colectivos? El art. 28.7 EGAE establece que la responsabilidad civil que pudiese tener el despacho colectivo será conforme al régimen jurídico general que corresponda a la forma de agrupación utilizada y que todos los abogados que hayan

2. Real Decreto 658/2001, de 22 de junio (BOE 10.07.2001), en adelante, EGAE.

intervenido en un asunto responderán frente al cliente de forma personal, solidaria e ilimitada.

La Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales, es la que regula esta cuestión y, de su artículo 11, se deduce que de las deudas de la sociedad responde ésta con todo su patrimonio y que de las deudas sociales que se deriven de los actos profesionales responderán solidariamente la sociedad y los profesionales, de modo que en caso de negligencia que cause un daño al cliente, éste se podrá dirigir indistintamente, para reclamar su indemnización, contra cualquiera de los sujetos que hayan actuado, sean socios o no, o contra el despacho colectivo en cuestión. Para ello, la ley obliga a estas sociedades a contratar un seguro para cubrir la responsabilidad en la que pueden incurrir en el ejercicio de sus actividades.

Finalmente, al respecto de las tres responsabilidades (penal, disciplinaria y civil) cabe señalar, en primer lugar, el deber de los abogados de identificarse ante la persona a la que asesoren o defiendan a fin de asumir las mismas cuando, en su caso, correspondan[3]. Y, en segundo lugar, el deber del abogado que reciba el encargo de promover actuaciones de cualquier clase contra otro, sobre responsabilidades relacionadas con el ejercicio profesional, de informar al Decano del Colegio para que pueda realizar una labor de mediación, si la considera oportuna, aun cuando el incumplimiento de dicho deber no puede ser sancionado disciplinariamente[4].

3. Arts. 42.3 EGAE y 13.2 Código Deontológico de la Abogacía Española.
4. Arts. 79.1 EGAE y 12.3 Código Deontológico de la Abogacía Española.

02 La responsabilidad civil de los abogados

2.1. Responsabilidad civil contractual y extracontractual

Debido a que nuestro ordenamiento jurídico distingue dos responsabilidades (contractual y extracontractual) es necesario determinar cuál de ellas entra en juego en los casos de reclamaciones judiciales de un cliente o defendido contra su abogado.

Del análisis de las resoluciones del Tribunal Supremo deriva que en estos casos estamos ante una responsabilidad contractual[5] ya que, por lo general, abogado y cliente se encuentran vinculados por un contrato (de hecho, el art. 42.1 EGAE menciona la existencia de una relación contractual entre abogado y cliente). Incluso se incluyen como obligaciones contractuales las accesorias de la principal[6], como el deber de fidelidad o de ejecución óptima de la obligación principal.

5. Entre otras, las recientes SSTS de 28.06.2012 (JUR\2012\311147); STS de 27.10.2011 (RJ\2011\7313); STS de 27.09.2011 (RJ\2011\7423); STS de 14.07.2010 (RJ\2010\6045) y, lejanas, como la STS de 28.01.1998 (RJ\1998\357).
6. Véase la STS 23.05.2006 (RJ\2006\5827).

La responsabilidad extracontractual queda reservada para casos en los que la conducta del abogado está fuera de la órbita contractual o por no intervenir en un contrato oneroso, sino por hacerlo en una relación de amistad o parentesco sin recibir contraprestación alguna[7].

De hecho, en algunos casos,[8] mientras que la parte actora ejercita la acción de reclamación contra su abogado en base a la responsabilidad extracontractual, el tribunal considera que es más preciso incluirla al ámbito contractual por entender que la actuación del abogado es constitutiva de un arrendamiento de servicios.

Además, algunas resoluciones añaden que la calificación que se le dé a dicha responsabilidad resulta irrelevante por el principio de unidad de culpa civil y por tener que aplicarse los mismos requisitos y principios a una y otra, siendo lo decisivo que concurran o no la presencia de un daño y la relación de causalidad entre éste y el comportamiento imprudente o negligente del abogado.

Así pues, tanto si la responsabilidad es contractual como extracontractual -distinción importante en relación al plazo de prescripción de la acción-,[9] según el contenido de los arts. 1101 y 1902 CC en ambas es necesaria la concurrencia de los mismos requisitos.

7. Véase la STS 23.02.2010 (RJ\2010\4341) y la STS 16.12.1996 (RJ\1996\8971).
8. Por ejemplo, SAP de Barcelona de 21.03.2012 (JUR\2012\144624) o SAP de Huesca de 04.12.1993 (AC\1993\2373).
9. De 1 año para la extracontractual (art. 1968.2 CC) y 15 años para la contractual (art. 1964 CC). En Cataluña es de 3 años para la extracontractual (art. 121-21 Codi Civil de Catalunya) y de 10 años para la contractual (art. 121-20 Codi Civil de Catalunya).

2.2. Requisitos

Para que sea exigible la responsabilidad civil al abogado, la jurisprudencia[10] exige la concurrencia de los siguientes requisitos (en relación con los arts. 1101 y 1104 CC), los cuales serán analizados a lo largo del trabajo a partir de resoluciones y criterios judiciales.

- La existencia de una previa **relación contractual** entre abogado y cliente, de la que nacen determinadas obligaciones.
- Una **acción u omisión** del abogado vinculada con el incumplimiento de sus deberes y obligaciones profesionales y contractuales. Es decir, que el abogado incurra en negligencia o falta de diligencia conforme a los deberes que le son exigibles.
- Un **daño o perjuicio efectivo** producido por la negligencia del abogado en su acción u omisión anterior. Este daño puede ser patrimonial o moral, según corresponda.
- Un **nexo causal** eficiente entre la conducta del abogado y el daño o perjuicio producido y padecido.

Según la jurisprudencia se está en la esfera de una responsabilidad subjetiva de carácter contractual, donde no opera la inversión de la **carga de la prueba**, de modo que es el actor o demandante del daño, es decir, el cliente, quien tiene que probar la concurrencia de los presupuestos de la responsabilidad civil del abogado, el cual, *ab initio*, goza de presunción de diligencia en su actuación[11].

10. Véanse las SSTS de 23.02.2010 (RJ\2010\4341), de 14.07.2010 (RJ\2010\6045), de 22.10.2008 (RJ\2008\5787), de 15.02.2008 (RJ\2008\2670), de 30.07.2007 (RJ\2007\4962), etc.
11. En este sentido las SSTS de 27.10.2011 (RJ\2011\7313), de 23.03.2007 (RJ\2007\1542), de 14.07.2005 (RJ\2005\6701)de 12.12.2003 (RJ\2003\9285), de 30.12.2002 (RJ\2003\333), de 23.05.2001 (RJ\2001\3372).

03 Relación contractual entre abogado y cliente

La determinación de la naturaleza jurídica de la relación contractual entre el abogado y su cliente no presenta demasiada controversia, pues, la doctrina jurisprudencial más reciente sobre la materia aún nos remite, constantemente, a la interpretación efectuada sobre esta cuestión por la STS de 28.01.1998 (RJ\1998\357).

En función del objeto de la obligación encomendada al abogado, nos encontramos ante una tipología diferente de contrato (de arrendamiento de servicios, de mandato o de obra). Estas distinciones son importantes porque de ello dependerá el tipo de diligencia y obligaciones exigibles al abogado.

Por regla general se entiende que la relación contractual existente ente abogado y cliente se desenvuelve en el marco de un **contrato de arrendamiento de servicios,**[12] tanto si estos se solicitan en el ámbito judicial como en el extrajudicial, definido en el art. 1544 del CC como aquél en el que *"una de las partes se obliga a ejecutar una obra o a prestar a la otra un servicio por precio cierto"*. Sin embargo, al respecto de esta cuestión, reciente jurisprudencia afirma que *"La relación contractual existente entre abogado y cliente se desenvuelve normalmente en el marco de un contrato de*

12. SSTS de 27.10.2011 (RJ\2011\7313), de 18.07.2008 (RJ\2008\4720), de 23.05.2006 (RJ\2006\5827), de 14.07.2005 (RJ\2005\6701), de 28.01.1998 (RJ\1998\357), de 04.02.1992 (RJ\1992\819), entre muchas otras.

gestión que la jurisprudencia construye, de modo no totalmente satisfactorio, con elementos tomados del arrendamiento de servicios y del mandato"[13].

De este modo, incumbe al abogado la prestación de los servicios encomendados por el cliente a cambio de un precio y dicha prestación es entendida por la jurisprudencia como una relación personal "*intuitu personae*" que incluye el deber de cumplirlos y de cumplir el deber de fidelidad derivado del artículo 1258 del CC. A la vez, impone al abogado un deber de ejecución óptima del servicio contratado que presume la adecuada preparación técnica y el cumplimiento conforme a la diligencia propia de los cánones de la Abogacía. De ello se desprende que si el servicio no se ejecuta o se hace incorrectamente, existe un incumplimiento total o un cumplimiento defectuoso de la obligación que correspondía al abogado.[14]

Asimismo, el deber de defensa del abogado queda sometido a una **obligación de medios y no de resultado**, en el sentido de que no se le puede exigir una resolución favorable a las pretensiones instadas o a la oposición formulada contra las alegadas por la adversa, es decir, no se le exige un resultado, sino un comportamiento diligente. Por lo tanto, el incumplimiento de su obligación se producirá si desarrolla su actividad sin la diligencia requerida por la "*lex artis*."[15]

Ello es así porque los abogados no pueden responder de la actuación de un tercero, el órgano judicial, el cual puede o no compartir la tesis y argumentaciones vertidas por los profesionales, quienes deberán hacerlas de acuerdo con el conocimiento de la legislación y de la jurisprudencia y su aplicación con criterios de razonabilidad si hubiese interpretaciones no unívocas.[16] Además, si se exigiera al abogado el éxito

13. STS de 28.06.2012 (JUR\2012\311147).
14. SSTS de 14.07.2010 (RJ\2010\6045), de 31.03.2010 (RJ\2010\4353), de 22.10.2008 (RJ\2008\5787), de 28.01.1998 (RJ\1998\357), entre otras.
15. En este sentido, las SSTS de 28.06.2012 (JUR\2012\311147), de 27.09.2011 (RJ\2011\7423), de 14.07.2010 (RJ\2010\6045), de 31.03.2010 (RJ\2010\4353), de 15.02.2008 (RJ\2008\2670), de 26.02.2007 (RJ\2007\2115), de 30.03.2006 (RJ\2006\2129), de 14.07.2005 (RJ\2005\6701), entre otras.
16. SSTS de 26.02.2007 (RJ\2007\2115), de 12.12.2003 (RJ\2003\9285), de 03.10.1998 (RJ\1998\8587).

judicial, por lo general tendría que responder siempre uno de los letrados intervinientes en cada asunto.

Sin embargo, en los supuestos en los que el cliente encargue determinadas actuaciones extrajudiciales al abogado, como la emisión de dictámenes jurídicos, informes o la redacción de algunos documentos, nos encontramos ante un **contrato de obra** (arts. 1588 a 1603 CC)[17] y, en estos casos, el abogado sí queda sometido a una obligación de resultado, pues la conclusión del trabajo dependerá únicamente de su voluntad. De esta forma, aquí sí que es necesaria la satisfacción plena del interés del cliente y sólo existirá el cumplimiento si se produce el resultado.

Sin embargo, estas distinciones no afectan al régimen de la responsabilidad civil, pues lo necesario es que exista una relación jurídica entre abogado y cliente, independientemente de la clase que sea. En ocasiones, incluso, la controversia entre la presencia o no de una relación contractual ha sido resuelta mediante un conjunto de inferencias lógicas a partir de la valoración de diversos elementos probatorios e indicios de los que resulta la existencia de una relación contractual, por lo que para negar la validez de la relación no es suficiente el hecho de que no se prueben directamente todos los elementos que integran el contrato.

17. Véase la STS de 30.07.2007 (RJ\2007\4962).

04 Deberes y obligaciones de los abogados

El deber principal de los abogados, en el asesoramiento y defensa de sus clientes, es el de aplicar la ***lex artis***, entendida ésta como las reglas técnicas de la abogacía, comúnmente admitidas y adaptadas a las particulares circunstancias del caso.[18] Ello les será exigible tanto si han asumido una obligación de medios como de resultado, pues en ambas quedan obligados a emplear todos los medios necesarios y disponibles, que se les pueden requerir a los profesionales capacitados para alcanzar el objetivo buscado por sus clientes.

La *lex artis* se convierte, de este modo, en un modelo de comportamiento para los abogados, de manera que se acudirá a la misma para verificar si la obligación fue o no debidamente cumplida y el abogado quedará liberado de su deber si ha respetado los dictámenes ordinarios de la profesión. Así pues, es su obligación emplear todos los conocimientos, cautela y empeño necesarios para la defensa de los derechos de su cliente, de lo que nace un particular **deber de diligencia**.

Estos profesionales deben observar los cánones deontológicos y morales que envuelven el ejercicio de la abogacía, pues el cumplimiento de los mismos no es una opción, sino que configuran verdaderas normas

18. SSTS de 28.06.2012 (JUR\2012\311147), de 27.09.2011 (RJ\2011\7423), de 14.07.2010 (RJ\2010\6045), de 27.05.2010 (RJ\2010\5160), de 23.02.2010 (RJ\2010\4341), de 14.05.2008 (RJ\2008\3077), 23.07.2008 (RJ\2008\7063), etc.

impositivas de conducta que se infieren de los instrumentos normativos que forman una síntesis de las obligaciones que inciden sobre el abogado, y que de no respetarse, originan responsabilidad profesional[19].

19. STS 30.03.2006 (RJ\2006\2129) y STS de 25.03.1998 (RJ\1998\1651).

4.1. Marco normativo de los deberes y obligaciones

Para concretar las obligaciones y deberes del abogado en el ejercicio de su profesión debemos acudir a la **LOPJ** (arts. 542 a 546) y a las normas del **Código Civil** que regulan las obligaciones y contratos (arts. 1088 y ss), el contrato de arrendamiento de servicios (arts. 1544), el de mandato (arts. 1709 y ss) y el de obra (arts. 1588 y ss).

Además, la jurisprudencia toma como soporte de dichas normas aquellas que regulan la profesión de los abogados (aunque tengan rango reglamentario)[20] como son las previstas en el **Estatuto General de la Abogacía Española (EGAE)**.

Por su parte, el **Código Deontológico de la Abogacía Española (CDAE)** (aprobado por el Pleno del Consejo General de la Abogacía Española de 30 de junio de 2000), recoge las normas deontológicas básicas para el ejercicio de la profesión, dejando su desarrollo y adecuación en manos de los Consejos Autonómicos y de los Ilustres Colegios de Abogados. De ahí la aprobación de la ***Normativa de l'Advocacia Catalana* (NAC)**, de 24.03.2009, ya mencionada.

El **Código de Deontología de los Abogados en la Unión Europea (CDAEUE)** (adoptado en la Sesión Plenaria del CCBE de 28.10.1988 y modificado en las Sesiones Plenarias de 28.11.1998, 6.12.2002 y 19.05.2006), establece unas normas de actuación en el ejercicio profesional transfronterizo y otras que representan las garantías mínimas exigibles para posibilitar el efectivo derecho de defensa.

20. Así, la STS 04.02.1992 (RJ\1992\819) declaró que "Cabe estimar correctamente invocados los preceptos del Estatuto de la Abogacía, pues aunque es reiteradísima la jurisprudencia de esta Sala según la cual no pueden servir de apoyo a la casación por el núm. 5.o del art. 1692 los preceptos reglamentarios, también **es constante el criterio de admitirlos cuando, como en este caso, tienen el soporte legal del contrato de arrendamiento de servicios al cual se puede asimilar la actividad profesional**, y el soporte del art. 1902 del Código Civil cuando la actuación profesional fuera de los límites contractuales produzca daños."

Los abogados quedan sometidos a la normativa legal y estatutaria y al cumplimiento de las normas y usos de la deontología profesional de la abogacía.[21] Asimismo, si actúan profesionalmente en el territorio de un Colegio distinto al suyo, quedan sujetos a las normas de actuación, deontología y régimen disciplinario del mismo.[22]

21. Arts. 1.2 y 31.a EGAE y art. 1 CDAE.
22. Art. 17.4 EGAE, art. 1.2 CDAE, art. 2.4 CDAUE.

4.2. Deberes y obligaciones

Son obligaciones del abogado para con la parte por él defendida, además de las derivadas de la relación contractual que entre ellos existe, el cumplimiento de la misión de defensa que le sea encomendada con el **máximo celo, diligencia, guardando el secreto profesional** y atendiéndose a las exigencias **técnicas, deontológicas y éticas** adecuadas a la tutela jurídica de cada caso.[23] Unidas a estos deberes y obligaciones, están los siguientes, las cuales deben ser cumplidos tanto por los abogados particulares como por aquellos que sean designados por el turno de oficio:[24]

- Los abogados deben actuar con **libertad e independencia**[25] en el asesoramiento y la defensa de los intereses de sus clientes, hasta el punto de poder rechazar las instrucciones que, en contra de sus criterios profesionales pretendan imponerle su cliente, compañeros de despacho, otros profesionales, etc. Dicha libertad queda limitada por la prohibición de defraudar para eludir las leyes y a utilizar medios ilícitos, injustos, o que tiendan como fin exclusivo a dilatar injustificadamente los pleitos y por las normas éticas y deontológicas. Además, esta independencia genera determinadas incompatibilidades para ejercer la abogacía.[26]
- Tienen plena libertad para aceptar o rechazar un asunto, sin tener que justificar su decisión y podrán y deberán abstenerse o cesar en la intervención si surgen discrepancias con el cliente si éstas pueden afectar a su plena libertad e independencia.[27]

23. Art. 42 EGAE.
24. Arts. 45 y 46 EGAE.
25. Arts. 542.2 LOPJ; 33.2 EGAE; 2, 3 y 13.11 CDAE; 2.1 CDAUE; 4.1, 19 y 26 NAC.
26. Arts. 2.5 CDAE y art. 2.5 CDAUE.
27. Art. 13.3 CDAE.

- Atendida la **relación de confianza**[28] que debe existir entre abogado y cliente, al primero se le exige una conducta profesional íntegra, honrada, leal, veraz y diligente. Este deber implica la imposibilidad de defender intereses en conflicto con los de su cliente y, caso de conflicto entre dos clientes del mismo letrado, deberá renunciar a la defensa de ambos, salvo autorización expresa de los dos para intervenir en defensa de uno de ellos.
- A la vez, esta confianza comporta el derecho y el deber de los abogados a **guardar secreto**[29] de todos los hechos, noticias o documentos que conozcan por razón de cualquiera de sus actuaciones profesionales, tanto confidencias del cliente, como del adversario, como de los compañeros, no pudiendo ser obligados a declarar sobre los mismos ni en contra de sus clientes. Este deber se extiende incluso después del cese de la prestación de los servicios al cliente, tanto al abogado titular como a los demás componentes de un despacho colectivo, a su personal y a cualquier otra persona que colabore con ellos.
- Relacionado con este deber está la prohibición de facilitar al cliente o a los tribunales las comunicaciones recibidas del abogado de la otra parte (salvo autorización expresa) y la de aceptar encargos profesionales de actuar contra un anterior cliente, si existe riesgo de violar el secreto de las informaciones obtenidas o si éstas pudieran ser beneficiosas para el nuevo cliente.
- Deben **informar al cliente**[30] (incluso por escrito si éste lo solicita también por escrito) de su opinión sobre las posibilidades de las pretensiones y resultado previsible del asunto; del importe aproximado de los honorarios o de las bases para determinarlos; si por sus circunstancias tiene la posibilidad de solicitar y obtener los beneficios de la asistencia Jurídica Gratuita; de todas aquellas situaciones que pudieran afectar a su independencia (relaciones familiares, amistad o económicas con la parte contraria o sus representantes); y de las noticias sobre la evolución del asunto, resoluciones transcendentes, recursos contra éstas,

28. Arts. 4, 13.1 y 13.4 CDAE; 2.2, 2.7, 3.2 CDAUE; art. 22 NAC.
29. Art. 542.3 LOPJ; 32.1 EGAE; 5 y. 13.5 CDAE; 2.3 CDAUE; 31 a 34 NAC.
30. Art. 13.9 CDAE, art. 3.1.2 CDAUE y arts. 20.1 y 20.2 NAC.

posibilidades de transacción, acuerdos extrajudiciales o soluciones alternativas.

- Si el abogado no se considera, o no debiera considerarse, **competente para dirigir un asunto**[31], tiene la obligación de no aceptarlo, a no ser que colabore con otro que sí lo sea. Ligado a esto, está la obligación de conocer la actividad profesional, abarcando las nociones esenciales sobre doctrina y jurisprudencia.
- Los abogados deben **custodiar la documentación facilitada por el cliente**[32] y tenerla siempre a su disposición, no pudiéndola retener en ningún caso (ni siquiera por tener pendiente cobro de honorarios). No obstante, podrán conservar copias de la misma. Además, para el caso de que el cliente desee que asuma la dirección de su asunto otro letrado, si no consta la renuncia del anterior, el nuevo deberá solicitar su venia[33]. Consecuentemente, el sustituido tiene la obligación de **facilitar toda la información y documentos**[34] de que dispusiera a quien le continúe para garantizar el efectivo derecho de defensa del cliente.
- Cuando los abogados estén en posesión de dinero o valores de clientes o de terceros, estarán **obligados a tenerlos depositados en una o varias cuentas específicas abiertas en un banco o entidad de crédito,**[35] con disposición inmediata y los depósitos no podrán ser confundidos con ningún otro depósito del abogado, del bufete, del cliente o de terceros. Salvo disposición legal, mandato judicial o consentimiento expreso del cliente o del tercero por cuenta de quien se haga, queda prohibido cualquier pago efectuado con dichos fondos.
- Los abogados deben **identificarse ante el cliente**[36] o persona a quien defiendan, incluso si lo hacen por cuenta de un tercero, a fin de asumir las responsabilidades que, en su caso, correspondan. Y, además, deberán tener cubierta, con medios propios

31. Art. 13.8 CDAE, art. 3.1.3 CDAUE.
32. Art. 13.12 CDAE y 20.3 NAC.
33. Art. 26.2 EGAE, art. 9.1 CDAE, arts. 50 y 51 NAC.
34. Art. 26.3 EGAE, art. 9.1 y 9.5 CDAE; art. 21.d y 52.c NAC.
35. Art. 20 CDAE, art. 3.8 CDAUE.
36. Art. 13.2 EGAE y 20.1.a NAC.

o con el recomendable **aseguramiento,**[37] su responsabilidad profesional, en cuantía adecuada a los riesgos.

Por su parte, aunque la jurisprudencia no ha efectuado una lista *numerus clausus* de deberes y obligaciones que incumben a los abogados en el desempeño de sus funciones, sí que ha perfilado, a modo de ejemplo, algunos aspectos que debe comprender el ejercicio de la abogacía, como son: informar de "*pros y contras*", del riesgo y gravedad de la situación, de la conveniencia o no de acudir a los tribunales, de los costos del proceso y de las posibilidades de éxito o fracaso; cumplir con los deberes deontológicos de lealtad y honestidad en el desempeño del encargo; respeto y observancia escrupulosa de las Leyes Procesales; y aplicar al problema los indispensables conocimientos jurídicos[38].

37. Art. 21 CDAE, art. 3.9 CDAUE y art. 18 NAC.
38. SSTS de 28.06.2012 (JUR\2012\311147), de 27.09.2011 (RJ\2011\7423), de 14.07.2010 (RJ\2010\6045), de 27.05.2010 (RJ\2010\5160), de 22.10.2008 (RJ\2008\5787), de 23.07.2008 (RJ\2008\7063), de 15.02.2008 (RJ\2008\2670), de 14.07.2005 (RJ\2005\6532), entre otras.

4.3. Canon de diligencia exigible a los abogados

La palabra "diligencia" no sólo aparece repetidamente en la normativa antes relacionada, sino que, junto con el concepto de "*lex artis*", es el punto de partida de los tribunales por ser la que mejor sintetiza los deberes de los abogados en el ejercicio de la profesión.

Pero, ¿cuál es el grado de diligencia exigible a los abogados? En estos casos, no sólo se debe acudir a la requerida por el art. 1104 CC, sino que ésta se debe poner en relación con el artículo 42 del EGAE, ya que la jurisprudencia considera que a los abogados se les debe exigir una diligencia **mayor que la propia de un buen padre de familia**, dados los cánones profesionales recogidos en el citado estatuto, que además sirven de buena y estricta medida de su actuación. Ello es así porque cuando una persona sin conocimientos jurídicos se debe relacionar con los Tribunales, se enfrenta a una compleja realidad, por lo que la elección de un abogado constituye el inicio de una relación contractual basada en la confianza, y por ello se le exige una diligencia aún mayor que la del padre de familia, con independencia de sus conocimientos o del acierto en los planteamientos.[39]

En virtud del ya citado artículo 542 LOPJ, a cualquier licenciado en Derecho que ejerza profesionalmente la dirección y defensa de las partes en toda clase de procesos o asesoramiento y consejo jurídico, le corresponde la denominación y función de abogado. De esta forma, como tal, le es exigible ya desde un inicio un alto nivel de diligencia en su ejercicio. Pero, como en todas las profesiones, podemos encontrarnos ante una considerable diferencia de formación, experiencia y habilidad entre los abogados.

Lo que ocurre en estos casos es que, si partimos de que la jurisprudencia no aporta una graduación de diligencia según la experiencia de cada abogado y que es obligación de los mismos no aceptar un asunto para cuya resolución no estén capacitados en función de sus conocimientos

39. En este sentido ya se pronunciaba la lejana STS de 04.02.1992 (RJ\1992\819).

y dedicación profesional, recae sobre ellos la obligación de tomar en consideración el estado de sus conocimientos y si éstos le permiten la dirección letrada de un determinado asunto. Por ende, deberá rechazarlo si entiende que su formación no la permite tal dirección.

Consecuentemente, si un abogado acepta llevar un caso para el cual no esté en condiciones de asumir, responderá ante su cliente si el resultado desfavorable guarda relación con su falta de preparación.

05 Casuística

Sobre esta materia existe tal variedad de situaciones que es imprescindible acudir al aspecto casuístico, pues es imposible proporcionar un listado cerrado de los incumplimientos de deberes y obligaciones del abogado que pueden originar responsabilidad civil ya que siempre dependerá del caso concreto. Por ello, en este apartado se examinará, a partir de jurisprudencia del Tribunal Supremo y de las Audiencias Provinciales, qué acciones u omisiones de los abogados han generado responsabilidad civil, cuáles no y por qué razones.

Dentro de la multitud de casos existentes, se procurarán señalar, siempre que sea posible, las sentencias más recientes suscitadas sobre la materia con el fin de proporcionar una visión del actual estado de la cuestión.

5.1. Existencia de responsabilidad civil del abogado

Transcurso de plazos

SAP de Huesca de 28.09.2012 (JUR\2012\371060)	La conducta de la letrada que no formalizó en tiempo y forma el recurso de casación que había anunciado resultó perjudicial para los intereses de su clienta, quien se vió privada de la posibilidad de que el TS conociera del recurso. La responsabilidad de la abogada es consecuencia de la pérdida de oportunidad.
SAP de Lugo de 14.09.2012 (JUR\2012\334963)	Se condena al abogado por la **no interposición y consiguiente prescripción de la acción civil** derivada de un accidente de tráfico, tras la sentencia penal absolutoria en la que había efectuado reserva de acciones civiles. La AP considera que la negligencia profesional del abogado provocó una pérdida de oportunidad por tener un razonable pronóstico exitoso y, por consiguiente, da lugar a la obligación de reponer el daño padecido.
SAP de Valencia de 02.07.2012 (JUR\2012\313052)	Se condena al abogado a indemnizar al cliente por **no presentar a tiempo ni la documentación ni la solicitud de renovación de residencia**, ya que el encargo no fue debidamente cumplido por causas imputables al letrado. Existe un daño moral padecido por la pérdida de oportunidades.
STS de 28.06.2012 (JUR\2012\311147)	Se condena al abogado que infringió el deber de diligencia profesional por **dejar prescribir la acción** de responsabilidad en la vía civil y la laboral, no existiendo dudas jurídicas sobre el momento en que pudo y debió ejercitar la acción. La inactividad determinó que el procedimiento no cumpliera su fin ya que existía una certeza sobre las oportunidades de obtener buen éxito en el ejercicio de la acción.

SAP de Asturias de 06.02.2012 (JUR\2012\73487)	Se condena al abogado a indemnizar al cliente por dejar **prescribir la acción civil** derivada de un accidente, con lo que vio rechazadas sus pretensiones en 1ª y 2ª instancia y resultó condenado al pago de las costas. La AP considera que el letrado tendría que haber interrumpido la prescripción de la acción civil mientras se llevaban a cabo las reclamaciones en la jurisdicción social.
SAP de Valencia de 27.12.2011 (JUR\2012\78429)	Se estima la negligencia del abogado por **presentar fuera de plazo el recurso de reposición** contra una decisión del Jurado Provincial de Expropiación en el expediente administrativo de justiprecio correspondiente a la expropiación forzosa de un inmueble, con elposterior rechazo de la demanda de recurso contencioso administrativo frente aquella resolución. Con ello se produjo un daño por la pérdida de la expectativa procesal.
STS de 27.09.2011 (RJ\2011\7423)	La conducta del abogado es calificada como integrante de una infracción del deber de diligencia profesional, ya que el procedimiento quedó suspendido a la espera de la presentación de una demanda de conciliación, la cual fue interpuesta cuando había **caducado la acción**. La inactividad del letrado determinó que el procedimiento iniciado no pudiera cumplir su fin, por ello el daño consistió en la frustración de la acción judicial.
STS de 12.12.2003 (RJ\2003\9285)	El TS estima la responsabilidad civil del letrado que, tras intervenir en un proceso penal previo, decide acompañar a sus clientes al juzgado para solicitar abogado de oficio cuando faltaban tan sólo 4 días para la **prescripción de la acción** indemnizatoria con la consiguiente desestimación de la demanda.

Falta de asistencia o personación

STS de 09.03.2011 (RJ\2011\4250)	El abogado se personó ante la Audiencia Provincial **transcurrido el término de emplazamiento**, de modo que se lo tuvo por personado a los solos efectos de recibir citaciones y notificaciones y esta omisión le impidió ejercer la acusación particular en el juicio oral o hacer reserva de acciones civiles.
SAP de Asturias de 06.07.2005 (JUR\2005\224783)	Se condena al abogado a indemnizar al cliente por **no acudir al juicio**, con la consiguiente celebración del mismo en su ausencia, impidiendo al cliente efectuar alegaciones y aportar pruebas, así como rebatir las propuestas de contrario.

Falta de interposición de recursos

SAP de Asturias de 27.01.2012 (JUR\2012\66626)	En este caso la negligencia se produce por la **falta de interposición del recurso de casación** por la letrada, recurso que hubiese prosperado en cuanto a la procedencia de asignar a la actora una pensión de viudedad, puesto que su tesis se sustentaba en la misma línea interpretativa que acoge la sala de lo Social del TS. Se la condena a indemnizar a su cliente por pérdida de oportunidades.

No devolver o perder la documentación del cliente

SAP de Madrid de 31.10.2000	Considera negligente al letrado que **perdió una letra de cambio**, por descuido.
SAP de Zaragoza de 16.04.1993	Estima negligente la conducta del abogado que **extravió documentos** justificativos de una deuda que le había entregado el cliente.

Falta de control de la evolución del asunto

SAP de Pontevedra de 10.11.2009 (AC\2010\271)	Se condena a las abogadas a indemnizar al cliente por la omisión de la diligencia en su actuación de asesoramiento al **no controlar la regularidad del traspaso que se les encargó**, de lo que resultó la pérdida del traspaso y la resolución del arrendamiento.

Error en el asesoriamento, en el fondo, en la elección del procedimiento, en la jurisdicción, etc.

SAP de Alicante de 26.04.2012 (JUR\2012\248757)	Se condena a la abogada a indemnizar a su cliente por no asegurarse de quién ostentaba la legitimación pasiva e **interponer la demanda de resolución de un contrato de arras contra una persona ajena** al mismo, lo que produjo al actor unos perjuicios económicos considerables.
SAP de Valladolid de 24.02.2012 (JUR\2012\88540)	Se condena al abogado que acometió autoliquidaciones del impuesto de unas escrituras de los demandantes **sin agotar las posibilidades para lograr la tributación más favorable** para los mismos, viéndose obligados a contratar otros abogados que tramitase la devolución por ingresos indebidos de las sumas ingresadas que no habían sido correctamente abonadas.
SAP de las Islas Baleares de 03.02.2012 (JUR\2012\67009)	Se condena a la abogada a indemnizar a su clienta por un **deficiente asesoramiento** prestado ante el llamamiento efectuado por su encargado, pues aconsejó a su cliente que no se incorporara a su puesto de trabajo, lo que dio como resultado el despido de la actora.

SAP de Badajoz de 31.01.2005 (JUR\2006\12937)	Estima la responsabilidad del abogado que presentó una reclamación judicial ante un órgano jurisdiccional incompetente, lo que generó una serie de gastos económicos a la actora porque, sin tener real necesidad de ello, se vio obligada a otorgar un poder notarial a favor de un procurador y se vio obligada a abonar los derechos de este profesional. Si la demanda se hubiese planteado correctamente, no habría precisado su actuación.

Omisión de elementos relevantes

SAP de Palencia de 25.02.2011 (AC\2011\1054)	Se condena al abogado por entender que en la redacción de la demanda del asunto que se le encargó infringió normas legales y de experiencia por la **omisión de alegación de datos y peticiones de trascendencia para el resultado del pleito**, con lo que no se concedió a su cliente la totalidad de la indemnización que le correspondía por aplicación del baremo por accidentes de circulación.
STS de 23.05.2006 (RJ\2006\5827)	Estima la responsabilidad civil del abogado por la **falta de subsanación de los defectos de representación** que había asumido, lo cual dio lugar al archivo de la causa y con ello privó a los actores de la oportunidad de someter sus pretensiones a la consideración judicial.
STS de 30.11.2005 (RJ\2005\7859)	Estima la responsabilidad del abogado que **no alega la cláusula de limitación de responsabilidad civil en la póliza de seguro** y con ello omite un dato objetivo, ostensible e indefectible, de especial trascendencia para el resultado del proceso.
STS de 14.12.2005 (RJ\2006\1225)	El TS condena al abogado a indemnizar por daño moral a su cliente por **omitir la petición de indemnización por lucro cesante** en las pretensiones en el súplico de la demanda.

Defender intereses contrarios a los del cliente

SAP de Murcia de 04.04.2012 (AC\2012\399)	Califica de desleal y de grave incumplimiento de los deberes inherentes a la profesión, la conducta de la abogada que, habiendo tramitado una separación de mutuo acuerdo, y habiéndose divorciado los cónyuges, **interpuso demanda de ejecución** de sentencia de divorcio por impago de la pensión alimenticia **contra** el ex marido de su clienta, quien también **habido sido su cliente** en el procedimiento de separación. El TS considera que la letrada tendría que haberse abstenido.

No cumplir con la obligación de informar al cliente

SAP de Madrid de 27.03.2012 (JUR\2012\185856)	Aprecia responsabilidad civil por negligencia del abogado que **no informó al cliente sobre la inadmisión de la demanda**, de lo que tuvo conocimiento por iniciativa propia.
SAP de León de 23.03.2012 (JUR\2012\137168)	La **omisión del deber de información a su cliente sobre la posibilidad de interponer un recurso** es lo que en este caso determina la responsabilidad civil de los asesores fiscales demandados que produjeron una vulneración objetiva del derecho a la defensa de los intereses de su cliente, al quedar coartada la vía del recurso.
STS de 14.12.2005 (RJ\2006\1225)	El abogado **no informó al cliente de la posibilidad de interponer un recurso de apelación** contra la sentencia de instancia que estimaba parcialmente su demanda. El TS considera que la falta de diligencia le privó de la posibilidad de impugnar la sentencia y que este incumplimiento culposo generó un perjuicio que ha de ser reparado.

STS de 18.02.2005 (RJ\2005\1682)	El TS declara la responsabilidad del abogado por la **omisión de advertir a su cliente** sobre el plazo para pagar el precio aplazado y evitar la resolución de la venta y la pérdida del inmueble, a partir de la firmeza de la sentencia. Se le obliga a indemnizarle por el valor de mercado del piso menos la actualización proporcional del precio aplazado.
STS de 14.05.1999 (RJ\1999\3106)	Considera negligente el comportamiento de un abogado que remitió una carta a sus clientes, padres de un menor que murió ahogado en una piscina municipal, informándoles de que se había archivado la causa y aconsejándoles no recurrir. **No les informó de la posibilidad de ejercer acciones civiles**. Según el TS, la diligencia exigida al Letrado requería cerciorarse de la recepción de la carta y de si sus clientes comprendían el contenido, efectos jurídicos y vías procesales que se abrían.

De la jurisprudencia recaída sobre la materia, se desprende que son muy variadas las actuaciones de los abogados que generan responsabilidad civil. Sin embargo, los casos más frecuentes están relacionados con las actuaciones procesales, sobre todo en relación con la prescripción o caducidad de los plazos. También predominan los casos relacionados con la omisión de aspectos relevantes por parte del abogado y con la falta de información al cliente sobre aspectos básicos del asunto o procedimiento.

Cabe decir que, debido al derecho de los abogados a actuar con independencia y libertad de defensa, los tribunales, al respetar este derecho, no revisan todas las actividades del abogado demandado sino que se limitan a verificar si realizó actos o incurrió en omisiones que caractericen el incumplimiento o el cumplimiento imperfecto de sus deberes.[40]

40. Así ya lo declaraba la STS de 08.06.2000 (RJ\2000\5098).

5.2. Inexistencia de responsabilidad civil del abogado

Por no haber probado o no existir un daño efectivo

SAP Huesca de 28.09.2012 (JUR\2012\371060)	El TS declara que el hecho de que la abogada basara la pretensión de su cliente en un **informe pericial de parte y no en un dictamen elaborado por un perito de designación judicial**, cuya intervención no era preceptiva o inexcusable para asegurar el éxito de la pretensión, no resulta por sí mismo constitutivo de negligencia profesional y no provocó lesión efectiva a la clienta.
SAP de Madrid de 13.09.2012 (JUR\2012\317653)	Desestima la demanda de responsabilidad civil contra el abogado porque, aunque el letrado **formuló demanda en un procedimiento inadecuado**, ello no causó perjuicio alguno a la actora ya que fue formulada una nueva demanda dentro del plazo y la primera demanda tuvo efectos interruptivos de la prescripción de la acción.
SAP de Ciudad Real de 31.07.2012 (JUR\2012\315164)	El actor no ha acreditado que la **falta de presentación de la querella** por parte del abogado le haya ocasionado dañosy perjuicios económicos, con pérdida de oportunidad. La AP considera que aunque la conducta del letrado pueda incidir en cuestiones deontologicas en el ámbito de la profesión, debido a que el cliente no prestó la provisión de fondos requerida, en la obligaciones reciprocas no se incurre en mora si la otra parte no cumple.

SAP de León de 22.06.2012 (JUR\2012\251416)	Aunque el abogado no actuó diligentemente por la **omisión en la realización de gestiones** por exceso de trabajo, al no ejercitar dos acciones (una ya estaba prescrita y de la otra todavía no había transcurrido el plazo de 15 años), el cliente, por su parte, no tomó las medidas necesarias. La AP entiende que la actuación del letrado no supuso una disminución cierta de las posibilidades de defensa de la actora, que se deba configurar como un daño que deba ser resarcido, pues no hay pérdida de oportunidades ya que la clienta estaba a tiempo de actuar judicialmente.
SAP de Ourense de 29.05.2012 (JUR\2012\209714)	No se prueba un nexo causal entre la actuación del abogado y el supuesto daño sufrido por su cliente ya que, aun admitiendo la pertinencia de las **pruebas** consideradas fundamentales por el actor y **no solicitadas en tiempo y forma por el letrado**, no hay motivos para pensar que el resultado habría sido distinto.

Por no haber incumplido o no haber actuado negligentemente

STS de 14.07.2010 (RJ\2010\6045)	El abogado **dirigió la acusación penal contra el propietario de la grúa y no contra su hijo, quien la manejaba**. El TS razona que las consecuencias negativas de este error no le son imputables por existir una dificultad objetiva a la hora de determinar contra quién debía dirigir la demanda. Por ello, era razonable la posición procesal que adoptó el abogado (seguida por el Ministerio Fiscal) al ejercitar la acusación. En este cas, el fracaso de la acción penal por la defectuosa identificación del acusado, no es suficiente para apreciar la responsabilidad del abogado.

SAP de Santa Cruz de Tenerife de 26.09.2008 (JUR\2009\135252)	La **falta de interposición de un recurso** no constituye por si negligencia profesional. Lo será si es por razones imputables al profesional (lo haga fuera de plazo), pero no si se debe a otros motivos (atiende al juicio de conveniencia de la no interposición, en función de las probabilidades de éxito puestas en conexión con los gastos que pueda suponer). Se debe determinar si con la no interposición del recurso hay una vulneración de los derechos que genere responsabilidad para el demandado y, dentro de las facultades del asesor legal, está la de cierta discrecionalidad en la toma de las decisiones.
SAP de Toledo de 19.04.2012 (JUR\2012\161915)	El abogado **renunció a la defensa de su cliente** y lo comunicó al juzgado. La AP considera que el letrado no tenía obligación de comprobar si el cliente había nombrado nuevo letrado, pues era esperable que si el juzgado había dictado resolución admitiendo su renuncia y se lo notificó por medio del procurador al cliente requiriéndole que nombrara uno nuevo, éste lo podría haber hecho y si no lo hizo fue porque no quiso.

Por falta de prueba del incumplimiento o de la negligencia

SAP de Madrid de 27.09.2012 (JUR\2012\372158)	Desestima la responsabilidad del abogado porque la actora **no probó que el demandado omitiese el deber de informarla** de la posibilidad de recurrir el auto desestimatorio del recurso de reforma interpuesto contra el de sobreseimiento. El abogado probó el cumplimiento de este deber.

Por querer presentar la demanda estando prescrita la acción

STS de 26.05.2006 (RJ\2006\3171)	El TS desestima la demanda de responsabilidad civil contra el abogado porque el cliente dio la orden de presentar la demanda de reclamación de daños y perjuicios cuando **la acción ya estaba prescrita**, de modo que el resultado no es imputable a la actuación del abogado.

Con estos ejemplos se desprende la necesidad de que exista una relación de certeza objetiva entre el incumplimiento de la obligación del profesional y la inadmision o desestimación de las pretensiones formuladas en defensa del cliente. De modo que los órganos judiciales declaran la inexistencia de responsanilidad si no se prueba que la defensa del abogado se ha realizado de modo incompatible con la aplicación de la ley, la jurisprudencia o con la práctica reiterada de los tribunales o si no se ha probado la concurrencia de los requisitos imprescindibles para estimar la responsabilidad civil de los abogados (relación contractual, acción u omisión negligente, daño o perjuicio efectivo y relación de causalidad del mismo con la actuación del abogado).

06 El daño y la indemnización

Si además del incumplimiento de los deberes profesionales existe un daño efectivo como consecuencia del comportamiento del abogado, la estimación de la responsabilidad civil le genera la obligación de indemnizar al cliente por los daños y perjuicios que su conducta le haya acarreado. Será, en este punto, donde comenzará la ardua tarea del juzgador para determinar en qué consistió el daño o perjuicio y con qué importe debe ser indemnizado el perjudicado.

El Tribunal Supremo declara reiteradamente que el afectado debe probar la existencia de los daños reclamados como presupuesto ineludible para fijar la cantidad a la que ascienden los mismos, ya que el mero incumplimiento contractual o la resolución contractual no supone, "per se", y por lo general, la existencia de un perjuicio[41]. Sin embargo, aunque han de ser probados y derivados del incumplimiento, cabe establecerlos por presunciones si el enlace es lógico[42] y no es necesaria su prueba si de los hechos demostrados o admitidos por el demandado, se deduce totalmente su existencia.

Además, estos daños no han de ser equivalentes a la no obtención del resultado de la pretensión porque la decisión final siempredependerá de

41. SSTS de 21.06.2007 (RJ\2007\3783), de 20.07.2006 (RJ\2006\4732), de 10.04.2003 (RJ\2003\3557), entre muchas otras.
42. STS de 27.10.2011 (RJ\2011\7313), SAP Málaga 04.07.2008 (JUR\2009\10184).

la convicción del juzgador,[43] tercero imparcial, de modo que en todos los litigios existirían perjuicios para una de las partes al no ser estimada su pretensión. Sin embargo, la no obtención de una sentencia favorable a los intereses del cliente puede configurarse como daño en algunos supuestos. Ello ocurre si se puede asegurar, sin dudas, que la pretensión frustrada habría sido estimada por el juez de no haber existido negligencia en la actuación del abogado.

43. (RJ\2007\1542), de 30.03.2006 (RJ\2006\2129).

6.1. La calificación del daño y su valoración

Entrando en la distinta calificación de los daños, la jurisprudencia distingue entre **daño material** y **daño moral** (pues los daños y perjuicios a cuya indemnización obliga todo incumplimiento contractual culpable, no sólo son los materiales o económicos, sino también los morales que deriven directamente de aquellos, siempre que queden debidamente probados).[44]

La diferenciación entre una y otra calificación comporta distintas consecuencias a la hora de fijar la indemnización. Al respecto, el Tribunal Supremo dictamina que el daño moral sólo es indemnizable si se acredita de modo específico y no por la simple frustración de la acción judicial, mientras que el daño material se debe indemnizar mediante la doctrina de la posibilidad de éxito de la acción frustrada, realizando un cálculo prospectivo de las probabilidades de buen éxito de la solicitud que pretendía el afectado[45].

Según la doctrina jurisprudencial, la "**pérdida de oportunidades**" se envuelve en la idea del daño moral y se produce a quien no ha podido acceder a los tribunales en las condiciones imprescindibles para demandar la tutela de sus intereses debido a la impericia o a la falta de diligencia del abogado cuyos servicios profesionales había solicitado.[46] Y, ya que el daño por pérdida de oportunidades es hipotético, no es indemnizable si no hay una certeza razonable de la probabilidad del resultado, de modo que se requiere la demostración de que el perjudicado se encontraba en una situación fáctica o jurídica idónea para realizar las acciones[47], lo cual no concurre si se puede corregir el daño mediante recursos o acciones posteriores.

44. SSTS de 27.05.2010 (RJ\2010\5160) y 30.03.2006 (RJ\2006\2129), entre otras.
45. STS de 09.03.2011 (RJ\2011\4250), recogida después en muchas resoluciones.
46. STS de 27.05.2010 (RJ\2010\5160).
47. STS de 01.12.2008 (RJ\2009\1111), 27.07.2006 (RJ\2006\6548), etc.

6.2. El "quantum" indemnizatorio

Mientras que todo daño moral efectivo imputable jurídicamente al causante debe ser compensado, aunque en una cuantía mínima, la valoración de la pérdida de oportunidades de carácter económico abarca, o bien la fijación de una indemnización equivalente al importe económico reclamado (si hay una razonable certeza de que se hubiera estimado la acción) o, por el contrario, la negación de la indemnización si de un juicio razonable se desprende que la acción era notoriamente infundada o que presentaba obstáculos insuperables, hasta el punto de que nunca hubiera podido prosperar en condiciones de normal previsibilidad (en este caso el daño patrimonial se debe considerar inexistente).[48] Además, a la hora de cuantificar los daños y perjuicios padecidos, la jurisprudencia permite incluir las costas procesales como concepto resarcible.[49]

Al atender al principio de *"restitutio in integrum"* es necesario tener presente a la vez el principio de proporcionalidad que debe regir entre la importancia del daño y la cuantía de la indemnización para repararlo. Además, en los casos en los que no se pruebe la absoluta culpa del abogado en la frustración de la acción, si se prueba que su actuación disminuyó en un grado apreciable las oportunidades de éxito de las pretensiones, es posible graduar su responsabilidad según la proporción en que pueda fijarse la probabilidad de contribución de su conducta al fracaso de la acción.[50]

Finalmente, en relación con la fijación de la indemnización por el resarcimiento de daños materiales o por compensación de daños morales, el Tribunal Supremo reitera en muchas de las sentencias en las cuáles precisamente el importe de la indemnización es un aspecto controvertido, que ello no tiene acceso a la casación, ya que corresponde a

48. SSTS de 28.06.2012 (JUR\2012\311147), de 27.09.2011 (RJ\2011\7423), de 09.03.2011 (RJ\2011\4250), de 14.07.2010 (RJ\2010\6045), de 27.05.2010 (RJ\2010\5160), de 31.03.2010 (RJ\2010\4353), entre otras.
49. Por ejemplo, la STS de 27.02.2006 (RJ\2006\1564).
50. Véanse SSTS de 14.07.2010 (RJ\2010\6045) y de 27.05.2010 (RJ\2010\5160).

la función de los tribunales de instancia apreciar la prueba y únicamente pueda revisarse esta cuestión si existe error notorio, arbitrariedad, una notoria desproporción o se comete una infracción del ordenamiento en la determinación de las bases tomadas para fijar el "quantum".[51]

En relación a esta cuestión, conviene apuntar que el Tribunal Supremo viene reiterando que si la cantidad de la indemnización puede quedar acreditada y fijada en la fase declarativa del proceso, no se puede diferir al período de ejecución de la sentencia ni la concreción de la cantidad ni las bases para fijar el importe[52] (sólo se puede dejar para el trámite de ejecución de sentencia si ésta declara la realidad y la existencia de los daños y perjuicios).[53]

Y, aunque sea posible entender como producidos los daños y perjuicios cuando se evidencian notoriamente por las circunstancias concretas del caso, es necesaria la precisión concreta de cuáles son los daños causados como consecuencia del incumplimiento culpable que se reprocha ya que, una simple remisión de la concreción para la fase de ejecución, podría originar un nuevo juicio sobre la existencia y realidad de aquellos daños.

Todo ello confirma, pues, la imprescindible exigencia de una suficiente actividad probatoria para la efectiva determinación de los perjuicios padecidos por la conducta de los abogados, con el fin de que sea correctamente indemnizado el quebranto económico sufrido por el demandante.

51. STS de 09.03.2011 (RJ\2011\4250), recogida en las de 28.06.2012 (JUR\2012\311147), 27.10.2011 (RJ\2011\7313), 27.09.2011 (RJ\2011\7423), etc.
52. SSTS de 21.06.2007 (RJ\2007\3781), de 06.04.2001 (RJ\2001\4785), de 19.12.2000 (RJ\2000\10127), de 28.12.1999 (RJ\1999\9379), etc.
53. SSTS de 21.06.2007 (RJ\2007\3781), de 20.07.2006 (RJ\2006\4732).

07 La relación de causalidad

La existencia de un nexo causal entre la actuación profesional errónea o negligente del letrado que asumió el encargo y el daño producido es el último requisito que debe concurrir para apreciar la responsabilidad civil. El cliente deberá demostrar, sin dudas, que el daño o perjuicio padecido ha sido consecuencia de la actuación del abogado y que el resultado habría sido distinto si la defensa del cliente se hubiera realizado con la *lex artis* propia del caso, la "*lex artis ad hoc*".

Se debe examinar si, como consecuencia de la negligencia del abogado, que debe resultar probada, se ha producido una disminución cierta de las posibilidades de defensa como para considerarlo una vulneración objetiva del derecho a la tutela judicial efectiva que pueda entenderse como la existencia de un daño efectivo y resarcible en el marco de la responsabilidad contractual del artículo 1101 del CC. Por ello, se debe desestimar la responsabilidad civil del abogado si concurren suficientes elementos ajenos para desvirtuar la influencia de la conducta del abogado en el resultado dañoso (como la dejadez de la parte, la dificultad objetiva de la posición defendida o la intervención de terceros).[54]

54. En este sentido la STS de 23.07.2008 (RJ\2008\7063), muy recogida en otras.

Sin embargo, según consta en algunas resoluciones,[55] en la vertiente jurídica de imputabilidad objetiva, se excluye la relación causal entre la conducta del abogado y el resultado dañoso si la producción del resultado desfavorable se debe entender como razonablemente aceptable en el marco del debate jurídico procesal y no atribuible directamente a una omisión objetiva y cierta imputable al abogado que ha ejercido la defensa de la parte perjudicada.

55. Véanse, las SSTS de 23.02.2010 (RJ\2010\4341), 22.10.2008 (RJ\2008\5787), de 15.02.2008 (RJ\2008\2670), que recogen la STS de 30.11.2005 (RJ\2005\7859)

08 La resolución del contrato por incumplimiento

Por ahora se han analizado las consecuencias del incumplimiento de las normas deontológicas del abogado en relación con la responsabilidad civil. Sin embargo, como ya se ha detallado, en la mayoría de los casos nos encontramos ante una relación contractual entre abogado y cliente, de la que derivan, además de los deberes y obligaciones deontológicas, determinadas obligaciones generales que nacen de los contratos. De modo que, en este apartado, se analizará otra de las posibles consecuencias que puede derivar del incumplimiento de las obligaciones de los abogados, como es, la **resolución del contrato** por parte del cliente.

En general la resolución del contrato implica su ineficacia, con efecto retroactivo, y una de las causas es el incumplimiento de la obligación por una de las partes, en caso de obligaciones bilaterales o reciprocas. Debe haber existido un incumplimiento propiamente dicho, no un cumplimiento defectuoso o incumplimiento parcial y este incumplimiento no produce automáticamente la resolución, sino que la parte cumplidora debe ejercitar la acción y la resolución se debe declarar en sentencia.

En particular, de la jurisprudencia se extrae que, para los casos de relación entre abogado y cliente, la resolución unilateral[56] de los

56. STS de 10.07.2011 (RJ\2007\3881), SAP de Murcia de 12.11.2009 (JUR\2010\18659), SAP de Málaga de 26.10.2000 (JUR\2001\45318). Ya recogía este criterio la STS de 25.03.1998 (RJ\1998\1651).

contratos de arrendamiento de servicios es lícita al tratarse de un contrato "*intuitu personae*" basado en la confianza, derivada del deber de fidelidad del artículo 1258 CC. Si bien se admite la resolución unilateral, ésta lleva consigo la indemnización de daños y perjuicios, si se ha pactado, excepto si se prueba suficientemente un incumplimiento grave que justifique la extinción del contrato.

Así pues, dada la naturaleza del contrato, y dado que éste se sustenta en la confianza que la profesionalidad del abogado hace surgir al cliente, éste dispone de la facultad de resolverlo si efectivamente ha quebrado la confianza o ésta desaparece, sin perjuicio de que la prestación ya realizada deba ser remunerada.

Sin embargo, si bien la pérdida de la confianza puede ser motivo por sí sólo para resolver unilateralmente el contrato de arrendamiento de servicios, no puede considerarse como justa causa si se hace con el fin de no pagar los honorarios del abogado, toda vez que la confianza, al ser un elemento subjetivo, si se considerara como justa causa, el cumplimiento del contrato quedaría al arbitrio de una de las partes, lo que expresamente rechaza el artículo 1256 CC. Por ello se debe evitar la ruptura de la relación contractual por posibles sentimientos o intuiciones del cliente si esa actitud subjetiva no resulta avalada por hechos objetivos.[57]

57. SAP de Segovia de 22.10.2003 (AC\2003\1741) y SAP de Málaga de 26.10.2000 (JUR\2001\45318).

Conclusiones

Los abogados están sujetos a responsabilidad civil, penal y disciplinaria, en el ejercicio de la profesión. Cuanto a la responsabilidad civil, aunque hay algunas excepciones, por lo general se encuadra dentro de la responsabilidad contractual, pues en la jurisprudencia existe el criterio unánime de calificar, en la mayoría de los casos, la naturaleza jurídica de la relación entre abogado y cliente como de contrato de arrendamiento de servicios, del cual deriva una obligación de medios y no de resultado, ya que el abogado debe actuar diligentemente y conforme a la *lex artis* sin quedar obligado a obtener un resultado.

En la relación con los clientes, la cual debe regir por la confianza, los abogados están obligados a actuar con libertad e independencia, de forma íntegra, honrada, leal, veraz y diligente, deben informar al cliente y custodiar su documentación, respetar el secreto profesional, incluso habiendo cesado la relación, y deben aplicar al problema los indispensables conocimientos jurídicos.

Para que el juzgador estime la responsabilidad civil del abogado y éste quede obligado a indemnizar al cliente por los perjuicios ocasionados, el perjudicado debe acreditar la existencia de un encargo previo; una conducta del abogado negligente en relación con sus obligaciones; la existencia de un daño o perjuicio efectivo (patrimonial o

moral) y el nexo causal entre éste y la conducta del abogado. Éste, por su parte, goza de presunción de diligencia.

Habiéndose determinado la existencia de responsabilidad del abogado, corresponderá fijar el importe de la indemnización, el cual se cuantificará de forma distinta si estamos ante un daño patrimonial o moral y deberá guardar relación con la entidad efectiva del daño y la implicación que haya tenido la conducta del abogado en el mismo.

Además de la responsabilidad civil del abogado por el incumplimiento de sus obligaciones, el perjudicado puede solicitar al órgano judicial la resolución del contrato si ha habido un incumplimiento grave.

Del estudio realizado deriva que la responsabilidad civil del abogado es relativamente reciente, pues de las sentencias analizadas destaca el hecho de que las primitivas resoluciones dictadas sobre esta cuestión rondan los veinte años. Sin embargo, aunque en un inicio pudieran ser casos aislados, con los años han ido proliferando los supuestos en los que se ha demandado a abogados por daños derivados de una negligente práctica profesional. Los supuestos más frecuentes de existencia de responsabilidad civil de los abogados se relacionan con las actuaciones procesales de los mismos, por el transcurso de plazos o por la omisión de elementos relevantes en las alegaciones o peticiones y, en la relación con el cliente, por no informarlo debidamente.

Ante todo ello, teniendo en cuenta que no es habitual la forma escrita de los contratos entre abogado y cliente, se hace patente la necesidad de confeccionar una hoja de encargo, no sólo para evitar problemas en relación con los honorarios, sino para delimitar el alcance del encargo, las obligaciones asumidas por el abogado y el ámbito de las decisiones que puede tomar éste libremente. Asimismo, es conveniente complementar esta prevención con la correcta utilización de la institución de la venia, a fin de evitar futuras dudas sobre la responsabilidad que corresponde al anterior abogado y la que corresponde al nuevo designado.

Además, es imprescindible que los profesionales que ejercen la abogacía tengan conocimiento de la existencia y la entidad de los deberes, obligaciones y responsabilidades que les corresponden como tales, pues, sólo de este modo se evitarán futuros reproches. Por su parte, no

conviene interpretar las resoluciones judiciales analizadas como una amenaza para la profesión, sino como la exigencia de una toma de conciencia y de un afán de garantizar el adecuado nivel profesional que la sociedad espera de los abogados.

Por el momento, para facilitar el alcance de este objetivo, se exigirá una preparación obligatoria previa al ejercicio profesional con la Ley 34/2006, de 30 de octubre, sobre el acceso a las profesiones de Abogado y Procurador de los Tribunales. Sin embargo, desde mi punto de vista, ello sólo será útil si esta formación previa abarca las cuestiones esenciales para el correcto ejercicio de la abogacía, con el adecuado conocimiento de las normas deontológicas y si ofrece una apropiada preparación práctica de los futuros abogados, pues, de no ser así, si se convierte en otro curso universitario más, el objetivo perseguido por esta iniciativa corre el peligro de verse frustrado.

Normativa aplicada

Código de Deontología de los Abogados Europeos, adoptado en la Sesión Plenaria del CCBE de 28.10.1988 y modificado en las Sesiones Plenarias de 28.11.1998, 6.12.2002 y 19.05.2006.

Código Deontológico de la Abogacía Española, aprobado por el Pleno del CGAE de 30.06.2000. Constitución Española de 27 de diciembre de 1978

Ley 29/2002, de 30 de diciembre. Código Civil de Cataluña (Libro Primero – Disposiciones Generales, Prescripción y Caducidad)

Ley 34/2006, de acceso a las profesiones de Abogado y Procurador de los Tribunales.

Ley 2/2007, de 15 de marzo, de Sociedades Profesionales

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

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

Normativa de l'Advocacia Catalana, de 24 de marzo de 2009.

Real Decreto, de 24 de julio de 1889, por el que se publica el Código Civil.

Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española.

Relación de sentencias citadas

Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil

Fecha	Referencia[58]	Magistrado Ponente
STS de 28.06.2012	JUR\2012\311147	Sr. Juan Antonio Xiol Ríos
STS de 27.10.2011	RJ\2011\7313	Sr. Juan Antonio Xiol Ríos
STS de 27.09.2011	RJ\2011\7423	Sr. Juan Antonio Xiol Ríos
STS de 10.07.2011	RJ\2007\3881	Sr. Juan Antonio Xiol Ríos
STS de 09.03.2011	RJ\2011\4250	Sr. Juan Antonio Xiol Ríos
STS de 14.07.2010	RJ\2010\6045	Sr. Juan Antonio Xiol Ríos
STS de 27.05.2010	RJ\2010\5160	Sr. Juan Antonio Xiol Ríos
STS de 31.03.2010	RJ\2010\4353	Sr. Juan Antonio Xiol Ríos
STS de 23.02.2010	RJ\2010\4341	Sr. Juan Antonio Xiol Ríos
STS de 01.12.2008	RJ\2009\1111	Sr. Juan Antonio Xiol Ríos
STS de 22.10.2008	RJ\2008\5787	Sr. Juan Antonio Xiol Ríos
STS de 23.07.2008	RJ\2008\7063	Sr. Juan Antonio Xiol Ríos
STS de 18.07.2008	RJ\2008\4720	Sr. José Almagro Nosete
STS de 14.05.2008	RJ\2008\3077	Sr. Juan Antonio Xiol Ríos
STS de 15.02.2008	RJ\2008\2670	Sr. Juan Antonio Xiol Ríos

58. Referencias de la base de datos Westlaw.

STS de 30.07.2007	RJ\2007\4962	Sr. Juan Antonio Xiol Ríos
STS de 21.06.2007	RJ\2007\3781	Sr. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta
STS de 23.03.2007	RJ\2007\1542	Sr. Clemente Auger Liñán
STS de 26.02.2007	RJ\2007\2115	Sr. Juan Antonio Xiol Ríos
STS de 27.07.2006	RJ\2006\6548	Sr. Juan Antonio Xiol Ríos
STS de 26.05.2006	RJ\2006\3171	Sr. José Almagro Nosete
STS de 23.05.2006	RJ\2006\5827	Sr. Pedro González Poveda
STS de 30.03.2006	RJ\2006\2129	Sr. Juan Antonio Xiol Ríos
STS de 27.02.2006	RJ\2006\1564	Sr. Antonio Salas Carceller
STS de 14.12.2005	RJ\2006\1225	Sr. José Antonio Seijas Quintana
STS de 30.11.2005	RJ\2005\7859	Sr. Jesús Corbal Fernández
STS de 14.07.2005	RJ\2005\6532	Sr. Francisco Marín Castán
STS de 18.02.2005	RJ\2005\1682	Sr. Francisco Marín Castán
STS de 12.12.2003	RJ\2003\9285	Sr. Luis Martínez Calcerrada
STS de 10.04.2003	RJ\2003\3557	Sr. Clemente Auger Liñán
STS de 30.12.2002	RJ\2003\333	Sr. Luis Martínez Calcerrada
STS de 23.05.2001	RJ\2001\3372	Sr. Luis Martínez Calcerrada
STS de 06.04.2001	RJ\2001\4785	Sr. José Manuel Martínez Pereda
STS de 19.12.2000	RJ\2000\10127	Sr. José Manuel Martínez Pereda
STS de 08.06.2000	RJ\2000\5098	Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz
STS de 28.12.1999	RJ\1999\9379	Sr. José Manuel Martínez Pereda
STS de 14.05.1999	RJ\1999\3106	Sr. Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa
STS de 03.10.1998	RJ\1998\8587	Sr. Antonio Gullón Ballesteros
STS de 25.03.1998	RJ\1998\1651	Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz
STS de 28.01.1998	RJ\1998\357	Sr. Xavier O'callaghan Muñoz
STS de 16.12.1996	RJ\1996\8971	Sr. Pedro González Poveda
STS de 04.02.1992	RJ\1992\819	Sr. Jesús Marina Martínez-Pardo

Sentencias de las Audiencias Provinciales

Tribunal y fecha	Referencia[59]	Magistrado Ponente
SAP Huesca de 28.09.2012	JUR\2012\371060	Sr. J. Tomás García Castillo
SAP Madrid de 27.09.2012	JUR\2012\372158	Sr. José Luis Zarco Olivo
SAP Lugo de 14.09.2012	JUR\2012\334963	Sr. J. Antonio Varela Agrelo
SAP Madrid de 13.09.2012	JUR\2012\317653	Sr. Rafael Mª Carnicero Giménez de Azcárate
SAP C. Real 31.07.2012	JUR\2012\315164	Sra. Encarnación Luque López
SAP Valencia 02.07.2012	JUR\2012\313052	Sra. Carmen Brines Tarraso
SAP León de 22.06.2012	JUR\2012\251416	Sra. Pilar Robles García
SAP Ourense 29.05.2012	JUR\2012\209714	Sr. Juan Manuel de los Ríos Sánchez
SAP Alicante 26.04.2012	JUR\2012\248757	Sra. Mª Dolores López Garre
SAP Toledo de 19.04.2012	JUR\2012\161915	Sr. Emilio Buceta Miller
SAP Madrid de 27.03.2012	JUR\2012\185856	Sr. José Mª Guglieri Vázquez
SAP León de 23.03.2012	JUR\2012\137168	Sra. Pilar Robles García
SAP Barcelona 21.03.2012	JUR\2012\144624	Sr. Ramón Foncillas Sopena
SAP Valladolid 24.02.2012	JUR\2012\88540	Sr. José Ramón Alonso-Mañero Pardal
SAP Asturias 06.02.2012	JUR\2012\73487	Sr. Francisco Tuero Aller
SAP Baleares 03.02.2012	JUR\2012\67009	Sra. Covadonga Sola Ruiz
SAP Asturias 27.01.2012	JUR\2012\66626	Sr. Rafael Martín del Peso García
SAP Valencia 27.12.2011	JUR\2012\78429	Sr. Manuel José López Orellana

59. Referencias de la base de datos Westlaw.

SAP Palencia 25.02.2011	AC\2011\1054	Sr. Mauricio Bugidos San José
SAP Madrid de 18.01.2011	AC\2011\1725	Sr. Modesto Bustos Gómez-Rico
SAP Murcia de 12.11.2009	JUR\2010\18659	Sr. Carlos Moreno Millán
SAP de Pontevedra de 10.11.2009	AC\2010\271	Sr. Francisco Romero Costas
SAP Santa Cruz de Tenerife de 26.09.2008	JUR\2009\135252	Sra. Concepción Macarena González Delgado
SAP Málaga de 04.07.2008	JUR\2009\10184	Sr. José Luis Martín Tapia
SAP Asturias 06.07.2005	JUR\2005\224783	Sr. José Ignacio Álvarez Sánchez
SAP Badajoz 31.01.2005	JUR\2006\12937	Sr. Fernando Paumard Collado
SAP Segovia 22.10.2003	AC\2003\1741	Sra. Susana Sacristán Dea
SAP Madrid de 31.10.2000	AC\2002\91	Sra. Rosa Mª Carrasco López
SAP Málaga de 26.10.2000	JUR\2001\45318	Sra. Soledad Jurado Rodríguez
SAP Huesca de 04.12.1993	AC\1993\2373	Sr. Santiago Serena Puig
SAP Zaragoza 16.04.1993	AC\1993\417	Sr. Carlos Bermúdez Rodríguez

FUNDACIÓN Mutualidad

Persecución del blanqueo de capitales: ¿y el secreto profesional de los abogados?

Leire Reyes Vea

Leire Reyes Vea
Escuela de Práctica Jurídica del
Ilustre Colegio de Álava

PRIMER PREMIO EX AEQUO
I Premios a la Excelencia de la Cátedra
Fundación Mutualidad Abogacía

2012

Índice

Introducción 62
1. Naturaleza fundamental del secreto profesional 65
1.1. Regulación legal del secreto profesional en el ordenamiento jurídico español 65
1.2. Reflejo jurisprudencial y doctrinal de la relevancia del secreto profesional 67
2. La persecución del blanqueo de capitales: ámbito europeo y estatal 69
2.1. Ámbito europeo 69
2.2. Ámbito estatal 74
3. Conflictos entre el secrto profesional y las estrategias legislativas de persecución del blanqueo de capitales 78
3.1. La solución en el ámbito comunitario. 79
3.2. Análisis de las posibles contradicciones a la luz de concretos supuestos de ejercicio de la abogacía 82
Reflexiones finales 95
Bibliografía 99

«Una cosa no es justa por el hecho de ser ley.
Debe ser ley porque es justa»

Montesquieu

Introducción

1978. En pleno proceso histórico de cambio y cuando un nuevo modelo de estado y de visión de las cosas estaba naciendo, el constituyente quiso ya fijar una garantía constitucional al derecho de defensa, protegiéndola de esa manera frente a los deseos del poder legislativo, que a menudo se muestra caprichoso y tornadizo con el paso de los años.

Nace así el artículo 24 de la Constitución Española, el cual asevera de manera contundente que:

> "1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. 2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos".

El letrado se convierte de esta manera en garante de un derecho fundamental como es el derecho a la defensa, que toda persona ostenta por el hecho de serlo. Se configuran a partir de ese momento histórico toda una serie de garantías y responsabilidades derivadas del ejercicio de la abogacía, justificadas por la necesidad de establecer pautas para el desarrollo de tan importante función dentro del Estado de Derecho. Sumado a lo anterior, se ha ido desarrollando tanto en sede legislativa como en sede de nuestros órganos judiciales, un elenco de derechos y deberes que deben ser respetados por los abogados en el ejercicio efectivo de su función en tanto que tales.

De manera paralela a todo lo anterior, durante los últimos años, ha surgido en el ámbito europeo, transmitiéndose después a nuestro ámbito interno, una profunda preocupación por frenar el avance de los delitos de blanqueo de capitales. Se trata sin duda de una de las infracciones penales que más ha preocupado a las altas instancias europeas, por tratarse no sólo de un tipo que conlleva en ocasiones la existencia de una importante organización de personas previamente existente para su comisión, sino porque además se trata de un delito que esconde a aquellos que le preceden, los denominados delitos subyacentes, preocupantes en igual o superior grado si cabe, como es el caso del tráfico de drogas o de la prostitución.

Sin duda se ha llevado a cabo una respuesta por parte de las instituciones frente a una de las lacras del actual mundo occidental, fortalecida más si cabe por tratarse de un delito cuyos autores son en ocasiones personas en gran medida poderosa, dado que se encuentran a la sombra de una verdadera trama delictiva, cuyo objetivo último es la obtención de capital por medio del desarrollo de actividades ilícitas.

La reacción desde las esferas normativas europeas y estatales no se ha hecho esperar, dictando directivas y leyes cuya objetivo es afianzar los medios de búsqueda de información sobre las redes del blanqueo de capitales, y el ataque a los cimientos de las mismas. A tal fin, se ha optado, tal y como se expondrá a lo largo del presente trabajo, por imponer obligaciones a determinados agentes que eventualmente pudieran entrar en contacto con aquellos sujetos que cometen los delitos de blanqueo de capitales, al objeto de establecer determinadas obligaciones

de información y comunicación con las Autoridades de los Estados, en un ejercicio de prevención del delito. En otras palabras, lo que se busca es obtener información que permita paralizar a las redes de blanqueo de capitales con carácter previo a que las mismas lleven a cabo actuaciones delictivas.

En el anterior contexto, entró en vigor en nuestro país la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo[1], la cual establece de manera genérica una serie de obligaciones de diligencia debida, de información y de control interno, que afecta a diversos colectivos de profesionales entre los que se encuentran los abogados, con determinadas excepciones de las que en todo caso también se dejará constancia a lo largo del presente trabajo.

Lo anterior no ha hecho sino suscitar múltiples dudas respecto de la posibilidad de convivencia entre los derechos y deberes, así como características básicas del ejercicio de la abogacía (muy especialmente del secreto profesional) y las obligaciones que establece la nueva regulación de prevención del blanqueo de capitales. Dudas que, a la vista de la falta de concreción de todos los supuestos posibles por parte de la regulación normativa, sólo podrán ser salvadas por vía interpretativa en nuestros juzgados y Tribunales, y, de la misma manera, por medio del estudio doctrinal que permita alcanzar una visión comprensiva de ambas posturas, si bien la misma se antoja en algunos supuestos complicada.

En suma, a lo largo de las siguientes páginas se expondrán las novedades incorporadas en nuestra legislación en materia de prevención y lucha contra el blanqueo de capitales, así como la configuración normativa y jurisprudencial del secreto profesional que ampara la actuación de los abogados; en la búsqueda de una solución que permita, si es posible, mantener el nivel de política criminal que se pretende desde las altas Instancias, sin merma de las garantías que debe otorgar un Estado de derecho al ejercicio efectivo del derecho fundamental de defensa por parte de los abogados.

1. BOE núm. 103 de 29 de abril de 2010.

01 Naturaleza fundamental del secreto profesional

1.1. Regulación legal del secreto profesional en el ordenamiento jurídico español

El secreto profesional del abogado se configura como uno de los más esenciales derechos – deberes sobre los que se asienta el ejercicio de la profesión. Así se refleja en el hecho de tener una sólida base legal que deriva de manera directa del artículo 24 de la Carta Magna, el cual le otorga una proyección constitucional que refuerza su valor como principio inquebrantable.

El mismo puede ser definido como la obligación de los abogados de no desvelar aquellas informaciones y conocimientos a los que tengan acceso como consecuencia del ejercicio de su profesión, y relativos a sus clientes. De la misma manera, tiene una vertiente positiva, en tanto que derecho de los propios abogados de no ser obligados a declarar en razón de dichos conocimientos, y el derecho de no tener que desvelar los mismos a cualesquiera personas o autoridades, si bien el mismo sólo puede decaer en muy concretas circunstancias y con garantías de que el desvelo del secreto profesional sólo se realizará en caso de fuerza mayor y al objeto de evitar bienes jurídicos superiores.

Por otro lado, el secreto profesional resulta ser a su vez garantía para los propios clientes del abogado, que podrán confiar en que aquellas informaciones que compartan con éste no serán utilizadas posteriormente en su contra, ni podrán salir de la estricta esfera de privacidad con su abogado.

La Ley Orgánica del Poder Judicial en su artículo 437.2º señala de manera contundente que *"los Abogados deberán guardar secreto de todos los hechos o noticias que conozcan por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, no pudiendo ser obligados a declarar sobre los mismos."*

Dicha obligación es reiterada de manera muy similar por el artículo 32 del Estatuto General de la Abogacía, siendo desarrollada en mayor detalle por el artículo 5 del Código Deontológico de la abogacía.

Las leyes procesales tampoco han obviado hacer mención al secreto profesional de los abogados. Muy al contrario han subrayado de manera expresa la exención a los letrados del deber de denunciar a sus clientes (artículo 263 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal); ha considerado inhábiles como testigos a aquellos obligados a guardar secreto por su estado o profesión, en los asuntos relativos a su profesión o estado (artículo 1247.5º del Código Civil); y ha dispensado de testificar al abogado del procesado respecto de los hechos que éste le hubiera confiado en su calidad de defensor (artículo 416.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Habida cuenta de lo anterior, cabe afirmar de manera irrefutable que nuestro ordenamiento jurídico ha querido blindar el secreto profesional de los abogados en el ejercicio de su profesión, el cual se manifiesta tanto en su versión de derecho–deber de aquellos, como en la de garantía del derecho fundamental de defensa de los ciudadanos.

1.2. Reflejo jurisprudencial y doctrinal de la relevancia del secreto profesional

Tanto la jurisprudencia como la doctrina no se han mantenido, como no podía ser de otra manera, al margen de la importancia clave otorgada al secreto profesional por el ordenamiento jurídico.

El Tribunal Supremo ha afirmado desde hace ya años que el deber de secreto profesional de los Abogados se funda en *"la necesidad de salvaguardar la confianza del cliente en el Abogado como única forma de hacer posible que éste disponga de la información necesaria para llevar a cabo su defensa, con la eficacia que la Constitución –en el ámbito del proceso– considera nota característica del derecho a la tutela judicial"*[2]. En este sentido, el secreto profesional además de cómo fin en sí mismo, en tanto que garantía de que las informaciones vertidas por el cliente a su abogado no serán después utilizadas por éste en su contra, ni saldrán del ámbito de privacidad de dicha relación profesional; se configura como una instrumento, una herramienta que refuerza la necesaria confianza que debe ser la base de la relación misma. Sin secreto profesional, difícilmente un cliente podrá confiar a su abogado los más importantes detalles del problema jurídico que le aflige, sin la garantía de que los mismos quedarán en la más absoluta intimidad.

En relación a la confianza insita en la relación del cliente con el abogado, el mismo Tribunal ya había afirmado de manera categórica que *"ha de destacarse que la relación del cliente con su Abogado está basada en la confianza, de suerte que, desaparecida ésta, debe cesar dicha relación sin que resulte admisible que posibles dificultades económicas impidan cambiar de Letrado por la necesidad de pagar sus honorarios al anterior antes de que el nuevo Abogado asuma la defensa. No siempre el juego de plazos admite dilaciones, y no sería razonable vincular al cliente con su primitivo Letrado, de suerte que éste continuara con la defensa de quien había perdido la confianza en él"*[3].

2. Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 1998.
3. Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de abril de 1990.

La doctrina, de manera sumamente ilustrativa señaló ya desde hace tiempo que «la colaboración y confianza –corolario de la primera– aparecen como factores preponderantes del eficaz ejercicio de la defensa técnica: bajo ningún concepto se puede hablar de defensa si entre imputado y defensor no existe confianza y colaboración»[4]. De manera aún más clara se había pronunciado en su día la doctrina al señalar que «la violación del secreto es siempre un pecado de infidencia, pues a la confianza debe corresponderse con la lealtad»[5].

Resulta interesante remitirnos a dichas menciones tanto de jurisprudencia como de doctrina que proceden de años atrás, puesto que ello nos brinda la oportunidad de descubrir que la concepción del secreto profesional como base fundamental sobre la que se sostiene el derecho de defensa que encuentra su fundamento en el propio texto constitucional, ha sido subrayada de manera reiterada con el paso de los años. Nos encontramos en suma, ante uno de los pilares fundamentales de nuestra función como abogados, y desde el principio se ha entendido como tal por parte de la jurisprudencia y de la doctrina.

Procede traer a colación en este momento las palabras de Aguilera de Paz, en interpretación de las prerrogativas y derechos específicos de los Abogados (en concreto el derecho a no denunciar) llegando a afirmar que «resulta suficientemente justificada la exención por una razón de decoro y moralidad profesional, porque, de lo contrario, se faltaría a la confianza impuesta en los que desempeñan tales cargos; pero, además, hace indispensable su consignación en la Ley el respeto que se debe al derecho de protección y defensa que el delincuente merece y que ha de encontrar eficazmente sancionado y garantizado; cuyo derecho sería ilusorio si los Abogados y Procuradores no tuvieran libertad para ejercerlo, facultándoseles para reservar las noticias que confidencialmente y con relación a su defensa, o como elementos para ella, les comunican sus defendidos y representados»[6].

4. V. Moreno Catena, El secreto en la prueba de testigos del proceso penal, Madrid, 1980, pág. 209.
5. A. Fernández Serrano, El secreto profesional de los Abogados, Madrid, 1953, pág 6.
6. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, vol III, Madrid, 1912, pág 70.

02 La persecución del blanqueo de capitales: ámbito europeo y estatal

2.1. Ámbito europeo

Las Instituciones Europeas se han erigido desde hace años como vanguardistas en lo relativo a la regulación de la normativa preventiva del blanqueo de capitales, en una continua búsqueda al objeto de encontrar vías para prevenir y lograr frenar dichos delitos en un momento anterior a que los mismos lleguen a producirse, por medio de la obtención rápida y eficaz de información sobre la comisión de los mismos.

En este sentido, los primeros antecedentes concretos los encontramos en el momento en el que ya se dictó la Directiva 91/308/C.E.E del Consejo, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales, modificada posteriormente por la Directiva 2001/97/C.E. cuyo objetivo es mejorar la persecución y sanción de éste tipo de delincuencia, ante la preocupación creciente por la constatación de la relación entre dicha infracción y el terrorismo u otros delitos cometidos por organizaciones ilícitas (así por ejemplo el tráfico de drogas o la prostitución y trata de personas).

Posteriormente dicha normativa ha sido modificada e implementada por:

- la *Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo,* de fecha 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;
- la *Directiva 2006/70/CE de la Comisión*, de 1 de agosto de 2006, por la que se establecen disposiciones de aplicación de la anterior Directiva 2005/60/CE así como el régimen sancionador en relación con las disposiciones contenidas en el Reglamento núm. 1781/2006.
- el *Reglamento (CE) NÚM. 1781/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo*, de 15 de noviembre de 2006, relativo a la información sobre los ordenantes que acompaña a las transferencias de fondos.
- la *Directiva 2007/64/CE del Parlamento Europeo y del Consejo*, de 13 de noviembre de 2007, sobre servicios de pago en el mercado anterior por el que se modificaban las Directivas 97/7/CE, 2002/65/CE, 2005/60/ce y 2006/48/CE y por la que se derogaba la Directiva 97/5/CE;
- la *Directiva 2008/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo*, de 11 de marzo de 2008 la cual modifica las competencias de ejecución atribuídas a la Comisión en materia de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo; por la Directiva 2009/110/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009 sobre el acceso a la actividad de las entidades de dinero electrónico y su ejercicio, así como sobre la supervisión prudencial de dichas entidades;
- la *Directiva Directiva 2010/78/UE del Parlamento Europeo y del Consejo*, de 24 de noviembre de 2010 , por la que se modifican las Directivas 98/26/CE, 2002/87/CE, 2003/6/CE, 2003/41/CE, 2003/71/CE, 2004/39/CE, 2004/109/CE, 2005/60/CE, 2006/48/CE, 2006/49/CE y 2009/65/CE en relación con las facultades de la Autoridad Europea de Supervisión (Autoridad Bancaria Europea), la Autoridad Europea de Supervisión (Autoridad Europea de Seguros y Pensiones de Jubilación) y la Autoridad Europea de Supervisión (Autoridad Europea de Valores y Mercados).

Nos encontramos pues ante una materia que ha sido profusamente regulada, muestra sin duda de la creciente preocupación en el ámbito europeo por frenar una escalada de delincuencia vinculada al blanqueo de capitales. En concreto la regulación europea se ha propuesto a través de dichas novedades legislativas, ampliar la prohibición del blanqueo de capitales obtenidos por tráfico de drogas (única modalidad perseguida en un primer momento histórico) a los capitales procedentes de todas las formas de delincuencia organizada, esto es, a todos los delitos subyacentes posibles; buscar y reforzar a su vez la cooperación entre las autoridades nacionales y la Comisión o distintos organismos europeos cuando se desarrollan actividades ilícitas en territorio de los estados miembro que puedan resultar perjudiciales para los intereses financieros de las Comunidades Europeas; y además, dicha normativa extiende las obligaciones establecidas en la misma a determinadas actividades y profesiones no financieras. En suma, es este último objetivo el que ha favorecido que se impongan normativamente obligaciones al colectivo de la abogacía, que indudablemente han hecho saltar las alarmas en diferentes foros por la posibilidad de que aquellas contravengan los derechos y prerrogativas de los abogados en el ejercicio de su profesión.

De manera breve dado que las obligaciones concretas van a ser analizadas cuando entremos a considerar la normativa estatal en ésta materia, puede señalarse que en el ámbito europeo, las Directivas han pretendido imponer obligaciones de tres naturalezas diversas para aquellos agentes que intervienen en procesos que puedan, eventualmente, dar lugar a actividades de blanqueo de capitales. En primer lugar, la de *identificación personal*, consistente en que toda entidad, institución y persona sujeta a lo dispuesto en la Directiva, exija la identificación de sus clientes, mediante un documento suficientemente acreditativo, en el momento de entablar las relaciones de negocios. En segundo lugar, la *identificación real*, debiendo examinar con especial atención cualquier transacción que se considere, por su propia naturaleza, particularmente vinculada al blanqueo de capitales. Y por último, la *obligación de información*, estableciéndose la obligación de transmitir a las autoridades cuantas informaciones se hubieran obtenido relativas a hechos que pudieran erigirse como indicios de blanqueo de capitales, remitiéndose

a aquellas autoridades responsables de la lucha contra el blanqueo de capitales del Estado miembro en cuyo territorio se encuentre situada la persona, entidad o institución que facilite dicha información.

Sin duda, nos encontramos ante la voluntad por parte del legislador europeo de ampliar sustancialmente las obligaciones de aquellos agentes que pueden entrar en contacto con sujetos dedicados a las actividades delictivas consistentes en el blanqueo de capitales, al objeto de que obteniendo por su parte información precisa con anterioridad a la comisión del delito, pueda frenarse el mismo a la vez que tener acceso a la información sobre los delitos subyacentes. La Unión Europea ha mantenido así una actitud y voluntad claramente intervencionistas.

Consecuentemente las instituciones y los profesionales sujetos normativamente a dichas Directivas se han convertido en verdaderos "garantes" a la hora de controlar la legalidad de las operaciones concretas que se traten. Además, de manera implícita se instituye una suerte de presunción de sospecha de los clientes, que deberá decaer a la vista de la documentación que presenten en cada supuesto concreto; pero a primera vista deberán ser identificados por si en un momento posterior se confirmara que sus actividades están dirigidas a la comisión de delitos de blanqueo de capitales (lo cual supone una evidente ruptura con el principio inquebrantable de presunción de inocencia que rige en todo caso ante procedimientos penales).

Con respecto en especial a la obligación que se establece en dicha normativa de ámbito europeo, transpuesta como veremos en nuestra legislación estatal, los autores han encendido las alarmas en lo tocante a cómo dichas obligaciones pudieran eventualmente ser exigidas a los abogados en su ejercicio profesional. En tal sentido se ha llegado a afirmar de manera sumamente ilustrativa, siendo conveniente por tal razón reproducir exactamente las palabras que «Reflexiónese acerca del modo en que se subvierte el esquema clásico del ejercicio de la Abogacía: los documentos que el cliente entrega para el trazado de una posible estrategia procesal o de un puntual asesoramiento son utilizados por su Letrado para que acaben constituyendo, nada menos, que en la base de una condena futura y cierta, dado que la confianza que se presume entre

ambos interlocutores invita a que el cliente se sincere verbal y documentalmente, valga la expresión, con su asesor técnico»[7].

Debe señalarse sin embargo, que la Directiva no fue absolutamente ajena a la diferente naturaleza que mantiene un abogado en el ejercicio de su función de defensa, respecto del resto de agentes que pueden encontrarse sometidos a dicha regulación. En ese sentido, ya en la Directiva 2001/97/CE se estableció de manera expresa que: *"Los Estados miembros no estarán obligados a imponer las obligaciones establecidas en el apartado 1 (relativas a la remisión de documentación a las Autoridades competentes de la persecución del blanqueo de capitales) a los notarios, profesionales independientes del Derecho, auditores, contables externos y asesores fiscales, con respecto a la información que éstos reciban de uno de sus clientes u obtengan sobre él al determinar la posición jurídica a favor de su cliente o desempeñar su misión de defender o representar a dicho cliente en procesos judiciales o en relación con ellos, incluido el asesoramiento sobre la incoación o la forma de evitar un proceso, independientemente de si han recibido y obtenido dicha información antes, durante, o después de tales procesos"*. Sin embargo, dicha exención no está ausente de generar problemas interpretativos y no resultó ser solución ni mucho menos de todas las posibles situaciones que se generasen con respecto a la actuación de los abogados en las diversas facetas y ámbitos de su actividad profesional.

En suma, desde la Unión Europea se ha mantenido una línea orientada de manera clara a ampliar las obligaciones de aquellos sujetos que pueden por su profesión entrar en contacto con los autores de los delitos de blanqueo de capitales, como muestra de una decidida y firme voluntad intervensionista.

7. CORTÉS BECHIARELLI, Emilio. *Secreto profesional del abogado y ejercicio del derecho de defensa a la luz de la directiva 2001/97/C.E* del Parlamento Europeo y del Consejo. Anuario de la Facultad de Derecho , vol. XXI, 2003, pág. 161.

2.2. Ámbito estatal

Si bien en anteriores epígrafes hemos preferido remitirnos a criterios jurisprudenciales y doctrinales asentados ya en años pasados, en el que pasamos a abordar nos vamos a centrar de manera única en la legislación actualmente vigente en nuestro país en materia de prevención y persecución del blanqueo de capitales.

La actual legislación viene precedida por la Ley 19/1993, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales; y la Ley 12/2003, de 21 de mayo, de Prevención y Bloqueo de la Financiación del Terrorismo. Dicha dispersión normativa provocaba claras disfuncionalidades, toda vez que la Ley 12/2003 no se limitaba a regular la congelación o el bloqueo de fondos potencialmente vinculados al terrorismo, sino que además reproducía las obligaciones de prevención de la Ley 19/1993, de 28 de diciembre.

En el 2010 entró en vigor la Ley 10/2010 de Prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo[8], la cual venía a transponer todas las obligaciones contenidas en las diversas Directivas que desde el 2001 habían regulado en el ámbito europeo la materia, cumpliendo así España con sus obligaciones en tanto que Estado miembro. Aún manteniéndose vigente la Ley 12/2003 en lo relativo al bloqueo, la Ley 10/2010 pasa a regular de manera unitaria los aspectos preventivos tanto del blanqueo de capitales como de la financiación del terrorismo, haciendo gala de una mejor técnica legislativa y evitando la dispersión normativa, unificándose los regímenes de prevención de ambas modalidades delictivas por tratarse sin duda de infracciones que tienen importantes y esenciales puntos en común.

Dicha Ley del 2010, contiene un preámbulo que si bien conciso, resulta sumamente ilustrativo de los objetivos y razones que llevan al legislador en centrarse en dicha materia. A tal respecto, señala que la política de prevención del blanqueo de capitales surgió ya en la década

8. BOE 29 abril 2010, núm 103 (pág. 37458).

de 1980 como reacción a la creciente preocupación que planteaba la criminalidad financiera derivada, en concreto, del tráfico de drogas. En este contexto, se originó una importante política internacional coordinada, cuya más esencial manifestación fue la creación en 1989 del Grupo de Acción Financiera (GAFI). Las recomendaciones de dicho Grupo se han convertido en estándar internacional en la materia, constituyéndose en la inspiración directa de las Directivas Comunitarias que han sentado la regulación de mínimos, que debe ser concretada y desarrollada a través de la normativa interna por los Estados miembros de la Unión Europea.

Entrando en el análisis de los aspectos fundamentales, en lo tocante a la figura del abogado, obrantes en la Ley 10/2010, debemos señalar en primer lugar, que el artículo 2. ñ) señala que están sujetos a su regulación *"los abogados, procuradores u otros profesionales independientes cuando participen 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 y otros activos, apertura o gestión de cuentas corrientes, cuentas de ahorros o cuentas de valores, la organización e 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"*. Nos encontramos por lo tanto ante una concreción funcional de aquellas actividades concretas que en ámbito del ejercicio profesional de un abogado estarán sujetas a la regulación; esto es, un abogado estará sujeto, en principio, a la regulación de dicha Ley en tanto que desarrolle dicha actividad con sus clientes.

En cuanto a las obligaciones establecidas por la normativa, en primer lugar la Ley especifica la obligación de *identificación formal* respecto de todas aquellas personas físicas o jurídicas que pretendan establecer relaciones de negocio o intervenir en cualesquiera operaciones, la información sobre el propósito e índole prevista de la relación de negocios que se pretenda llevar a cabo, y el seguimiento continuo de los mismos, incluido el escrutinio de las operaciones efectuadas a lo largo de la relación a fin de garantizar que coincidan con el conocimiento que se

tenga por el sujeto obligado, del cliente, de su perfil empresarial y riesgo, incluido el origen de los fondos, garantizando que los documentos, datos e informaciones se encuentren actualizados.

En segundo lugar, la Ley establece las *obligaciones de información*, que contenidas en el artículo 18 bajo el título de "Comunicación por indicio" se concretan en afirmar que: *"1. Los sujetos obligados comunicarán, por iniciativa propia, al Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias (en adelante, el Servicio Ejecutivo de la Comisión) cualquier hecho u operación, incluso la mera tentativa, respecto al que, tras el examen especial a que se refiere el artículo precedente, exista indicio o certeza de que está relacionado con el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo. En particular, se comunicarán al Servicio Ejecutivo de la Comisión las operaciones que, en relación con las actividades señaladas en el artículo 1, muestren una falta de correspondencia ostensible con la naturaleza, volumen de actividad o antecedentes operativos de los clientes, siempre que en el examen especial previsto en el artículo precedente no se aprecie justificación económica, profesional o de negocio para la realización de las operaciones"*.

Por último, en su artículo 21, la Ley 10/2010 establece la última de las obligaciones al afirmar que *"los sujetos obligados facilitarán la documentación e información que la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias o sus órganos de apoyo les requieran para el ejercicio de sus competencias"*. Se trata en suma de la obligación de remitir la información y documentación relativas a posibles delitos de blanqueo de capitales a la Comisión, atendiendo así a los requerimientos de información que la misma les pudiera dirigir.

Siendo éstas las obligaciones fundamentales establecidas por la legislación como herramientas para la prevención del blanqueo de capitales, la Ley no ha desconocido la especial circunstancia de los abogados en el ejercicio de su profesional. A éste respecto establece una exención expresa, si bien limitada a que se cumplan los requisitos derivados de su literalidad, en el artículo 22, cuya dicción señala que *"Los abogados no estarán sometidos a las obligaciones establecidas en los artículos 7.3, 18 y 21 con respecto a la información que reciban de uno de sus clientes u obtengan sobre él al determinar la posición jurídica a favor de su cliente o desempeñar*

su misión de defender a dicho cliente en procesos judiciales o en relación con ellos, incluido el asesoramiento sobre la incoación o la forma de evitar un proceso, independientemente de si han recibido u obtenido dicha información antes, durante o después de tales procesos. Sin perjuicio de lo establecido en la presente Ley, los abogados guardarán el deber de secreto profesional de conformidad con la legislación vigente".

Se trata de un artículo el anterior que trata de salvaguardar las especiales prerrogativas de los abogados, al objeto de evitar que puedan interpretarse las obligaciones establecidas en la ley como contrarias al secreto profesional de aquellos. Sin embargo, tal y como se desarrollará a lo largo del presente trabajo, no se han solucionado con tal previsión todas las incongruencias y confusiones que pudieran generarse, dado que la falta de sujeción de los abogados a la ley sólo se prevé en tanto en cuanto éstos actúen en relación con procesos judiciales, lo cual deja fuera posibles actuaciones de los abogados al margen de la existencia de tales procedimientos.

No obstante, no debe dejarse de apreciar el interés del legislador por establecer dicha exención que, si bien no soluciona de manera definitiva y completa todos los conflictos que pudieran generarse, sí supone una garantía esencial para los abogados, en aras de asegurar el respeto por los caracteres básicos sobre los que se asienta su ejercicio profesional.

03 Conflictos entre el secrto profesional y las estrategias legislativas de persecución del blanqueo de capitales

Partiendo del análisis de la normativa vigente en materia de prevención y persecución del blanqueo de capitales realizado en apartados anteriores, procede entrar en el análisis de la existencia o no de posibles contradicciones entre la misma y la garantía fundamental del secreto profesional que ostenta todo abogado en el ejercicio profesional. Si bien es cierto que con carácter previo, debe señalarse que se trata de un conflicto al que se ha dado soluciones parciales a través de las menciones legislativas ya señaladas, ello no obsta que en la actualidad continúe siendo un asunto debatido, discutido y de singular actualidad e importancia.

Como punto de partida debemos subrayar el hecho de que tratándose el ejercicio de la abogacía de una profesión singularmente multidisciplinar, sobre la base de que son muy diferentes y variadas las actividades de asesoramiento y defensa que pueden llevar a cabo los letrados, no es posible dar soluciones únicas y válidas para todos los supuestos; al contrario, debe realizarse un análisis que si bien en el presente trabajo no podrá ser muy somero, en la realidad debiera referirse a la posibilidad de exigir el cumplimiento de las obligaciones previstas en la legislación a los letrados, dependiendo de la concreta función que estén llevando a cabo y no de manera genérica.

3.1. La solución en el ámbito comunitario.

Procede referirnos aquí a la postura mantenida por los Tribunales Europeos a la hora de dilucidar si las obligaciones establecidas por medio de Directivas en el ámbito comunitario, vulneran en alguna medida el secreto profesional de los abogados. A este respecto debemos remitirnos a la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de la Unión Europea, de 26 de junio de 2007, la cual en la resolución del caso Ordre des barreaux francophones et germanophone y otros, tuvo ocasión de referirse a las posibles contradicciones existentes entre la regulación europea relativa a la persecución del blanqueo de capitales, y el secreto profesional en el ejercicio de la abogacía.

La cuestión prejudicial planteada al Tribunal en aquella ocasión se referían a la posibilidad de que la Directiva 2001/97 vulnerase el derecho al proceso justo tal y como está garantizado en el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y por el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea, en la medida en la que la Directiva imponía la inclusión de los profesionales independientes del Derecho, sin excluir la profesión de abogado, en el ámbito de aplicación de dicha Directiva, que tiene por objeto fundamentalmente que se imponga a las personas y entidades que en ella se indican una obligación de informar a las Autoridades responsables de la lucha contra el blanqueo de capitales de cualquier hecho que pudiera ser indicio de tal blanqueo (artículo 6 de la Directiva 91/308/CEE, sustituido por el artículo 1, número 5, de la Directiva 2001/97/CEE).

En concreto, se planteaba si en la medida en que se hacía extensible a los abogados, por medio de la normativa referida, la obligación de informar a las autoridades competentes cuando tengan conocimiento de hechos que sepan o sospechen que están vinculados al blanqueo de capitales y la obligación de transmitir esas informaciones a las Autoridades; no suponía una vulneración injustificada de los principios de secreto profesional y de independencia de los abogados, principios que

se erigen en tanto que elementos constitutivos del derecho fundamental de todo justiciable a un proceso justo y al respeto al derecho de defensa.

Al resolver en esta materia, el Tribunal diferencia dos situaciones diversas. En primer lugar la del abogado, en su misión de asesoramiento, defensa y representación de un cliente en un procedimiento judicial o su preparación. A este respecto señala que el derecho a un proceso justo y al ejercicio del derecho de defensa, efectivamente se vería vulnerado si el abogado estuviera obligado a cooperar con los poderes públicos transmitiéndoles la información obtenida con motivo de las consultas jurídicas efectuadas dentro de dicho procedimiento.

Sin embargo, una segunda situación sería la del abogado que presta su asistencia en el marco de las actividades relacionadas en el artículo 2 bis, número 5 de la Directiva 91/308, referidas a la asistencia a los clientes en la concepción o realización de las transacciones, esencialmente aquellas de orden financiero e inmobiliario, contempladas en la letra a) de ésta disposición, o bien cuando actúen directamente por nombre de su cliente en cualquier transacción de dichas características. En este caso, entiende el Tribunal que el abogado sí se encuentra sometido a las obligaciones de información y de cooperación que impone el artículo 6, apartado 1, puesto que, en palabras del Tribunal *"las mencionadas obligaciones 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"*.

A la vista de las anteriores consideraciones, el Tribunal de Justicia en Gran sala, acaba por resolver que *"Las obligaciones de información y de cooperación con las autoridades responsables de la lucha contra el blanqueo de capitales previstas en el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 91/308/CEE del Consejo, de 10 de junio de 1991, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales, en su versión modificada por la Directiva 2001/97/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de diciembre de 2001, y que el artículo 2 bis, número 5, de la misma Directiva impone a los abogados, no vulneran el derecho a un proceso justo, tal como éste está garantizado por el artículo 6 del CEDH y el artículo 6 UE, apartado*

2, habida cuenta de lo dispuesto en el artículo 6, apartado 3, párrafo segundo, de dicha Directiva".

En consecuencia, y tal y como se deriva de lo anterior, el Tribunal de Justicia distingue aquellos supuestos en los que el abogado actúa estrictamente en ejercicio del derecho de defensa, de aquellos otros en los que lleva a cabo funciones de asesoramiento y de planificación jurídica de determinadas operaciones especialmente susceptibles de ser utilizadas como herramientas para el blanqueo de capitales. En este segundo caso, el Tribunal afirma de manera rotunda la obligación de los abogados de cumplir con las obligaciones impuestas en sede comunitaria (y por extensión, de aquellas que impongan las respectivas normativas de los Estados miembros) de identificación, información y comunicación.

3.2. Análisis de las posibles contradicciones a la luz de concretos supuestos de ejercicio de la abogacía

El abogado designado para la defensa

El primero de los supuestos ante los cuales cabe cuestionar si resultan exigibles las obligaciones previstas por la Ley 10/2010 en nuestro caso, es el del abogado designado por cualquiera de los medios previstos por nuestro ordenamiento jurídico para la defensa de los intereses de una parte en un procedimiento judicial.

A tal respecto, el abogado en primer lugar tiene obligación de identificar a su cliente, no ya en aplicación de la Ley 10/2010, sino en virtud del artículo 13,2º del Código Deontológico, de manera que la obligación de identificación subsistirá en todo caso. Sin duda, se trata de un prius necesario respecto de la actuación del abogado en defensa de los intereses de una persona, el de conocer exactamente delante de quién se sitúa.

Mayor problema plantea la obligatoriedad o no de que el abogado deba transmitir la información a la que tenga acceso como consecuencia del ejercicio de su profesión. A tal respecto, la postura mantenida con carácter general por la doctrina es la de afirmar que el secreto profesional cobra plena vigencia. Con respecto a los hechos ya ocurridos en el pasado, con respecto a los que el cliente hubiera tenido participación, aún tratándose de actuaciones integrantes del delito de blanqueo de capitales, el abogado debe guardar absoluto silencio, debiendo afirmarse en consecuencia que el examen de la documentación y de las informaciones que le proporcione el cliente a su abogado, deben limitarse a ser utilizados al objeto de ejercer el derecho constitucional a la defensa y nunca, desde luego, para colaborar con la jurisdicción competente ni para ser trasladados a la Autoridad encargada de la persecución de dichos delitos. El cliente debe contar con la seguridad de que todo aquello que comparta con su abogado al objeto de organizar su estrategia para la

defensa en juicio, no será utilizado fuera de dicho objetivo, ni será puesto en manos de instituciones, Autoridades, o los propios órganos judiciales por parte del propio letrado, lo cual constituiría un ataque innegable al derecho fundamental de defensa.

De manera sumamente gráfica se ha afirmado lo anterior, al señalarse por la doctrina que «La revelación del secreto profesional del Abogado del acusado por delito de blanqueo de capitales –o, insistimos, el que se – constituiría una prueba testifical o documental, en su caso, agresora del derecho fundamental a la defensa del justiciable, además de otros ya señalados en este Dictamen, como el de la tutela judicial efectiva o a un proceso con todas las garantías»[9].

Lo anterior encuentra su límite cuando se trate de hechos futuros, que el cliente pretenda cometer, valiéndose del asesoramiento jurídico y la ayuda del abogado. Esto es, aquellos supuestos en los que el cliente, en común acuerdo con el abogado y de manera conjunta, como consecuencia del contacto que hayan podido tener ambos a raíz de la existencia de un procedimiento concreto, planean actos futuros que sean constitutivos del delito de blanqueo de capitales. No genera dudas el hecho de que deberá imputarse igualmente al abogado el delito de blanqueo de capitales si conoce, y de manera consciente y voluntaria lleva a cabo dicho asesoramiento, buscando como fin el blanqueo de capitales por parte del cliente. Nos encontraríamos ante abogados que, de manera dolosa utilizan sus especiales conocimientos y funciones en tanto que tales para la perpetración de delitos, por lo que no puede afirmarse en modo alguno que su conducta pueda estar amparada por el secreto profesional; éste se ve desplazado por la voluntad deliberadamente dirigida al delito por parte del letrado.

En esta materia, ya en el ámbito comunitario se dictó una Declaración coetánea a la aprobación del Código Deontológico del Consejo de Colegios de Abogados de la Unión Europea, en la que se admitía que cuando los abogados *"participen en una operación jurídica, están obligados a retirarse del asunto desde el momento que sospechen seriamente que dicha*

9. CORTÉS BECHIARELLI, Emilio. *Secreto profesional del abogado y ejercicio del derecho de defensa a la luz de la directiva 2001/97/C.E* del Parlamento Europeo y del Consejo". Anuario de la Facultad de Derecho , vol. XXI, 2003, pág 171.

operación puede tener como resultado el blanqueo del dinero y que el cliente no tiene intención de abstenerse de dicha operación".

En suma, en el caso de los abogados designados para la defensa de los intereses y derechos de un cliente, en un procedimiento concreto bien sea judicial o extrajudicial, el secreto profesional alcanza su máximo nivel, sin que puedan ser exigibles al abogado el cumplimiento de cualesquiera obligaciones de información.

El abogado asesor

Diferente al supuesto anterior resulta aquellos casos en los que los abogados no ejercen en sentido estricto funciones de defensa en un procedimiento concreto, sino que su labor se dirige a asesorar en el ámbito legal a un cliente en la realización de cualesquiera actividades que éste plantee llevar a cabo.

A este respecto los autores han distinguido diversas situaciones, dado que nuevamente nos encontramos ante la imposibilidad de aportar una solución genérica y universal.

Una posible situación es aquella en la que el cliente comunica y consulta con su abogado la futura perpetración del blanqueo de capitales, buscando asesoramiento sobre la manera de poder llevar a cabo el mismo actuando bajo una engañosa apariencia de legalidad. En este caso, nos encontraríamos ante delitos de blanqueo de capitales que todavía no han ocurrido y que se plantean en un futuro. Sin embargo, lo que sí ha tenido lugar de manera lógica es la perpetración del delito subyacente, esto es, aquel delito del que han derivado las cantidades económicas que se busca ahora volver a introducir en el mundo económico con apariencia de legalidad. En consecuencia, el hecho de que el abogado ante esta situación pudiera proceder a comunicar dicha información a las Autoridades encargadas de la persecución del blanqueo de capitales supondría de facto la revelación del delito subyacente, de manera que se produciría una delación por parte del letrado de un delito cometido por su cliente; lo cual nuevamente choca contra el secreto profesional que se impone a aquel.

Con relación a éste supuesto debemos recordar que el artículo 263 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal proscribe la posibilidad de que se imponga a los Abogados la obligación de denunciar; a este respecto, bajo ningún concepto deberán hacerlo respecto de las instrucciones o explicaciones que recibieron de sus clientes. En consecuencia, y a la vista de dicha regulación, la posibilidad que le queda al abogado para cumplir sus obligaciones en tanto que letrado es la de negarse a la realización de la tarea asesora, pero sin que en modo alguno ello implique a su vez de manera acumulativa la obligación de denunciar la conducta de su cliente ante las Autoridades administrativas o judiciales, ni la de derivarles la información que haya podido obtener en el ejercicio profesional de su derecho de defensa.

En suma, no puede imponerse al abogado la obligación de denunciar y transmitir la información que le ha entregado su cliente, en estos supuestos en los que este último busca ciertamente el asesoramiento legal con el fin de utilizarlo para la perpetración de un futuro blanqueo de capitales; puesto que ello supondría delatar al cliente con respecto al delito subyacente y vulnerar en ese sentido el secreto profesional, sin perjuicio de que el abogado deba en esos supuestos negarse a llevar a cabo un asesoramiento cuando tiene conciencia cierta de que el mismo va a ser utilizado para la comisión de más delitos.

Recordamos en este punto que el abogado en el ejercicio de su profesión tiene el derecho y el deber de defender y asesorar libremente a los clientes, manteniendo una conducta profesional íntegra, que sea honrada, leal, veraz y diligente[10], pero sin que el ejercicio de su profesión se lleve a cabo de manera que suponga un acto preparatorio para una futura delación. Un abogado no puede ser jamás el delator de un cliente con respecto a aquellas informaciones que haya podido obtener en el ejercicio de su profesión.

10. Art. 4.10 del Código Deontológico de la Abogacía.

El abogado delincuente

Debemos diferenciar de los anteriores supuestos, aquel en el que el abogado, en el ejercicio de sus funciones en tanto que tal, lleva a cabo una actuación susceptible de ser tipificada como blanqueo de capitales, o bien colabora en dicha dirección con su cliente.

También dentro de éste bloque de actuaciones de los letrados, debemos diferenciar diferentes posibilidades. En primer lugar la del abogado que, en concierto con su cliente, y en ejercicio de un plan establecido entre ambos, lleva a cabo actuaciones que integran el tipo de blanqueo de capitales. En este caso, de manera evidente el abogado no puede alegar el secreto profesional, dado que él mismo con su actuar profesional está dando lugar a la perpetración del delito. No alcanza el secreto profesional a cubrir el silencio sobre los propios delitos que lleve a cabo el abogado, aunque los mismos se estén llevando a cabo en concierto con un cliente. En ningún caso podrá utilizarse la excusa del silencio, para pervertir el ejercicio de la abogacía en dicho sentido.

Un segundo grupo de supuestos mucho más problemático es el de actuar el letrado asesorando a un cliente, cuando no tiene conciencia cierta de que los bienes o capitales que esté introduciendo éste en el mercado tengan procedencia ilícita; esto es, cuando exista la duda en la persona del letrado de que se esté actuando lícitamente por parte del cliente. A éste respecto, el artículo 301.1 CP, configura el tipo señalando que *"El que adquiera, posea, utilice, convierta, o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva, cometida por él o por cualquiera tercera persona, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito..."*; de manera que se configura el mismo sobre la base del conocimiento necesario del origen ilícito.

No obstante lo anterior, la doctrina ha aceptado la eficacia del dolo eventual; y el propio artículo en su apartado tercero recoge de manera expresa la imprudencia grave al subrayar que *"Si los hechos se realizasen por imprudencia grave, la pena será de prisión de seis meses a dos años y multa del tanto al triplo"*.

Sin embargo, resulta esencial establecer límites ante posibles tipificaciones de las actuaciones de los abogados como delictivas, de manera que todo contacto inicial del abogado con la documentación o las actividades del cliente, aún cuando éstas deriven después en una actividad constitutiva de un blanqueo de capitales, no puede ser entendido como el inicio de actos por parte del abogado para colaborar y participar en dicho blanqueo. En otras palabras, el hecho de que el abogado entre a conocer la documentación que le facilita el cliente para realizar el asesoramiento, y descubra en ese momento que el mismo lo que realmente pretende es blanquear capitales, no debe llevar de manera automática a la imputación del abogado por una especie de "inicio de delito". En esos casos, sin duda, una conducta deontológicamente correcta llevaría al abogado a apartarse del conocimiento de más detalles, y del asesoramiento legal y tramitación de las actividades ilegales pretendidas por el cliente; debería llevarle a desentenderse del asunto pero en modo alguno debería verse implicado en el mismo ni obligado a declarar en contra de su cliente por los datos que hubiera podido conocer hasta el momento, desatendiendo de esa manera el secreto profesional.

Criterios para la exención de responsabilidad penal de los abogados en el ejercicio de su profesión

Ante la peligrosa extensión que se ha realizado en sede legislativa, y que ha sido acogida en algunas ocasiones en sede jurisdiccional, relativa a la posibilidad de que los abogados en su actuar cometan delitos de blanqueo de capitales, la doctrina[11] ha desarrollado a su vez diversos criterios que tratan de limitar y establecer fronteras que salvaguarden a los propios abogados defensores frente a interpretaciones que criminalicen su actuar en supuestos concretos.

La premisa desde la que se parte es la de afirmar de manera rotunda que no todo contacto profesional con un cliente que haya podido cometer delitos de blanqueo de capitales, supone de forma ineludible

11. SANCHEZ – VERA GÓMEZ – TRELLES, Javier. *Blanqueo de capitales y abogacía. Un necesario análisis crítico desde la teoría de la imputación objetiva*. InDret 1/2008, Barcelona.

responsabilidad jurídico penal para el abogado. A este respecto, resulta necesario desligarnos de atribuciones causales simplistas basadas en la teoría de la *conditio sine qua non,* que en la práctica está ya siendo superada por criterios mucho más seguros , como es el de la teoría de la imputación objetiva, según el cual sólo se deduce responsabilidad penal por un resultado prohibido (en este caso, el lavado de capitales llevado a cabo por un sujeto) cuando ha sido generado un «riesgo jurídicamente desaprobado» y en segundo lugar, «ese riesgo jurídicamente desaprobado se ha concretado en el resultado prohibido por el Derecho Penal»[12].

Partiendo de lo anterior, son varios los criterios que amparan la actuación de los abogados defensores, y que impiden que sus actuaciones sean tipificadas como delitos de blanqueo de capitales aún cuando entren en contacto profesional con sujetos que efectivamente hayan llevado a cabo tales infracciones penales.

En primer lugar, la concepción del "riesgo permitido" por el legislador, lleva a afirmar que el hecho de causar un determinado riesgo, aún cuando se tenga conocimiento de que el mismo puede concretarse en un resultado lesivo, no implica de manera necesaria responsabilidad respecto de dicho resultado, aunque al final el mismo se produzca. Esto es, no en todo caso la causación de un resultado lesivo, aún con conocimiento de que el mismo se podía producir, conlleva responsabilidad; no en aquellos supuestos en que dicha causación se halla dentro del denominado "riesgo permitido".

A este respecto, la actuación de un abogado en tanto que asesor y defensor legal de los ciudadanos ante cuestiones puramente legales, puede generar una instrumentalización de la función del mismo por parte de dichos sujetos que actúan en tanto que clientes, utilizando la actuación letrada para cometer por su parte delitos de blanqueo de capitales. Sin embargo, el hecho de que ello ocurra no supone necesariamente responsabilidad penal para el letrado que se ha limitado a poner en práctica los conocimientos legales que posee y a realizar una tarea de defensa de los intereses de ese ciudadano. En otras palabras, el hecho de que el asesoramiento letrado sea utilizado por el ciudadano

12. BACIGALUPO, Principios de Derecho Penal, pp188 y ss.

para llevar a cabo un eventual delito de blanqueo de capitales, no supone que la conducta del abogado sea penable, precisamente, porque se encuentra dentro del margen de "riesgo permitido". Es inevitable que la actividad profesional de los letrados pueda ser utilizada por los sujetos para llevar a cabo delitos de blanqueo de capitales, pero ello no supone necesariamente que el abogado deba tener responsabilidad penal dado que se está limitando a otorgar información y asesorar, actuaciones que en sí no salen fuera de la normativa, y por lo tanto no generan un riesgo superior al permitido.

El segundo de los criterios que permite poner freno a la marcada tendencia extensiva del ordenamiento jurídico en materia de persecución del blanqueo de capitales, es el instituto del "principio de confianza". El mismo supone que todo ciudadano, por el hecho de encontrarnos en un Estado de Derecho, puede confiar normativamente en que la actuación del resto de ciudadanos, va a desarrollarse sin incurrir en un ámbito de tipicidad penal. En otras palabras, en un Estado de Derecho, existe la presunción de que todos nuestros conciudadanos actuarán conforme al ordenamiento jurídico.

En el ámbito del ejercicio profesional por el abogado de su deber de defensa, este principio resulta de plena aplicación, concretándose en el hecho de que el abogado confiará en sus clientes, aún cuando de facto, se sepa que hay clientes que defraudan dicha confianza. Sin embargo, en tanto no se produzcan datos objetivos que certifiquen que un cliente concreto defraudará la confianza, y utilizará la defensa letrada para la comisión de delitos de blanqueo de capitales, la actuación de asesoramiento y defensa por parte del letrado se encuentra amparada de manera indudable por el principio de confianza. El abogado debe confiar en que su cliente no llevará a cabo actuaciones ilícitas, y sólo dejará de hacerlo cuando resulte obvio que el objetivo de dicho cliente es llevar a cabo actuaciones ilícitas, momento en el cual el abogado estará obligado a cesar en su actuación de asesoramiento, si no quiere verse inmerso en una posible imputación penal.

Por último, se configuran como criterios limitativos la "prohibición de regreso" y la concepción de los "actos neutrales". Con respecto al primero, se afirma que la línea de imputación del delito de blanqueo de

capitales debe quedar interrumpida sin retroceder hasta riesgos o condiciones anteriores, cuando ya existe un riesgo completo (precondición) que se ha dirigido de manera libre y consciente a la producción del resultado, es decir, del que puede afirmarse que se ha concretado en el resultado.

En este sentido, cuando ya se haya descubierto la actuación de un ciudadano dirigida de manera consciente y voluntaria a la perpetración de un delito de blanqueo de capitales, aún cuando haya instrumentalizado a tal fin la actuación de un abogado, debiera detenerse la línea de imputación en dicho sujeto, es decir no cabría imputar al abogado que llevó a cabo dicho asesoramiento. No es posible realizar regresos en la cadena de supuestas responsabilidades ad infinitum, dado que ya existe una actuación delictiva completa que ha dado lugar al resultado lesivo. Lo contrario supondría castigar al dueño de la ferretería que vende un cuchillo con el que posteriormente se comete un asesinato; extensión de la imputación injusta, disparatada, y desproporcionada.

Por su parte, la tesis de los actos neutrales afirma que un comportamiento cotidiano no resulta punible como participación al delito aún cuando suponga una contribución fáctica a la realización del mismo, en aquellos supuestos en los que pueda mantenerse que dicho comportamiento queda plenamente cubierto por el rol social lícito en el que se interactúa, esto es, cuando se trata de un simple acto neutra insita en dicho rol. El fundamento último de dicha tesis es la protección del ámbito de libertad que otorga la Constitución.

En el caso que nos ocupa, el abogado en el ejercicio diario de su profesión, lleva a cabo asesoramiento y defensa a clientes, de manera que los mismos se configuran como actos neutros en tanto que como regla general, no se trata de actuaciones dirigidas a la perpetración de delito alguno. Por lo tanto, sólo cabe imputación penal a un abogado cuando exista "sentido per se delictivo", o inequívoco, en el sentido de que no quede cubierto por el rol social en que se encuentra la actuación del abogado. Sólo cuando pueda probarse que el abogado llevó a cabo un asesoramiento legal dirigido de manera directa, conocida y buscada a la perpetración del delito de blanqueo de capitales, cabrá imputarle dicho delito; en el resto de casos, su actuación quedará amparada al

tratarse de un acto neutro en el ejercicio de su profesión. A este respecto señalar que se sigue hablando de actos neutrales, aún en el caso de que el abogado pueda tener conocimientos especiales por tratarse de abogado habitual de un determinado cliente o de su entorno.

Para finalizar debe recordarse que la ausencia de imputación objetiva por concurrir un acto neutral, se debe erigir como motivo de atipicidad por falta de riesgo jurídicamente desaprobado, que impide incluso que la tentativa pueda entrar en consideración. No se trata en suma de una mera causa de justificación del que obra en el ejercicio de un derecho de defensa u oficio, sino que se erige como verdadera causa de atipicidad.

En suma, se tratan éstos de diversos criterios que permiten limitar la eventual responsabilidad penal de los abogados, evitando que toda conducta de asesoramiento o defensa legal de los derechos e intereses de los ciudadanos pueda convertirse en actuaciones susceptibles de ser calificadas como ayuda o colaboración con un delito de blanqueo de capitales, aún cuando el cliente instrumentalice la actuación del abogado a tal fin.

El abogado perceptor de minutas

Otra de las cuestiones que ha venido generando conflictos en el ámbito de la prevención y persecución del blanqueo de capitales, es la de haberse cuestionado la posible comisión de dicha infracción utilizando como mecanismo el abono de la provisión de fondos o de la correspondiente minuta al abogado; esto es, cuando dichos pagos se llevan a cabo por el cliente con dinero obtenido como consecuencia de otros delitos subyacentes.

La doctrina, ha tenido ocasión de analizar éste posible conflicto, diferenciando nuevamente las diversas circunstancias que podrían concurrir en la práctica.

En primer lugar, las provisiones de fondos o minutas obtenidas por los abogados antes de la firmeza de la sentencia, debieran ser consideradas percibidas por un *tercero de buena fe no responsable del delito que los*

haya adquirido legalmente (art. 127 CP) sin que en ningún caso pudiera procederse a su decomiso, toda vez que en dicho momento procesal se mantiene con plena vigencia la presunción de inocencia.

Distinto de lo anterior es el supuesto de que ya exista sentencia firme que pese sobre el cliente, y en la que se declare probada la comisión por éste de un delito de blanqueo de capitales. En tal caso, se ha subrayado que si bien no se podría abonar la minuta con los fondos que conforman el objeto material del delito cuya pena se importe, sí debería asegurarse cuanto menos una cantidad suficiente para asegurar el mínimo previsto en las Normas Orientadoras de honorarios de los diferentes Colegios Profesionales. Esto es, en todo caso debe asegurarse que el profesional reciba los honorarios acordes con su trabajo realizado, a pesar de que haya existido una condena penal que pese sobre el cliente y que haya destruido la presunción de inocencia inicial.

Otros autores han cuestionado más si cabe la posibilidad de castigar la conducta del abogado de percibir sus honorarios aún cuando sepa de manera segura que la procedencia de los mismos es ilegal. En este sentido se ha señalado[13] que aún cuando se adquieren los honorarios por parte del profesional, con conocimiento cierto de que los mismos tienen un origen ilícito, ello constituye un mero acto de consumo atípico dado que se limita a retribuir los servicios prestados, siendo únicamente punible en los casos en que dicha adquisición constituya un verdadero acto de encubrimiento o de favorecimiento real del cliente infractor. Esto es, cuando el cobro de honorarios se limita a retribuir económicamente los servicios prestados por el abogado, no puede imputarse un delito de blanqueo de capitales, dado que no se cumpliría la exigencia del tipo de que la acción se dirija a ocultar o favorecer la consolidación de la situación patrimonial ilícita obtenida por el autor.

Otra de las cuestiones que ha suscitado el interés de la doctrina ha sido la situación generada cuando en el seno de un procedimiento penal se adoptan medidas cautelares que privan al imputado de la posibilidad de liquidez, y la posibilidad de que en esos casos se asegure el cobro de

13. CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *Blanqueo de capitales y retribución del abogado. El pago de honorarios con cargo al patrimonio presuntamente criminal*. La Ley Penal, no 53, Octubre 2008, Editorial LA LEY.

honorarios por parte de los profesionales letrados. Es práctica habitual que en esos supuestos, se autorice por el órgano juzgador el pago con cargo a los bienes intervenidos de determinados tributos, créditos a cargo de la Hacienda Pública, o el pago de las hipotecas. Sin embargo, el pago de los honorarios del letrado es obviado de manera que en modo alguno se asegura en la práctica que el mismo vaya a devengarse.

En este sentido, la doctrina cuestiona que no se autorice igualmente el pago de los honorarios de los abogados, entendiendo éstos como un acto meramente neutral, socialmente adecuado, sin consideraciones sobre el posible origen ilícito de los fondos. Se daría así prevalencia al ejercicio de los derechos fundamentales de defensa, y al derecho del abogado de ver retribuidos en todo caso unos honorarios básicos, de conformidad con las tablas de los Colegios de Abogados que pudieran servir de criterio para asumir la existencia de honorarios mínimos. En caso contrario, y aún cuando se admita en abstracto el derecho de todo ciudadano a la defensa letrada, y a que ésta pueda ser la que libremente designe, de facto no se estaría respetando dicho derecho dado que muchos sujetos con capacidad económica, verían mermadas sus posibilidades de obtener la defensa letrada de su interés, por una decisión cautelar que se produce cuando todavía no se ha roto la presunción de inocencia.

El único supuesto sobre el que no puede existir duda de la incriminación, es aquel en el que el profesional simula la facturación de honorarios como instrumento para encubrir el origen ilícito del dinero, siendo así que el pago de aquellos es en realidad una ficción utilizada para el lavado del dinero. En ese caso, el abogado actúa como pieza fundamental para la comisión del delito de blanqueo de capitales, por lo que no puede justificarse ni ampararse la misma en ninguna posible exención de responsabilidad; conocía y quería hacer lo que estaba llevando a cabo.

Todo lo anterior sin embargo se trata de posibles soluciones propuestas por la doctrina, que en modo alguno han sido sistematizadas y recogidas en una normativa legal que otorgue luz en estos asuntos. Por lo tanto, de lege ferenda, sería absolutamente conveniente que nuestro ordenamiento jurídico regulara los posibles conflictos que en la

práctica pueden darse con respecto a estas materias, a fin de que el abogado en el ejercicio de su profesión actúe con la seguridad jurídica y la certeza necesarias para no verse posteriormente inmerso en procesos judiciales por posible colaboración en delitos de blanqueo de capitales, cuando su único objetivo era cobrar el trabajo realizado.

05 Reflexiones finales

No puede obviarse que a la vista de las anteriores conclusiones desarrolladas, el colectivo de la abogacía se encuentra ante una modificación legislativa que ataca algunos de los más básicos principios de la profesión.

Sin duda el ejercicio de su rol, en tanto que defensores de los derechos e intereses legítimos de cualesquiera ciudadanos que pudieran necesitarlo, debe estar apoyado en una serie de garantías que eviten que pueda llevarse a cabo una actuación interesada por los mismos o bien se pueda instrumentalizar por parte de otros agentes su trabajo para el logro de otros objetivos que nada tengan que ver con el ejercicio del derecho de defensa. Y precisamente, en mi opinión nos encontramos ante una reforma legislativa que lo que pretende es utilizar como herramienta la labor de los abogados, al objeto de convertirla en algo completamente diferente. La aplicación de la Directiva y de la normativa interna que la desarrolla compromete de manera peligrosa a mi entender, los cimientos del ejercicio de la abogacía, atacando a uno de sus pilares básicos como es el secreto profesional.

La relación que un abogado mantiene con sus clientes se basa de manera necesaria en la confianza que éstos depositan en él. Sin duda, se trata de un esfuerzo que deben llevar a cabo todos y cada uno de los clientes por abrirse ante un tercero ajeno a ellos, y desvelarle los detalles de los problemas que les han llevado a necesitar de la actividad de dicho

abogado. Se trata de una tarea compleja la de lograr que el cliente se encuentre con la confianza suficiente para poder abrirse, percibiendo a su abogado no como una persona ajena que también jugará un papel contrario al suyo en el conflicto; sino como aquella persona que velará por sus intereses y sus derechos.

A la confianza que un cliente deposita en su abogado, éste último sólo debe y puede responder con lealtad. Tal es el papel que debe jugar en tanto que necesario confesor de su cliente. En virtud de su especial profesión se le confiere el derecho de poder conocer los detalles más recónditos de los procedimientos, de boca de las propias partes, y el deber inexorablemente unido de mantener secreto respecto de los mismos, a salvo las posibles excepciones que puedan darse, previstas en sede legislativa, y únicamente aplicables cuando están en juego bienes superiores o cuando en manos del letrado se encuentre el poder de frenar algún mal inminente. Fuera de estas excepciones, el secreto profesional debe ser límite infranqueable de las facultades del letrado, que en ningún caso puede faltar a la confianza de un cliente. Porque rota la confianza, carece de sentido que pretendamos mantener la relación entre el cliente y el abogado; el primero sólo verá al segundo como un tercero que se encuentra inmerso en el procedimiento judicial, no para ayudarle y defenderle, sino como mero emisor de las instituciones judiciales para lograr sacar de él información de primera mano. En ningún momento debe percibir el cliente de su abogado la más mínima nota inquisitoria o de juzgador, puesto que la función de juzgar e investigar está otorgada a otros órganos, instituciones y personas, sin que quepa aceptar que el abogado deba asumir cualesquiera rasgos de dichas funciones. Ni puede, ni debe ser así.

No debemos olvidar que en nuestra tarea como abogados, no sólo actuamos como tales. Muy al contrario, el ejercicio de nuestra profesión nos obliga a desarrollar múltiples facetas, o al menos ello sería lo deseable. Aquellas personas que recurren a nuestros servicios, se encuentran arrastrados a hacerlo por una situación problemática, por una crisis en la que se ven envueltos, con independencia de que la misma haya sido generada por su actuación voluntariamente aceptada o no. Como ya hemos señalado, el papel del abogado no es el de juzgar, sino el de

acompañar, escuchar, ayudar; en suma, defender con letras mayúsculas. Sin duda, aquellas personas que recurren a un abogado lo hacen envueltas en un aura de vulnerabilidad, toda vez que a todo ser humano le cuesta en mayor o menor medida reconocer que necesita de los demás para sacar adelante una situación.

Ante dicha realidad, un abogado debe poner en marcha los mecanismos necesarios para mudar la vulnerabilidad, en seguridad; el miedo a confiar en una persona ajena, en confianza para poner en su conocimiento todos los datos necesarios para afrontar el conflicto concreto que se le haya puesto delante. No se trata de generar lazos personales con las personas que acuden a tu despacho en busca de ayuda, pero sí de generar un ambiente en el que las mismas se sientan con la seguridad y confianza necesarias para abrirse sin miedo a que las informaciones que dentro de esas cuatro paredes puedan verter, vayan a salir después de ellas y perjudicarles en el concreto problema que se encuentran viviendo. Se trata de que el cliente entre de una manera en el despacho, y salga de otra. Se trata de que sepan que en tu mano está ayudarles y en ningún caso utilizar la información que te dan, para otros propósitos que pueda perjudicarles.

La defensa de todo anterior, en modo alguno supone convertir al abogado en una figura de complicidad frente a futuros delitos a cometer; tal idea supondría pervertir el papel que tiene el defensor en tanto que garante del derecho de defensa de los ciudadanos. Al amparo del secreto profesional, tampoco puede el abogado pretender que una eventual voluntad delictiva futura en complicidad con su cliente pueda quedar oculta, sin salir a la luz e impune frente a la persecución por los Tribunales. En este sentido, debe perseguirse con toda la fuerza necesaria a aquellos que pervierten la profesión de la abogacía, utilizándola como mera tapadera para el desarrollo de actividades delictivas. Precisamente es frente a esas personas frente a las que debe llevarse a cabo una persecución si cabe con más fuerza que con el resto de los ciudadanos que nada tienen que ver con la Administración de la Justicia; ello en virtud del especial rechazo que merece el hecho de que quien está dentro de la justicia, y forma parte activa de la misma, haga uso de la misma y la utilice como mera herramienta para lograr fines ilícitos que le

beneficien. Al margen de toda duda queda el hecho de que todos aquellos abogados que en el ejercicio de su profesión, se aprovechan de sus prerrogativas, deben verse investigados, enjuiciados y en su caso condenados conforme a la legislación vigente.

Para finalizar, entendemos que nos encontramos ante una materia de suma importancia, toda vez que lo que está en juego es el derecho de defensa de todo ciudadano, y de otro lado, el derecho y deber de los abogados de actuar en el ejercicio de su profesión respetando el secreto que debe pesar sobre todas las informaciones que obtengan de sus clientes. Está en juego la dignidad de una profesión que se caracteriza por la confianza que se pone en el abogado por parte de su cliente, y que debe seguir estando caracterizada por la lealtad con la que el abogado responde a la misma. Está en juego nuestra imagen como abogados y la imagen de todo un sistema de justicia, de manera que nuestro legislador no puede desconocer ambas, y deberá regular de manera particular las garantías y medidas para que la persecución del delito del blanqueo de capitales no traiga de la mano conflictos con el ejercicio por parte de los abogados, del derecho fundamental a la defensa consagrado en nuestra Constitución.

Bibliografía

CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. "Blanqueo de capitales y retribución del abogado. El pago de honorarios con cargo al patrimonio presuntamente criminal". *La Ley Penal,* nº 53, Octubre 2008, Editorial LA LEY.

CORTÉS BECHIARELLI, Emilio. "Secreto profesional del abogado y ejercicio del derecho de defensa a la luz de la directiva 2001/97/C.E" del Parlamento Europeo y del Consejo". *Anuario de la Facultad de Derecho* , vol. XXI, 2003, 153 – 185.

DOMÍNGUEZ PUNTAS, Antonio. "El blanqueo y la interferencia en la relación abogado-cliente (I). *Crónica Tributaria,* núm.

143/2012, 99 – 123.

SANCHEZ – VERA GÓMEZ – TRELLES, Javier. "Blanqueo de capitales y abogacía. Un necesario análisis crítico desde la teoría de la imputación objetiva". *InDret* 1/2008, Barcelona.

Sentencia del TRIBUNAL DE JUSTICIA (Gran Sala) de 26 de junio de 2007, Asunto C-305/05, *Ordre des barreaux francophones et germanophone y otros*.

FUNDACIÓN Mutualidad

El abogado como garante del derecho de defensa a la luz de la directiva 2013/48/UE

Vicent Josep Sorrentí Costa

Vicent Josep Sorrentí Costa
Escuela de Práctica Jurídica del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia

PRIMER PREMIO EX AEQUO
II Premios a la Excelencia de la Cátedra Fundación Mutualidad Abogacía

2013

Índice

Introducción 103
1. El derecho de defensa y la asistencia letrada en el ordenamiento jurídico español 106
1.1. Marco constitucional del derecho de defensa 107
1.2. El derecho de defensa como garantía legal 109
2. La asistencia letrada del detenido 113
2.1. Los derechos del artículo 520 LECRIM 114
2.3. ¿Acceso al atestado policial? 122
3. La directiva 2013/48/UE 124
3.1. Breve introducción 124
3.2. Norma habilitante, objeto y ámbito de aplicación 127
2.3. Derechos reconocidos 129
3.4. Recursos 140
3.5. Personas vulnerables 141
3.6. Cláusula de no regresión 142
3.7. Transposición 143
3.8. Asunción de competencias por el TJUE 144
4. El Centro de Defensa de la Defensa del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia 145
Conclusiones 148
Bibliografía 151

Introducción

«Todos podemos delinquir. Por congénita disposición patológica, por apasionamiento, por codicia, por error. Llegar al delito es cosa fácil. De otra parte se nos puede atribuir un delito que no hayamos cometido. En cualquiera de ambos casos, seremos objeto de acusación y persecución. ¿Puede hacerse esto por cualquier persona y de cualquier manera? Si tal ocurriese, nuestra seguridad personal sería un mito y toda nuestra existencia quedaría a merced de los vientos. Tenemos, pues, no ya como ciudadanos sino como hombres, el derecho a ser enjuiciados con arreglo a normas, a seguridades, a garantías que las leyes establezcan». [1]

He creído conveniente comenzar este artículo citando al abogado, ensayista, político y jurisconsulto español Ángel Ossorio y Gallardo, que de esta manera tan nítida exigía que toda persona sospechosa de haber cometido un delito, debe gozar de las mayores garantías frente al *ius puniendi* del Estado, pues en el concepto liberal del proceso penal, estas garantías operan como límites al ejercicio del poder público.[2]

1. A. OSSORIO Y GALLARDO, *Los derechos del hombre, del ciudadano y del Estado*, Ed. Claridad, Buenos Aires, 1946, pág. 111.
2. M. COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, *"La confesión del acusado como única prueba de cargo"*, en Jueces para la Democracia, núm. 64, 2009, pág. 117.

Esto no obstante, cuando de actuaciones pre-procesales se trata, asistimos a determinadas prácticas, que aún contando con el respaldo legal, ponen en entredicho la efectividad de estas garantías individuales, en particular del derecho de defensa, convirtiéndolo en un derecho más aparente que real. Así, resulta inconcebible que la entrevista reservada de un detenido con su letrado defensor sea posterior a la declaración policial, que los letrados no tengamos acceso al contenido del atestado o a intervenir, de una forma activa, en el interrogatorio que se lleva a cabo ante las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

¿Nos convertimos los abogados en meros convidados de piedra cuando acudimos a comisaría a asistir a una persona privada de libertad por estar acusada de haber cometido –presuntamente-, una infracción penal, sin tan siquiera saber que es lo que consta en las diligencias policiales? ¿Se garantiza de esta forma el derecho de defensa de nuestro cliente en toda su extensión?

Parece evidente que si leemos detenidamente el artículo 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECRIM), en particular su apartado 6, a día de hoy, el contenido del derecho de defensa queda desvirtuado cuando hablamos de la asistencia letrada al detenido, pues en España se realiza a los meros efectos de garantizar el respeto de los derechos que asisten al mismo. Los abogados debemos reivindicar que nuestra actuación profesional vaya más allá del estricto contenido del citado precepto.

Ello no obstante, el legislador tiene la obligación de cambiar esta realidad a raíz de la *Directiva 2013/48 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad*.[3]

Efectivamente, esta Directiva, dictada en el marco de la cooperación judicial en materia penal dentro de la UE a partir de la entrada en vigor

3. Puede consultarse el contenido de la misma en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE): **eur-lex.europa.eu**

del Tratado de Ámsterdam (*Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia)*, pretende establecer unas normas de mínimos para el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales en materia penal.

La entrevista deberá ser, en todo caso, previa a la declaración del detenido. Se incide en la confidencialidad de las comunicaciones entre los sospechosos o acusados y sus letrados. O en el derecho a la presencia del abogado en los interrogatorios policiales (esto último relegado en nuestro ordenamiento a día de hoy, al margen de la declaración). También se fija una regulación especial para la asistencia de letrado en los procedimientos de la orden de detención europea.

El presente trabajo tiene por finalidad analizar, por una parte, la regulación actual de los derechos del detenido en sede policial. Por otra, examinar el contenido de la Directiva 2013/48 y su transposición al ordenamiento interno, así como la efectividad o exigibilidad de los derechos que se reconocen en la misma ante el Juez nacional y el comunitario. Y, lo que es más importante, reivindicar el papel del abogado como garante del derecho de defensa de su cliente. Para ello, en una iniciativa pionera en España, el Ilustre Colegio de Abogados de Valencia ha creado el Centro de Defensa de la Defensa, que tiene como objetivo proteger el derecho de defensa de los ciudadanos frente a malas prácticas, inercias y costumbres de los poderes públicos.

01 El derecho de defensa y la asistencia letrada en el ordenamiento jurídico español

El derecho de defensa, aparte de ser un derecho fundamental del acusado y un valor que define la propia esencia de la acción del abogado[4], es un principio fundamental del proceso penal que, caso de violarse, afectaría gravemente a la propia esencia del mismo.

Si en palabras del Tribunal Constitucional (TC), *"el derecho de defensa es del imputado, pues el Letrado se limita a asistirle técnicamente en el ejercicio de su derecho"*[5], debemos empezar por analizar la regulación que de este derecho se contempla en nuestro ordenamiento jurídico, para de esta forma conocer su contenido y alcance a la vista de la futura transposición de la Directiva.

4. J. M. SERRANO RUÍZ-CALDERÓN, "El derecho de defensa según la sentencia 79/2012 de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo", en *Diario La Ley*, núm. 7850, Sección Doctrina, 3 Mayo 2012.
5. STC 91/2000, de 30 de marzo.

1.1. Marco constitucional del derecho de defensa

En primer lugar, la Constitución Española (CE) reconoce expresamente el derecho a la asistencia letrada por partida doble.[6] Por una parte, en el artículo 17.3 CE se reconoce este derecho en relación a las diligencias policiales y judiciales, encaminándose el mismo a asegurar que la situación de desamparo que provoca toda privación de libertad no repercute, al ser incrementada con la desinformación y la soledad, en la indefensión del detenido.[7] Y, por otra, en el artículo 24.2 CE, se reconoce el derecho de toda persona *"a la defensa y a la asistencia de letrado"*, tendente a garantizar el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que puede definirse como aquel derecho de todas las personas a tener acceso al sistema judicial y a obtener del mismo una resolución fundada en derecho y, por tanto motivada, que puede ser de inadmisión cuando concurre una causa legalmente prevista.

En el mismo sentido, los artículos 5 y 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 y ratificado por España en fecha 24 de noviembre de 1977, de aplicación

6. SSTC 196/87, de 11 de diciembre; 7/2004, de 9 de febrero y 165/2005, de 24 de junio.
7. J. GARCÍA MORILLO, et al, *El Ordenamiento Constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, págs. 257 y ss.

directa en virtud de lo dispuesto en los artículos 10.2 y 96.1 CE,[8] reconocen, respectivamente, el derecho de toda persona a la libertad y seguridad, y el derecho a un proceso equitativo con todas las garantías.

También en el artículo 119 CE se dice: *"La justicia será gratuita cuando así lo disponga la ley y, en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar"*. En su desarrollo se dictó la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita y el Reglamento 996/2003, de 25 de julio. Recordar que tratándose de víctimas de violencia de género, no es necesario que éstas acrediten la carencia de recursos económicos.[9]

8. El artículo 10.2 CE establece: "Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España". En este sentido, el artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la 183 Asamblea General de la ONU, de 10 de diciembre de 1948, reconoce el derecho de toda persona acusada de un delito a la presunción de inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa. Y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), firmado en Nueva York el 19 de diciembre de 1966, recoge más pormenorizadamente este sistema de protección, al establecer en el artículo 9.2 que toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma. También en el artículo 14.3, se establecen cuáles son las garantías mínimas de toda persona acusada de un delito, disponiendo que el sujeto tiene derecho a comunicarse con un defensor de su elección o a que se le nombre un defensor de oficio gratuitamente, si careciese de medios suficientes para pagarlo.
9. Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género.

1.2. El derecho de defensa como garantía legal

Dicho esto, la regulación del derecho de defensa está incardinada en la decimonónica LECRIM de 1882 que, hasta en tanto no se apruebe el nuevo Código Procesal Penal,[10] es el marco jurídico al que haremos referencia a lo largo del presente trabajo.

Dice textualmente la Exposición de Motivos de la LECRIM -en el contexto de su época-, cuando se refiere a los derechos del inculpado:

> «El que tenga la inmensa desgracia de verse sometido a un procedimiento criminal gozará en absoluto de dos derechos preciosos, que no pueden menos de ser grandemente estimados donde quiera que se rinda culto a la personalidad humana: uno, el de nombrar defensor que le asista con sus consejos y su inteligente dirección desde el instante en que se dicte el auto de procesamiento; y otro, el de concurrir, por sí o debidamente representado, a todo reconocimiento judicial, a toda inspección acular, a las autopsias, a los demás análisis químicos y, en suma, a la práctica de todas las diligencias periciales que se decreten y puedan influir así sobre la determinación de la índole y gravedad del delito como sobre los indicios de su presunta culpabilidad».

Es decir, que en la redacción originaria de la LECRIM, la asistencia letrada al detenido sólo estaba prevista "desde el instante que se dicte el auto de procesamiento", pues únicamente existía para el enjuiciamiento de delitos el proceso ordinario, y en éste, el auto de procesamiento (art. 384 LECRIM) era y continúa siendo el acto formal de imputación,

10. Propuesta de texto articulado de Ley de Enjuiciamiento Criminal, elaborada por la Comisión Institucional creada por Acuerdo de Consejo de Ministros de 2 de marzo de 2012. Accesible desde: **www.mjusticia.gob.es**

configurándose como un requisito de procedibilidad para la apertura de juicio oral.[11]

Hubo que esperar a la Ley 53/1978, de 4 de diciembre (B.O.E., 8 de diciembre de 1978) para que se modificara la redacción del artículo 118 LECRIM, anticipando las garantías del detenido al momento de la detención.

El citado artículo establece: *"Toda persona a quien se impute un acto punible podrá ejercitar el derecho de defensa, actuando en el procedimiento, cualquiera que éste sea, desde que se le comunique su existencia, haya sido objeto de detención o de cualquier otra medida cautelar o se haya acordado su procesamiento, a cuyo efecto se le instruirá de este derecho. La admisión de denuncia o querella y cualquier actuación procesal de la que resulte la imputación de un delito contra persona o personas determinadas, será puesta inmediatamente en conocimiento de los presuntamente inculpados (...)"*.[12]

Sentado este precedente, y para cumplir debidamente con las exigencias constitucionales de los arts. 17 y 24.2 CE, se promulgó la Ley Orgánica 14/1983, de 12 de diciembre, por la que se modificaron los artículos 520 y 527 de la LECRIM (este último referente a los derechos del detenido o preso en régimen de incomunicación), en materia de tratamiento y asistencia letrada de detenidos y presos, garantizándose el derecho de defensa y proporcionando a los detenidos o presos los instrumentos necesarios para salvaguardar su persona y derechos.[13]

11. A. MONTÓN REDONDO, *et al*, *Derecho Jurisdiccional III*. Proceso Penal. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 220.
12. Lógicamente, no vamos a referirnos aquí a las múltiples interpretaciones del término "imputado", pues la misma LECRIM usa indistintamente los términos "inculpado" (art. 368), "presunto culpable" (art. 371), "procesado" (art. 373), "reo" (art. 448), "presunto reo" (art. 512), "persona a quien se imputa un acto punible" (art. 486), "querellado" (art. 272), "acusado" (art. 687), "imputado" (art. 760.III), etc. Vid. J. MONTERO AROCA, *ibidem*, pág. 78. Según el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 44/85, de 22 de marzo, "imputado es toda persona a quien se le atribuya, fundadamente, un acto punible, bien sea mediante la admisión de denuncia o querella o cualquier otro acto procesal o medida cautelar". Y la detención policial, aunque extrajudicial, se considera imputación, pues forma parte ya de un proceso entendido en sentido material. Vid. J. L. GÓMEZ COLOMER, *La exclusión del abogado defensor de elección en el proceso penal*, ed. J. M. BOSCH, Barcelona, 1988, págs. 129 y 138.
13. ÁNGEL F. LLERA GUTIÉRREZ, *La asistencia letrada al detenido en comisaría y juzgados*, Ed. Ley 57, Málaga, 2012, pág. 20.

Por otra parte, el artículo 520 bis LECRIM se introdujo en virtud de la Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo, que al mismo tiempo introdujo el art. 384 bis, para referirse a los delitos cometidos por personas integradas en bandas armadas o individuos terroristas.

Se cierra el círculo teórico con la promulgación de la Ley 38/2002, de 24 de octubre, de reforma parcial de la LECRIM sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado (B.O.E., 28 de octubre de 2002) entendiéndose, sin ningún género de duda, que la asistencia letrada se amplía a la fase preprocesal.

En efecto, el artículo 767 LECRIM preceptúa: *"Desde la detención o desde que de las actuaciones resultare la imputación de un delito contra persona determinada será necesaria la asistencia letrada. La Policía Judicial, el Ministerio Fiscal o la autoridad judicial recabarán de inmediato del Colegio de Abogados la designación de un Abogado de oficio, si no lo hubiere nombrado ya el interesado"*.

Y el artículo 775 LECRIM dice: *"En la primera comparecencia el Juez informará al imputado, en la forma más comprensible, de los hechos que se le imputan. Previamente, el Secretario le informará de sus derechos y le requerirá para que designe un domicilio en España en el que se harán las notificaciones, o una persona que las reciba en su nombre, con la advertencia de que la citación realizada en dicho domicilio o a la persona designada permitirá la celebración del juicio en su ausencia en los supuestos previstos en el artículo 786. Tanto antes como después de prestar declaración se le permitirá entrevistarse reservadamente con su Abogado, sin perjuicio de lo establecido en el apartado c) del artículo 527"*.

Esto se completa con lo que disponen los artículos 768 (habilitación del abogado como representante procesal de su defendido hasta la apertura del juicio oral) y 771.2ª (información de derechos).

Podemos afirmar pues, que el derecho a la asistencia letrada se le reconoce a toda persona desde el primer momento en que se le imputa la comisión de un hecho delictivo, aún sin mediar detención y, en todo caso, antes de que se produzca el interrogatorio en sede policial y/o judicial.

Otra cosa será –y aquí es donde radica el verdadero problema- determinar el contenido de este derecho. ¿Hasta dónde llega el derecho de defensa? No está todo en reconocerlo desde un punto de vista formal, sino en que se pueda ejercer en la realidad a todos los efectos por los abogados, quienes, a parte de la defensa de los intereses de nuestros clientes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 del RD 658/2001, de 22 de junio, por el que se prueba el Estatuto General de la Abogacía, tenemos el deber de cooperar con el fin supremo de Justicia a que la abogacía se halla vinculada.[14]

14. Véanse también al respecto los artículos 2 y 3 del Código Deontológico aprobado en el Pleno de 27 de noviembre de 2002.

02 La asistencia letrada del detenido

La detención, entendida como una medida precautelar personal, que consiste en la privación breve de libertad con el fin de poner el sujeto a disposición de la autoridad judicial, quien deberá resolver acerca de su situación personal[15], se encuentra regulada en los artículos 489 a 501 LECRIM. No me referiré en este artículo, ni a las modalidades de detención ni a la duración de la misma, por cuanto excedería a la finalidad del mismo, sino que haré mención a las garantías y derechos del privado de libertad[16].

El artículo 17.3 CE ha sido desarrollado a través de los arts. 520 y 527 LECRIM. El Capítulo IV del Título VI del Libro II de la misma se titula precisamente: "Del ejercicio del derecho de defensa, de la asistencia de abogado y del tratamiento de los detenidos y presos".

Vamos a referirnos seguidamente a ello.

15. S. BARONA VILAR, Derecho jurisdiccional III. Proceso Penal., ob. cit., pág. 480.
16. Apuntar únicamente al respecto que el legislador ha incurrido en palmarias contradicciones en la misma ley, pues los artículos 496 y 520 LECRIM fijan dos plazos diferentes en cuanto al tiempo que puede durar la detención policial. En el art. 496 el plazo es de veinticuatro horas, y en el art. 520 es de setenta y dos horas. En la práctica, aunque el art. 17.3 CE establece que las setenta y dos horas es un plazo máximo y no se impide que el legislador pueda señalar un plazo más corto (como así sucede), se acude siempre al plazo del art. 520, con excepción de los delitos previstos en el art. 384 bis. Si se trata de la detención de un menor de edad, el plazo máximo de detención policial es de veinticuatro horas (art. 17.4 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores).

2.1. Los derechos del artículo 520 LECRIM[17]

Treinta años ha cumplido ya la actual redacción del artículo 520 LECRIM y es justo reconocer que se ha producido, tanto desde un punto de vista doctrinal como jurisprudencial, un fortalecimiento del derecho constitucional del detenido a recibir asistencia letrada. Pero no podemos obviar que en la práctica, el ejercicio de este derecho en comisaría queda todavía lejos de las exigencias con las que debe cumplir un Estado de Derecho. Por este motivo se dicta la Directiva, porque algunos países -entre los que figura España-, no cumplen los estándares mínimos de garantías de las que ha de gozar toda persona sospechosa de haber cometido una infracción penal. Vamos por partes.

En primer lugar, el apartado 2 del art. 520 empieza diciendo: *"Toda persona detenida o presa será informada, de modo que le sea comprensible y de forma inmediata, de los hechos que se le imputan y las razones motivadoras de su privación de libertad"*. La obligatoriedad de ofrecer esta información y, lo que es más importante, de que sea comprendida por el

17. Nos referiremos principalmente a los apartados 2 y 6 del art. 520 LECRIM, dedicando a éste último el siguiente epígrafe. No obstante, decir que en el apartado 3 se prevé la posibilidad de que si el detenido es un menor de edad o incapacitado, la autoridad bajo cuya custodia se encuentre, notificará esta circunstancia a quienes ejerzan la patria potestad, tutela o guarda de hecho y, si no fueran halladas se dará cuenta al Ministerio Fiscal. Igualmente si el menor fuese extranjero, la detención se comunicará de oficio al Cónsul de su país. Vid. Artículo 17 de la LO 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores. Por otra parte, el aparado 4 prohíbe a la autoridad judicial y funcionarios bajo cuya custodia se encuentre el detenido, hacerle cualquier tipo de recomendación sobre la elección de letrado, comunicando al Colegio de Abogados el nombre del letrado elegido por el detenido o la petición de que se le designe uno de oficio. De este modo el legislador ha querido, por una parte, que la Corporación controle el ejercicio de esta prestación jurídico-constitucional en pleno y propio ejercicio de sus facultades y, por otra, se asegura la constancia de la efectiva comunicación policial. Así, el Colegio de Abogados pasa a ser garante principal de la asistencia letrada al detenido. Vid. J. J. QUERALT JIMÉNEZ, Asistencia letrada al detenido, Colección Atelier Penal, Barcelona, 1999, pág. 59. Por último, el apartado 5, contiene la posibilidad expresa de renuncia cuando el detenido lo sea por delitos contra la seguridad del tráfico.

detenido[18], radica en que en un Estado no autoritario se considera necesario que toda persona pueda preparar su defensa ante una acusación de los poderes públicos, que son más fuertes que él, aún sabiendo que puede faltar a la verdad[19].

A continuación, se enumeran toda una serie de derechos que asisten al detenido y que son los siguientes:

- Derecho a guardar silencio.
- Derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable.
- Derecho a la asistencia letrada.
- Derecho a comunicar la detención a familiares o persona que se desee, y a la Oficina Consular en el caso de extranjeros.
- Derecho a ser asistido por un intérprete gratuito.
- Derecho a ser reconocido por un médico forense.

De todos estos derechos, es el de la asistencia letrada el que debe centrar ahora nuestra atención, pues se configura como una garantía cuyo propósito es que la persona privada de libertad ambulatoria no vea restringidos otros derechos distintos a ésta[20]. Dice el precepto que toda persona detenida o presa tendrá *"derecho a designar Abogado y a solicitar su presencia para que asista a las diligencias policiales y judiciales de declaración e intervenga en todo reconocimiento de identidad de que sea objeto"*.

Así pues, la asistencia letrada sólo se contempla -*stricto sensu*-, para las diligencias de declaración (interrogatorio) del detenido y la de su identificación (ruedas de detenidos), pues según la STC 252/1994, de 19 de septiembre, *"el art. 17.3 CE no alcanza a imponer la asistencia letrada en los términos y con la intensidad propios de un proceso en curso"*.

Recordar que en la diligencia del careo de los testigos y procesados (arts. 451 a 455 LECRIM), no se prevé en ningún precepto la asistencia

18. Vid. Sentencia TEDH de 29 de noviembre de 1989 ("Caso Chichlian y Ekindjian"), en la que se declara que el derecho a ser informado de la acusación es fundamental para la preparación de la defensa, y la información a que se refiere el art. 6.3 CEDH debe comprender tanto los hechos como su calificación jurídica.
19. Asistencia letrada al detenido, ob. cit., pág. 71.
20. La asistencia letrada al detenido en comisaría y juzgados, ob. cit., pág. 111.

letrada durante la práctica de la misma, situación que sí prevé la Directiva y que analizaremos en su momento.

Tampoco se considera necesaria la presencia del letrado defensor, según la Consulta 2/2003, de 18 de diciembre, de la Fiscalía General del Estado[21], en las siguientes diligencias: en las declaraciones de otros coimputados a los que no asiste profesionalmente; declaraciones de los testigos; actos de imputación a terceros por parte del detenido (STS 1737/2000, 15 de noviembre); exploración radiológica del detenido (en el caso analizado concurría autorización judicial para la práctica de tal diligencia); prueba de alcoholemia (STS 590/2000, de 8 abril); cuando se trata «ab initio» del reconocimiento fotográfico de un posible delincuente que aún no ha sido concretado en su identidad (STS 1479/1999, de 19 octubre); en el registro practicado en el domicilio del sospechoso cuando todavía no se le imputa delito alguno (STS 847/1999, de 24 mayo, con cita de otras muchas, SSTS de 17 de febrero de 1998, 23 de octubre de 1991, 4 de diciembre de 1992, 17 de marzo de 1993 y 8 de marzo y 7 de diciembre de 1994), o aún siendo imputado éste preste su consentimiento, siempre y cuando no esté detenido (STS 2032/2001, de 5 de noviembre); ídem para los supuestos de apertura en sede policial de correspondencia y paquetes (SSTS 409/1999, de 8 de marzo y 1061/1999, de 29 de junio) y, por último, tampoco es preceptiva la asistencia letrada en la diligencia de lectura de derechos (SSTS 1098/1999, de 9 septiembre).

A este respecto, traemos a colación la STS 645/2001, de 17 de abril que dice: *"El art. 17.3 de la Constitución se remite a la Ley, a efectos de precisar los casos en que es obligatoria la intervención letrada. Es el art. 520 LECrim el que reduce tal asistencia a las diligencias policiales y judiciales de declaración y al reconocimiento de identidad que se haga del detenido (art. 520.2 c de la LECrim)"*.

Ello no obstante, la STS 1061/1999, de 29 de junio, amplía la necesidad de asistencia letrada al detenido al establecer que *"es por tanto extensible y ampliable a toda disposición sobre derechos fundamentales"*. En el mismo sentido, el TC afirma que *"en materia de derechos fundamentales, la*

21. Puede consultarse el contenido de la misma en: **www.mjusticia.gob.es**

legalidad ordinaria ha de ser interpretada de la forma más favorable para la efectividad de tales derechos"[22].

Si ello es así, ¿cómo la actuación del abogado sólo queda circunscrita a dos diligencias? ¿Se consigue así un ejercicio real del derecho de defensa?

Si leemos el contenido del art. 17.3 CE, el derecho a la asistencia letrada lo es en todas las diligencias policiales, y lo único en que el precepto constitucional se remite a la Ley es en el modo en que tal asistencia ha de llevarse a cabo, no en el hecho de limitar el número de diligencias policiales en las que se puede exigir la presencia de letrado, por lo que, en opinión de la doctrina más autorizada, no estaríamos ante un derecho de configuración legal[23].

En suma, vetar la intervención del abogado en las diligencias no expresamente contempladas en la ley, desvirtúa, sin ningún género de dudas, la efectividad del derecho de defensa.

22. SSTC 34/1983, 17, 57 y 105/1985, 32 y 102/1987, 224/1988, 125/1994, 135/1995, 112/1996 y 147/1997.
23. Asistencia letrada al detenido, ob. cit., pág. 80.

2.2 Alcance del derecho de asistencia

Pero es sin duda la asistencia letrada al detenido, cuya regulación está contenida en el art. 520.6 LECRIM la que se constituye como el verdadero caballo de batalla para los letrados que acudimos a comisaría a asistir a la persona privada de libertad[24].

¿Quién no se ha topado en la práctica en los centros de detención con la aplicación rigorista de este precepto?

¿Qué letrado ha podido entrevistarse previa y reservadamente con su cliente para valorar la conveniencia de prestar declaración en sede policial?

¿Quién ha tenido acceso al contenido del atestado para conocer las razones que motivan la detención de su cliente?

¿Debe ir la actuación del abogado más allá del tenor literal de la Ley[25]?

A estas cuestiones nos referiremos a continuación, pues en gran medida la transposición de la Directiva va a suponer un cambio sustancial en lo relativo al alcance de la asistencia letrada al detenido, o mejor dicho, a los sospechosos de haber cometido una infracción penal, con independencia de si están privados de libertad, reforzándose el derecho de defensa.

24. Vid. VÍCTOR MORENO CATENA, La defensa en el proceso penal, ed. Civitas, Madrid, 1982, pág. 63., en donde se pone de manifiesto «el desmedido interés del legislador ordinario y de la Fiscalía General del Estado en evitar que la conversación con el detenido pueda producirse antes del interrogatorio. Aquí radica el verdadero "caballo de batalla" de la asistencia de abogado al detenido».

25. Téngase en cuenta que ya en el Congreso General de la Abogacía celebrado en León en junio de 1970, se planteó la cuestión tal y como se plantea en la actualidad, concluyéndose que "en el mismo momento en que cualquier persona fuere detenida o meramente requerida para presentarse ante cualquier autoridad o funcionario, sea policial o de cualquier otro orden, bien sea en organismos distintos de Juzgados o Tribunales, incluso de los mismos de cualquier orden y jurisdicción, pueda exigir inmediatamente la presencia de letrado que le asista, y que no puede ser interrogado, sin que antes haya comunicado con el mismo, cuyo letrado podrá en todo momento mantener comunicación a solas con el interesado y presenciar sus declaraciones, interviniendo con el debido respeto para sugerir cuanto concierne a la fiel transcripción de las mismas". Conclusión núm. 57 del Congreso de la Abogacía celebrado en León en 1970, y transcrito por GREGORIO PECES BARBA, "La asistencia letrada al detenido o preso: un derecho constitucional", en Actualidad Jurídica, 1981-I, págs. 35-42.

Dice el art. 520.6 LECRIM: *"La asistencia del Abogado consistirá en: a) Solicitar, en su caso, que se informe al detenido o preso de los derechos establecidos en el número 2 de este artículo y que se proceda al reconocimiento médico señalado en su párrafo f). b) Solicitar de la autoridad judicial o funcionario que hubiesen practicado la diligencia en que el Abogado haya intervenido, una vez terminada ésta, la declaración o ampliación de los extremos que considere convenientes, así como la consignación en el acta de cualquier incidencia que haya tenido lugar durante su práctica. c) Entrevistarse reservadamente con el detenido al término de la práctica de la diligencia en que hubiere intervenido"*.

Por lo tanto, lo que debe hacer el letrado en primer lugar, es asegurarse de que su cliente es instruido por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad de los derechos que le asisten de un modo que le sea comprensible, convirtiéndose aquel en su garante[26], de modo que si los agentes siguieran con las diligencias sin tener plena certeza de que el encartado entiende los derechos que le asisten, se lesionaría su derecho fundamental a la defensa. Este sería el caso de aprovecharse de una minusvalía o una incapacidad funcional del detenido, como su grado de analfabetismo[27].

Seguidamente, en lo relativo a la práctica de las diligencias a que se refiere el apartado b), parece desprenderse del mismo que el letrado no puede intervenir ni antes ni durante la práctica de las mismas, deviniendo inútil su presencia si su actuación es meramente pasiva. En este sentido la STC 196/1987, se refiere a la "presencia activa del Letrado", y ésta sólo puede considerarse como tal si se permite al mismo intervenir sin ningún tipo de cortapisa cuando, por ejemplo, interroguen a su cliente, no limitándose su papel a la facultad de solicitar las ampliaciones o aclaraciones de las declaraciones vertidas, o a consignar en el acta cualquier incidencia, sin perjuicio de la importancia de esta última facultad, pues todo lo que en el acta no resulte impugnado, puede

26. Vid. STS 252/1994, de 19 de septiembre, cuando se refiere al letrado como "garante de la integridad física del detenido, y de evitar la autoinculpación por ignorancia de los derechos que le asisten".
27. Vid. STS de 5 de diciembre de 1996.

constituirse eventualmente en prueba de cargo contra su cliente a través del artículo 730 LECRIM, fundamentando una futura condena[28].

Por último, el apartado c) se refiere a la posibilidad de entrevistarse con el detenido al término de su declaración, o mejor dicho, "al término de la práctica de la diligencia en que hubiere intervenido"[29].

Nos encontramos en la práctica anclados en la dicción literal de este apartado, pues en las comisarías se niega la posibilidad de que el detenido y su letrado se comuniquen reservadamente antes de empezar su declaración, y sólo cabe la entrevista previa antes de que el detenido sea puesto a disposición de la autoridad judicial.

En este sentido, la STS 645/2001, de 17 de abril, dice que *"reafirma la carencia del derecho al asesoramiento previo el mismo Art. en su apartado 6º c) al concretar la intervención de Letrado, en donde se reconoce la posibilidad de entrevistarse reservadamente con el detenido al término de la práctica de la diligencia en que hubiere intervenido"*.

La previsión legal es del todo ilógica por cuanto, si el asesoramiento técnico, según reiterada jurisprudencia, debe ser real y efectivo, el letrado debe gozar de amplia libertad para aconsejar libremente a su cliente. El TC, en las Sentencias 252/1994 y 21/1997, ha dicho que *"la finalidad de la asistencia letrada en las primeras diligencias policiales consiste en asegurar, con su presencia personal, que los derechos constitucionales de su detenido sean respetados, que no sufra coacción o trato incompatible con su dignidad y libertad de declaración, y que tendrá el debido asesoramiento técnico sobre la conducta a observar en los interrogatorios, incluida la de guardar silencio, así como sobre su derecho a comprobar, una vez realizados y*

28. El Pleno no Jurisdiccional de 28 de noviembre de 2006, de la Sala II del Tribunal Supremo acordó que "las declaraciones válidamente prestadas ante la Policía pueden ser objeto de valoración por el Tribunal, previa su incorporación al juicio oral por alguna de las formas admitidas por la jurisprudencia". Acuerdo seguido de la STS 1215/2006, de 4 de diciembre, en la que se tuvo como prueba de cargo el contenido de la declaración policial del acusado, que no fue ratificado ante el Juez ni en el plenario. Sin embargo, la STC 153/1997, de 29 de septiembre, tiene declarado que la primera declaración de un imputado prestada ante la Guardia Civil "no constituye ni prueba preconstituida ni prueba anticipada, en cuanto forma parte del atestado, cuyo valor es únicamente de denuncia". Vid. "La confesión del acusado como única prueba de cargo", cit., págs. 125 y 126.

29. La entrevista será previa si el detenido es menor de edad. Vid. art. 17.2 LORPM.

concluidos con la presencia activa del Letrado, la fidelidad de lo transcrito en el acta de declaración que se le presenta a la firma".

En este sentido, ya la STC 196/1987 indicó que *"la existencia de asistencia letrada al detenido al tiempo de prestar declaraciones en sede policial, con absoluta libertad del Letrado para intervenir en la práctica de dicha diligencia, cuidando que sean respetados en su integridad los derechos de su defendido, haciendo las observaciones que juzgue oportunas y denunciando ante las autoridades judiciales competentes aquellos comportamientos policiales que, en su caso, pudieran resultar lesivos de tales derechos, constituyen prevenciones que respetan escrupulosamente el contenido del derecho fundamental reconocido en el Art. 17.3 CE. Así mismo, en el curso de su declaración, el detenido, obviamente puede contar con el preceptivo asesoramiento técnico al celebrarse la misma bajo la garantía de la contradicción*".

Y la STC 199/2003 se mantiene en esta línea al decir que *"tendrá el detenido el debido asesoramiento técnico sobre la conducta a observar en los interrogatorios, incluida la de guardar silencio*".

Pero habrá que colegir que difícilmente podrá ofrecerse un asesoramiento jurídico efectivo si cliente y letrado no pueden comunicarse para preparar una estrategia común de defensa antes de prestar aquél declaración, pues en la práctica, al abogado que asiste al detenido no se le permite decir palabra hasta en tanto no termine la declaración de su patrocinado, y sólo del interrogatorio podrá deducir (a veces a duras penas), qué motivos han ocasionado su detención y el grado de implicación en los hechos, por lo que, ante estas circunstancias, lo más conveniente será aconsejar al detenido que sólo declare cuando sea puesto a disposición de la autoridad judicial, a pesar de la advertencia de las autoridades actuantes en ese momento. El TEDH no deja margen a la interpretación cuando dice que *"no se concibe que un abogado pueda asistir a su cliente sin consultas previas entre ellos"* (STEDH, 28 de junio de 1984, caso Campbell y Fell).

2.3. ¿Acceso al atestado policial?

Si bien el derecho de acceder al atestado policial no se contempla expresamente en el contenido de la Directiva que a continuación se analizará, voy a hacer mención -aunque sea de forma sucinta-, a esta reivindicación de la abogacía que por su importancia merece un comentario en este artículo.

Resulta incontestable que la efectividad del derecho de defensa queda desvirtuada ante la imposibilidad de que el abogado pueda acceder al contenido del atestado antes de que su cliente preste declaración en comisaría, por lo que en la práctica, el letrado que asiste a un detenido no tendrá derecho a reclamar el mismo. En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia al entender que si se facilita el atestado policial, podría frustrarse el éxito de la investigación, que en ese momento inicial puede afectar a otras personas o delitos. Al respecto, la STS 1283/2000, de 12 de julio dice: *"El Letrado debe tener conocimiento de la causa de la detención, delito que se imputa, y lectura de derechos, copia de la declaración y derecho a solicitar una nueva y hacer las observaciones que estime convenientes"*.

Esto no obstante (y al margen de que el derecho a acceder al atestado no se haya previsto expresamente en la LECRIM), si como han señalado tanto el TC como el TS, la CE *"no consagra derechos meramente teóricos o ilusorios, sino reales y efectivos30"*, y el derecho de defensa ha sido definido como un derecho "sagrado"[31], los abogados hemos de tener pleno conocimiento de las actuaciones, pues al encontrarnos en la fase pre-procesal, las mismas no han podido declararse secretas *ex* artículo

30. Vid. STC 12/1994. F.J. 6o. SSTS 14 de diciembre de 1994 y 26 de diciembre de 1996.
31. Vid. SSTS 2320/1993 y 851/1993.

302 LECRIM[32] ni aún decretándose la incomunicación del detenido prevista en el artículo 527. Además, ese perjuicio a los fines de la investigación no puede fundamentarse en una actitud perturbadora del letrado defensor hacia la misma[33], por cuanto es un deber estatutario y deontológico del mismo "colaborar con la Administración de Justicia"[34].

Por ello, lo deseable sería que, aprovechando la transposición de la Directiva al ordenamiento interno, se permitiese que los letrados tuviésemos, en sede policial, derecho a conocer el estado de las actuaciones para poder asesorar efectivamente a nuestros clientes, constituyéndose en el complemento perfecto a la entrevista reservada previa a la declaración.

32. La Circular 2/1995, de 22 de noviembre, de la Fiscalía General del Estado establece que "exigencias elementales del derecho de defensa imponen que el Letrado y demás partes puedan tomar vista, antes de la audiencia, de las actuaciones practicadas hasta ese momento (art. 302 de la LECr). Tan sólo si ha recaído una resolución judicial de secreto en los términos previstos en el art. 302 decaerá ese derecho". Se está refiriendo a la comparecencia de prisión actualmente prevista en el art. 505 LECRIM (antiguo art. 504 bis, 2 que fue derogado por la LO 13/2003, de 24 de octubre).
33. *La asistencia letrada al detenido en comisaría y juzgados*, ob. cit., pág. 127.
34. Vid. Nota al pie 14.

03 La directiva 2013/48/UE

3.1. Breve introducción

La cooperación judicial en materia penal dentro del ámbito de la Unión Europea a partir de la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam de 1997, es uno de los mayores retos a que se enfrentan los Estados miembros en el momento actual[35]. En este sentido, dice la Directiva objeto de estudio: *"La Unión se ha fijado el objetivo de mantener y desarrollar un espacio de libertad, seguridad y justicia. (...) El principio del reconocimiento mutuo de sentencias y otras resoluciones de autoridades judiciales debe convertirse en la piedra angular de la cooperación judicial en materia civil y penal en la Unión, puesto que un mayor reconocimiento mutuo y la necesaria aproximación de las legislaciones facilitarían la cooperación entre autoridades competentes y la protección judicial de los derechos individuales"*[36].

35. A. HERNÁNDEZ LÓPEZ, "Análisis jurídico de la propuesta de directiva relativa a los derechos de asistencia letrada y comunicación en los procesos penales y sus posibles consecuencias para el ordenamiento jurídico español". Universidad de Valladolid. Instituto de Estudios Europeos. Máster en Integración Europea. Junio 2013.
36. Considerando 20 de la Directiva 2013/48/UE.

Si bien los Estados miembros son parte tanto del CEDH, como del PIDCP y de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, *"la experiencia ha puesto de manifiesto que, por sí sola, esa circunstancia no siempre aporta el grado de confianza suficiente en los sistemas judiciales penales de los demás Estados"*[37], pues esa confianza se fundamenta en el respeto de los derechos de los sospechosos o acusados (derecho a la asistencia letrada), y la definición de normas mínimas comunes necesarias para facilitar el principio de reconocimiento mutuo.

Si tenemos en cuenta lo que hemos expuesto hasta el momento y lo comparamos con el contenido de la Directiva que se detallará a continuación, parece claro que España, a día de hoy (en lo que respecta a la asistencia letrada al detenido en comisaría), no garantiza los estándares mínimos europeos que se contemplan en la misma, vulnerándose el derecho de defensa. Si este derecho se configura como un medio de defensa del ciudadano frente a los poderes públicos, la abogacía debe convertirse en la abanderada en exigir que se respeten los derechos fundamentales de todos los ciudadanos, pero más de los que se hallen sometidos a una investigación criminal.

A partir de la transposición de la Directiva a los ordenamientos internos de cada Estado[38] (antes del 27 de noviembre de 2016), la entrevista del letrado defensor con el detenido será, necesariamente, previa a su declaración ante la policía. Así mismo el sospechoso tendrá derecho a que su letrado esté presente e intervenga de manera efectiva cuando lo interroguen. También podrá estar presente en las actuaciones de investigación o de obtención de pruebas como puedan ser las ruedas de reconocimiento, careos o reconstrucciones de hechos (con el importante matiz de que esté prevista dicha intervención en la legislación nacional). Se incide en la confidencialidad de la relación cliente-abogado.

37. Considerando 50.
38. Advertir en este punto que aunque lo deseable sería que se aplicase a todos los Estados miembros sin excepción, esto no será así respecto de Dinamarca, Irlanda y Reino Unido, que no quedan vinculados por la Directiva ni sujetos a su aplicación. Ello de conformidad con los artículos 1 y 2 de los Protocolos no 21 y 22 sobre la posición del Reino Unido, de Irlanda y de Dinamarca, respecto del espacio de libertad, seguridad y justicia, anejos al TUE y al TFUE.

Y se fija una regulación especial para los procesos relativos a la orden de detención europea.

3.2. Norma habilitante, objeto y ámbito de aplicación

En primer lugar, la Directiva 2013/48/UE se dicta al amparo de lo dispuesto en el artículo 82.2 b) del Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE)[39], que prevé la posibilidad de que la Unión elabore Directivas de mínimos, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, sobre los derechos de las personas durante el proceso penal, en particular la asistencia letrada y el derecho a la comunicación. Dice este precepto: *"En la medida en que sea necesario para facilitar el reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales y la cooperación policial y judicial en asuntos penales con dimensión transfronteriza, el Parlamento Europeo y el Consejo podrán establecer normas mínimas mediante directivas adoptadas con arreglo al procedimiento legislativo ordinario. Estas normas mínimas tendrán en cuenta las diferencias entre las tradiciones y los sistemas jurídicos de los Estados miembros. Estas normas se referirán a: b) los derechos de las personas durante el procedimiento penal"*[40].

En segundo lugar, el objeto de la Directiva consiste en *"establecer normas mínimas relativas a los derechos de sospechosos y acusados en procesos penales y de las personas que sean objeto de procedimientos en virtud de la Decisión Marco 2002/584/JAI ("procedimientos de la orden de detención europea") a ser asistidos por un letrado, a que se informe de su privación de*

39. Vid. DOUE C 83/49 de 30 de marzo de 2010. Accesible desde **eur-lex.europa.eu**
40. El 30 de noviembre de 2009, el Consejo adoptó una resolución relativa al plan de trabajo para reforzar los derechos procesales de sospechosos y acusados en los procesos penales (DOUE C 295 de 4 de diciembre de 2009), adoptándose hasta el momento la Directiva 2010/64/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales (DOUE L 280 de 26 de octubre de 2010), y la Directiva 2012/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo, relativa al derecho a la información en los procesos penales (DOUE L 142 de 1 de junio de 2012).

libertad a un tercero y a comunicar con tercero y con autoridades consulares durante la privación de libertad"[41].

En tercer lugar, la Directiva se aplicará a los sospechosos o acusados en procesos penales desde el momento en que las autoridades competentes de un Estado miembro hayan puesto en su conocimiento, mediante notificación oficial u otro medio, que son sospechosos o que se les acusa de haber cometido una infracción penal -con independencia de si están privados de libertad-, y hasta la conclusión del proceso, esto es, hasta la decisión definitiva que determine si el sospechoso o acusado ha cometido o no la infracción, incluida la resolución de cualquier recurso. También a las personas que sean objeto de los procedimientos relativos a la orden de detención europea a partir del momento de su detención en el Estado miembro de ejecución, así como a aquellas que aún no siendo sospechosas ni acusadas, pasen a serlo en el curso de un interrogatorio por la policía u otras fuerzas y cuerpos de seguridad. Por último, en aquellos Estados en que se consideren infracciones penales algunas infracciones leves –en España, determinados delitos contra la seguridad vial-, si éstas no llevan aparejada sanción privativa de libertad, sólo se aplicará la Directiva en los casos en que estos procesos puedan remitirse a tribunales competentes en materia penal, y siempre en los casos en que el sospechoso o acusado esté privado de libertad, con independencia de la fase en que se encuentre el proceso penal.[42]

41. Artículo 1 de la Directiva 2013/48/UE.
42. Artículo 2 de la Directiva 2013/48/UE.

2.3. Derechos reconocidos

Asistencia letrada en los procedimientos penales

Nos hemos referido ya tanto al objeto de la Directiva como a su ámbito de aplicación, por lo que el paso siguiente es analizar los derechos contenidos en la misma en el orden en que aparecen regulados para tener una visión completa de la materia.

En el artículo 3 se recoge el "derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales". Es sin duda el más importante de los derechos y el de mayor extensión en cuanto a su regulación por razones obvias. Empieza diciendo el precepto de un modo contundente: *"Los Estados miembros velarán por que los sospechosos y acusados tengan derecho a ser asistidos por un letrado en el momento y del modo que les permita ejercer sus derechos de defensa en la práctica y de manera efectiva"*. La asistencia deberá ser inmediata, "sin demora injustificada" en cualquiera de estos momentos que antes se produzca:

- Antes del interrogatorio por las fuerzas y cuerpos de seguridad o autoridades judiciales.
- En el transcurso de un acto de investigación u obtención de pruebas.
- Sin demora injustificada tras la privación de libertad.
- Con la suficiente antelación antes de que el sospechoso o acusado citado para personarse ante un tribunal penal, se presente ante el mismo.

«Los Estados miembros velarán por que el sospechoso tenga derecho a entrevistarse en privado y a comunicarse con el letrado que lo represente, inclusive con anterioridad a que sea interrogado por la policía u otras fuerzas o cuerpos de seguridad o autoridades judiciales».

Recordemos lo dicho en su momento respecto de la necesidad (para garantizarse así un ejercicio real y efectivo del derecho de defensa), de que la entrevista debería ser previa a la declaración policial, situación hasta el momento vetada en las comisarías y centros de detención por la aplicación rigorista del contenido del artículo 520.6 LECRIM. A partir del momento de la transposición de la Directiva, la entrevista será, necesariamente, previa a la declaración.

Del mismo modo, *"los Estados miembros velarán por que el sospechoso o acusado tenga derecho a que su letrado esté presente e intervenga de manera efectiva cuando lo interroguen. Esta intervención será acorde con los procedimientos previstos por la normativa nacional, a condición de que tales procedimientos no menoscaben el ejercicio efectivo ni el contenido esencial del derecho de que se trate"*. Nos reiteramos en lo dicho cuando comentábamos el contenido del artículo 520.6 b) LECRIM, pues si el letrado debe tener, en palabras del TC una "presencia activa"[43] cuando declare su cliente en comisaría, deberá poder intervenir en el interrogatorio, pues de lo contrario se convertiría en un mero convidado de piedra. Señalar que el contenido de la Directiva en este punto es imperativo, pues sólo condiciona la intervención al modo en que esté regulada en el ordenamiento interno de cada estado, pero no a la existencia misma de este derecho, por lo que en la ley procesal penal deberá darse cabida al mismo, estableciéndose un procedimiento que no menoscabe ni su ejercicio ni su contenido esencial.

Seguidamente se dice que *"los Estados miembros velarán por que el sospechoso o acusado tenga derecho al menos a que su letrado esté presente en las siguientes actuaciones de investigación o de obtención de pruebas, si dichas actuaciones están previstas en la normativa nacional y se exige o permite que el sospechoso o acusado asista a dicho acto: i) ruedas de reconocimiento; ii) careos y iii) reconstrucciones de hechos"*. Recordar que en el artículo 520.2 c) LECRIM sólo se reconoce expresamente la asistencia letrada al detenido en dos supuestos: en su interrogatorio y en su identificación (ruedas de detenidos). En la diligencia del careo (arts. 451 a

43. Vid. STC 196/1987.

455 LECRIM) no se prevé la intervención de letrado, y las denominadas reconstrucciones de hechos, ni siquiera aparecen reguladas en la Ley[44].

Si la jurisprudencia constitucional afirma que *"en materia de derechos fundamentales, la legalidad ordinaria ha de ser interpretada de la forma más favorable para la efectividad de tales derechos"*[45], sólo cabe exigir que el derecho a la asistencia letrada lo sea en todas las diligencias policiales. En este punto la Directiva no "impone" que el letrado esté presente en las diligencias que se enumeran, por lo que, en principio, el Estado no estaría obligado a ampliar su presencia a las mismas. Sin embargo, el contenido del artículo 17.3 CE no limita el número de diligencias policiales en las que se puede exigir la asistencia letrada[46], por lo que el legislador, de *lege ferenda*, debería aprovechar la transposición de la Directiva para robustecer el derecho de defensa, reconociendo la asistencia letrada en cualquier diligencia que se practique.[47]

A continuación, se prevé la posibilidad de que "en circunstancias excepcionales y únicamente en la fase de instrucción", se deje de aplicar lo dispuesto en el apartado 2 c) *"en caso de que la lejanía geográfica de un sospechoso o acusado imposibilite el ejercicio del derecho a la asistencia de letrado sin demora injustificada tras la privación de libertad"*.

También podrán dejar de aplicarse los derechos del apartado 3 al concurrir:

- Una necesidad urgente de evitar graves consecuencias adversas para la vida, la libertad o la integridad física de una persona.

44. Ma PÉREZ MARÍN, "La diligencia de inspección ocular y la reconstrucción de hechos en el proceso penal: algunas notas sobre la regulación actual y un acercamiento al anteproyecto de Ley para un nuevo proceso penal", en Revista General de Derecho Procesal, No 29, 2013.
45. Vid. Nota al pie 22.
46. Vid. Nota al pie 23.
47. Vid. STC 21/1997.

- Una necesidad urgente de una actuación inmediata de las autoridades de instrucción para evitar comprometer de modo grave el proceso penal"[48].

A la confidencialidad de las comunicaciones.

Otra vertiente del contenido del derecho a la asistencia letrada es el de la confidencialidad de las comunicaciones entre el imputado y su abogado, considerado esencial por el TEDH para que la asistencia letrada sea efectiva, salvaguardándose así el derecho de defensa.[49]

Efectivamente, el derecho de asistencia letrada y el derecho de defensa del que es complemento, exigen ineludiblemente la comunicación entre el imputado y su abogado, pues sin comunicación entre ambos no existe asistencia letrada, y sin ésta no existe eficaz defensa.[50]

El artículo 4 de la Directiva preceptúa: *"Los Estados miembros respetarán la confidencialidad de las comunicaciones entre los sospechosos o acusados y sus letrados, en el ejercicio del derecho a la asistencia de letrado previsto en la presente Directiva. Dichas comunicaciones incluirán las reuniones, la correspondencia, las conversaciones telefónicas y otras formas de comunicación permitidas de conformidad con la normativa nacional"*.

48. El primer caso tendría su reflejo en los supuestos en que, al garantizarse el derecho de defensa del imputado, se pudiere ocasionar la muerte o un menoscabo físico a una tercera persona. Serias dudas al contrario plantea la segunda excepción, creando una evidente inseguridad jurídica al jugar con conceptos jurídicos indeterminados. ¿Cómo calibrar ese potencial perjuicio para la investigación criminal? ¿Se puede suspender el derecho de defensa en base al principio de precaución? P. CRUZ BOTTINI, "Principio de precaución, Derecho Penal y sociedad de riesgos", en Revista General de Derecho Penal, No 7, 2007.
49. Vid. STEDH de 13 de marzo de 2007 (asunto "Castravet vs Moldavia"), en la que se dice: "Uno de los elementos clave de la representación efectiva de los intereses de un cliente, es el principio de que debe preservarse la confidencialidad de la información intercambiada entre ellos; este privilegio favorece una comunicación abierta y honesta entre clientes y abogados."
50. V. GRIMA LIZANDRA, "La intervención de las comunicaciones del imputado con su abogado: una vulneración del derecho de defensa", en El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho, núm. 17, págs. 25 y 26.

Así pues, la Directiva reconoce, sin excepción alguna, la confidencialidad de las comunicaciones entre un imputado y su letrado como pieza clave para el ejercicio del derecho de defensa en un proceso justo.[51]

¿Es compatible nuestro ordenamiento con esta previsión?

Para responde a esta pregunta tenemos que empezar diciendo que en el artículo 579 LECRIM[52] se prevé la posibilidad de que el Juez acuerde, mediante auto motivado, la detención y la apertura de la correspondencia privada, postal y telegráfica del procesado, la intervención de sus comunicaciones o la observación de las mismas.

Es ésta, no obstante, una previsión genérica de la ley desde la perspectiva del derecho fundamental a la intimidad y del secreto de las comunicaciones previsto en el artículo 18.3 CE, no pudiendo ser la norma habilitante para intervenir las comunicaciones entre el imputado y su letrado, en las que están comprometidos los derechos a la asistencia letrada y a la igualdad de armas del art. 24.2 CE.[53]

Sí que debemos analizar el artículo 51.2 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria (LOGP) en el que se dice: *"Las comunicaciones de los internos con el Abogado defensor o con el Abogado expresamente llamado en relación con asuntos penales y con los Procuradores que los representen, se celebrarán en departamentos apropiados y no podrán ser suspendidas o intervenidas salvo por orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo".*[54]

¿Se vulnera aquí el derecho de defensa?

En opinión de la doctrina más autorizada en la materia, el artículo 51.2 LOGP debería relacionarse con los apartados 1 y 5, que disponen que la restricción de las comunicaciones de los presos sólo puede ser

51. Vid. Considerando núm. 33.
52. Según redacción dada por la LO 4/1988, de 25 de mayo. Vid. Auto TS de 18 de junio de 1992, cuando se refiere a la "excesiva indeterminación y amplitud" del precepto, con cita y análisis de las SSTEDH de 6 de septiembre de 1978 (caso Klass), 2 de agosto de 1984 (caso Malone) y 24 de abril de 1990 (caso Hurvig), entre otras.
53. "La intervención de las comunicaciones del imputado con su abogado: una vulneración del derecho de defensa", cit., pág. 28.
54. Vid. SSTC 183/1994, de 20 de junio y 58/1998, de 16 de marzo. Así mismo la controvertida STS 79/2012, de 9 de febrero, sobre la sanción impuesta al Juez Baltasar Garzón por ordenar la intervención ilícita de comunicaciones entre abogados y clientes en el caso Gürtel.

impuesta "por razones de seguridad, de interés de tratamiento y del buen orden del establecimiento", causas éstas ajenas a la instrucción de un proceso penal, pues sólo con la prohibición absoluta de injerencias en tales comunicaciones puede garantizarse la indemnidad del derecho de defensa, lo que exige que el Juez de Vigilancia Penitenciaria, adopte las cautelas necesarias para salvaguardar el secreto de defensa frente al Juez de Instrucción, el Fiscal y la Policía cuando intervengan en la investigación de los hechos imputados al preso[55].

En el escenario planteado por la Directiva, nuestro ordenamiento no sería compatible con el texto de la misma. No cabe excepción alguna a la confidencialidad de las comunicaciones habidas entre el cliente y su letrado.

A informar de la privación de libertad a un tercero.

Se reconoce en el artículo 5 el derecho del sospechoso o acusado a informar a una tercera persona que él mismo designe (como un familiar o un empleador), del hecho de su detención. Tratándose de un menor de edad (18 años), serán las autoridades las que informen a la persona que ostente la patria potestad de la situación del menor, salvo que resulte contrario a sus intereses.

Por otra parte, del mismo modo que ocurre con el derecho a la asistencia letrada (art. 3), se establece un régimen de excepciones al ejercicio de este derecho y, tratándose de un menor que se halle en esta situación, los Estados miembros se asegurarán de que al menos sea informada la autoridad de protección del menor que corresponda.

Por lo que respecta al reconocimiento de este derecho en nuestro ordenamiento interno, debemos comentar que aunque en el texto constitucional no esté expresamente reconocido, en el art. 520.2 d) LECRIM se prevé el *"derecho a que se ponga en conocimiento del familiar o persona que desee, el hecho de la detención y el lugar de custodia en que se halle en cada momento.*

55. "La intervención de las comunicaciones del imputado con su abogado: una vulneración del derecho de defensa", cit., págs. 28 y 29.

Los extranjeros tendrán derecho a que las circunstancias anteriores se comuniquen a la Oficina Consular de su país"[56].

En la Directiva se introduce la figura del empleador, algo que si bien no está expresamente recogido en el tenor literal de la LECRIM se sobreentiende, al poder el detenido comunicar su situación a la persona que desee, por lo que nuestro ordenamiento es perfectamente compatible con el contenido de la Directiva.

A comunicar con terceros durante la privación de libertad.

El artículo 6 de la Directiva reconoce expresamente el derecho de todo sospechoso o acusado privado de libertad a comunicarse con una tercera persona que libremente elija, mientras esté privado de libertad y sin demora injustificada. En el apartado 2 se prevé la posibilidad de que los Estados puedan limitar o aplazar el ejercicio de este derecho "por razones imperiosas o necesidades prácticas de carácter proporcionado".

Este derecho no se recoge expresamente en nuestro ordenamiento, pero podría incardinarse en el contenido del art. 523 LECRIM cuando establece: *"Cuando el detenido o preso deseare ser visitado por un ministro de su religión, por un médico, por sus parientes o personas con quienes esté en relación de intereses, o por las que puedan darle sus consejos, deberá permitírsele, con las condiciones prescritas en el reglamento de cárceles, si no afectasen al secreto y éxito del sumario. La relación con el Abogado defensor no podrá impedírsele mientas estuviere en comunicación"*.

A comunicar con las autoridades consulares.

Según el artículo 7 de la Directiva: *"Cada Estado miembro velará por que todo sospechoso o acusado que no sea nacional suyo y se vea privado de libertad goce del derecho a que se informe, sin demora injustificada, a las*

56. Téngase presente que en los casos en que se acuerde la incomunicación del detenido, el artículo 527 b) establece que "no tendrá derecho a la comunicación prevista en el apartado d) del número 2".

autoridades consulares del Estado del que sea nacional de que se encuentra privado de libertad, y a comunicarse con dichas autoridades, si así lo desea". En el caso de que el sospechoso posea varias nacionalidades, *"podrá elegir a qué autoridades consulares debe informarse y con quién desea comunicarse"*. Se reconoce también *"el derecho a que lo visiten sus autoridades consulares, a conversar y mantener correspondencia con ellas, y a que estas le faciliten representante legal"*.

Tenemos que tener en cuenta la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 24 de abril de 1963, ratificada por todos los Estados miembros, y en cuyo art. 36 se trata esta cuestión bajo la rúbrica: "*Comunicación con los nacionales del estado que envía"*.

Por último se prevé que los Estados puedan establecer los procedimientos para el ejercicio de este derecho, *"siempre que se permita que se alcancen plenamente los fines para los que se han previsto estos derechos"*.

En nuestro ordenamiento jurídico, este derecho está reconocido aunque sea indirectamente por vía del art. 96 CE, pues los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno, y en este punto, España ha ratificado la Convención de Viena[57].

Condiciones generales para aplicar excepciones temporales.

De conformidad con el artículo 8, para la aplicación de las excepciones temporales previstas para el derecho de acceso a un abogado y para el derecho del sospechoso de comunicar a un tercero su situación de privación de libertad[58], se deberán cumplir los siguientes requisitos:

- Deberán ser proporcionadas y limitarse a lo estrictamente necesario.
- Estarán rigurosamente limitadas en el tiempo.

57. BOE núm. 56, de 6 marzo de 1970.
58. El TEDH ha admitido que algunas excepciones temporales aplicadas sobre estos derechos no vulnerarían el CEDH, si bien toda excepción a su ejercicio ha de ser definida y limitada claramente en el tiempo, sin que la misma implique privar al sospechoso o acusado totalmente de estos derechos. Vid. STEDH de 27 de noviembre de 2008 ("Salduz vs Turquía").

- No podrán basarse exclusivamente en el tipo o la gravedad de la presunta infracción.
- No podrán menoscabar las garantías generales de un juicio justo.

Se establecen además unas garantías adicionales para poder aplicar las excepciones, pues sólo podrán autorizarse en virtud de resolución debidamente motivada e individual adoptada por una autoridad judicial o por otra autoridad competente, siempre que su decisión pueda ser objeto de control jurisdiccional. Además, en los considerandos se advierte que "el abuso de estas excepciones supondría un perjuicio irremediable para los derechos de la defensa"[59].

Renuncia

Se contempla en el artículo 9 la posibilidad de que el sospechoso o acusado renuncie a los derechos contemplados en los arts. 3 y 10 de la Directiva, siempre y cuando esta renuncia se otorgue de manera clara e inequívoca, de forma voluntaria y con pleno conocimiento por parte del acusado de sus consecuencias. No obstante, no se podrá invocar la Directiva para renunciar a estos derechos si en el ordenamiento jurídico nacional existen disposiciones que obliguen al sospechoso a estar asistido de letrado[60]. Si se prevé esta posibilidad (delitos contra la seguridad del tráfico en España)[61], deberá garantizarse:

- Que el sospechoso o acusado recibe información clara y suficiente, en un lenguaje sencillo y comprensible, sobre las consecuencias de renunciar al derecho.
- Que la renuncia se otorgue de forma voluntaria e inequívoca.

59. Vid. Considerandos 31 y 35.
60. No cabe la renuncia en el caso de que el detenido sea menor de edad. Vid., art. 17.2 de la LO 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores.
61. Vid. Nota al pie 17. Por otra parte, el art. 520.4 II LECRIM contempla la posibilidad de que, si transcurrido el plazo de ocho horas contadas desde el momento en que se realiza la solicitud de asistencia letrada al Colegio de Abogados sin que ningún letrado comparezca injustificadamente, se puede proceder a la práctica de la declaración o al reconocimiento del detenido, siempre y cuando éste lo consienta.

- La renuncia podrá hacerse por escrito u oralmente, pero en cualquier caso deberá registrarse con arreglo al procedimiento previsto en cada Estado.

Se prevé la posibilidad de que la renuncia pueda revocarse en cualquier momento posterior del proceso penal, siempre que el sospechoso haya sido informado previamente de tal posibilidad.

A ser asistido por un letrado en los procedimientos de la orden de detención europea.

La orden europea de detención y entrega, fue instaurada en virtud de la Decisión Marco 2002/584/JAI, posteriormente modificada por la Decisión Marco 2009/299/JAI. Consiste en un mandato de detención emitido por el Estado miembro emisor para que el Estado miembro en el que se encuentra el sospechoso o acusado proceda a su detención y posterior entrega. Este procedimiento descansa sobre el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales en el ámbito de la UE.

Como el estudio pormenorizado de este procedimiento excedería los objetivos de este artículo, me referiré únicamente a lo siguiente.

En primer lugar, según el artículo 10 de la Directiva, el Estado miembro de ejecución debe prestar asistencia letrada al sospechoso desde que se produzca su detención en virtud de una orden de una Euro-orden. Esta asistencia consistirá:

- En el derecho del acusado al acceso a un abogado en el momento y en el modo que le permita ejercer sus derechos efectivamente y sin más dilación que la debida.
- Derecho a comunicarse y reunirse con el abogado que le represente.
- Derecho a que su abogado intervenga, de acorde con la normativa nacional, durante la declaración del sospechoso reclamado mediante una Euro-orden, constando esta intervención en acta de acuerdo con las normas nacionales del Estado miembro donde se produzca.

En segundo lugar, el Estado miembro emisor deberá garantizar que se informe a la persona requerida de que puede disfrutar también del derecho a la asistencia letrada en dicho Estado. Se darían, pues, dos asistencias letradas simultáneas que se coordinarían entre sí. La Directiva propone que sea el abogado del Estado miembro emisor el que asista al abogado del Estado miembro de ejecución.

A la asistencia jurídica gratuita

Este derecho ya ha sido analizado en este trabajo[62] y la Directiva, en el artículo 11, sólo se limita (como declaración de principios), a expresar que los derechos en ella reconocidos se entienden sin perjuicio de lo dispuesto en la normativa nacional en materia de asistencia jurídica gratuita, que se aplicará de conformidad con la Carta y el CEDH.

62. Vid. capítulo II A).

3.4. Recursos

La Directiva, en su artículo 12, exige que el sospechoso o acusado disponga de recursos efectivos, de acuerdo con las legislaciones nacionales de cada Estado, para que pueda reclamar la posible vulneración de los derechos que les confiere la Directiva.

3.5. Personas vulnerables

Dice el artículo 13: *"Los Estados miembros garantizarán que, cuando se aplique la presente Directiva, se tomen en consideración las necesidades específicas de los sospechosos y acusados que sean vulnerables"*. Dentro de este colectivo entrarían los menores de edad, extranjeros y personas que tengan disminuidas sus capacidades de decisión o cognición y requieran una mayor atención especializada.

3.6. Cláusula de no regresión

Por último, de conformidad con el artículo 14, ninguna de las estipulaciones de la Directiva podrá interpretarse en un sentido limitativo de los derechos o garantías procesales que garantizan el CEDH, la Carta u otras disposiciones de Derecho internacional o nacional que garanticen un mayor nivel de protección.

3.7. Transposición

Los estados miembros adoptarán las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a la Directiva, a más tardar, el 27 de noviembre de 2016. Transcurrido este plazo se podrían dar las siguientes situaciones:

1º.- La Comisión puede pedir al TJUE que condene a los Estados (el incumplimiento de la sentencia dictada con este motivo puede derivar en una nueva condena que puede concluir en la imposición de multas);

2º.- En determinadas condiciones, el TJUE puede conceder a los particulares la posibilidad de obtener una indemnización derivada de la incorrecta transposición o de una transposición con retraso de una Directiva (Sentencia Francovitch y Bonifaci, de 19 de noviembre de 1991);

3º.- El TJUE puede considerar que la Directiva tiene un efecto directo, es decir, los particulares pueden alegarla ante el Juez.

La Directiva posee un efecto directo vertical al expirar el plazo de transposición, por lo que los particulares pueden alegar el texto contra los Estados ante los tribunales, siempre y cuando se cumplan estos requisitos:

- Que las disposiciones de la Directiva sean incondicionales y suficientemente precisas.
- Que la Directiva no haya sido traspuesta correctamente por una norma nacional en los plazos previstos[63].

63. A ello habría que añadir que el principio de primacía garantiza la superioridad del Derecho europeo sobre los Derechos nacionales. El Juez nacional debe respetar dicho principio, pudiendo hacer uso del procedimiento prejudicial en caso de duda en cuanto a la aplicación de este principio. En una Sentencia de 19 de junio de 1990 (Factortame), el Tribunal de Justicia indicó que una jurisdicción nacional, en el marco de una cuestión prejudicial sobre la validez de una norma nacional, deberá suspender inmediatamente la aplicación de esta norma, a la espera de la solución preconizada por el Tribunal de Justicia y de la sentencia que el órgano jurisdiccional dicte al respecto en cuanto al fondo.

3.8. Asunción de competencias por el TJUE

No me gustaría finalizar este apartado sin hacer mención a la asunción de competencias por parte del TJUE en esta materia.

Evidentemente, como la Directiva formará parte del acervo comunitario, el TJUE podrá conocer -*ex* art. 267 TFUE- de todas aquellas cuestiones prejudiciales relativas al ejercicio de los derechos que se reconocen en la misma, constituyéndose en un importante avance para la cooperación judicial en materia penal dentro del ámbito de la UE, sin perjuicio de las competencias que hasta el momento le corresponden al Tribunal de Estrasburgo respecto de los derechos reconocidos en el CEDH.

No creo que esta situación futura tenga connotaciones negativas, antes al contrario. El TJUE se constituirá como el primer garante de los derechos reconocidos en la Directiva a nivel de la UE, con la consiguiente reducción, *ab initio,* de la carga de trabajo del TEDH, sin perjuicio de que Estrasburgo conozca de las cuestiones que se susciten respecto a la interpretación del CEDH. Este control adicional de los derechos de las personas sometidas a un proceso penal, sólo puede ser bienvenido por cuanto se garantiza un estándar mínimo de protección de los mismos dentro del espacio de la UE.

04 El Centro de Defensa de la Defensa del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia

Algunas prácticas que tienen lugar en los tribunales (declaración del imputado con esposas), en las dependencias policiales[64] o en los propios despachos de abogados, no se atienen a Derecho y vulneran los principios básicos de la defensa.

El ICAV ha creado el Centro de Defensa de la Defensa, una iniciativa pionera en España que tiene como objetivo proteger el derecho de defensa de los ciudadanos frente a malas prácticas, inercias y costumbres de los poderes públicos. El abogado, apoyado por este órgano colegial, debe reivindicar siempre, que se cumpla el derecho de la defensa de los ciudadanos sin que éstos sufran abuso o indefensión.

El Centro de Defensa de la Defensa está formado por una comisión, constituida por cinco abogados de reconocida trayectoria y prestigio profesional, designados por la Junta de Gobierno por un periodo de tres años.

Sus funciones son atender, estudiar, deliberar y emitir los dictámenes, informes y asesoramiento, no vinculantes, a la Junta de Gobierno del ICAV, proponiendo medidas de corrección de las actuaciones,

64. Vid. EDUARDO MELERO ALONSO, ¿Hacia un derecho policial del enemigo?, artículo publicado en su bloc jurídico, donde se hace referencia al hecho de los interrogatorios llevados a cabo en comisaría por policías encapuchados. Accesible desde el siguiente enlace: **www.uam.es/eduardo.melero**

tendentes a mejorar o sancionar la gestión o de publicidad y difusión del vicio detectado.

Está expresamente excluido de su ámbito de competencias:

- El amparo colegial, dirigido al abogado perturbado por el ejercicio del derecho de defensa.
- Quejas procesales, por actuaciones jurisdiccionales en un procedimiento concreto, excepto si estas actuaciones son especialmente graves.

En palabras del Presidente del Centro de Defensa de la Defensa, D. Juan Martín Queralt[65]:

> «Potenciar el derecho de defensa en la sociedad es hoy una tarea prioritaria, como muestra la aprobación reciente de una Directiva europea sobre el acceso de todo ciudadano a un abogado, que tiene como fin garantizar este derecho en el ámbito de todos los estados miembros (...).
> El derecho de defensa es un derecho del ciudadano frente a los poderes públicos. La división de poderes es cada vez más suave y desleída, la Administración está invadiendo terrenos tradicionalmente confiados al poder judicial. Hace falta robustecer y potenciar el poder judicial frente a las invasiones de una metástasis de la Administración Pública (...).
> Los abogados tenemos mucho que aprender a la hora de reivindicar el derecho de defensa. Hay que comunicar al Juez de Instrucción y al ICAV los casos de indefensión».

Las primeras reivindicaciones de los abogados que conforman este Centro de Defensa son:

- El derecho de asistencia del letrado al detenido en las diligencias policiales.

65. EL LEGAJO, No 31, cuarto trimestre 2013. Págs. 12 a 16.

- Derecho a la entrevista reservada entre letrado y detenido, previa a la declaración policial.
- Derecho del letrado de acceso al atestado.
- Derecho a intervenir en el interrogatorio al detenido.
- Derecho del abogado de consignar en el acta cualquier vulneración de los derechos.
- Derecho del abogado a interponer el "habeas corpus".
- Derecho al secreto de las comunicaciones entre abogado y cliente.

La Directiva 2013/48/UE, sucintamente analizada en este artículo, respalda la posición del Centro de Defensa de la Defensa del ICAV en muchas de estas cuestiones, pero los abogados, a título individual, debemos exigir de las Autoridades que se cumpla y se respete el derecho de defensa de los ciudadanos.

Conclusiones

1. La Directiva 2013/48/UE, dictada en el marco de la cooperación judicial en materia penal dentro de la UE a partir de la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam (*Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia)*, pretende establecer unas normas de mínimos para el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales en materia penal. Aunque los Estados son parte en el CEDH, el PIDCP y la Carta, la experiencia ha puesto de manifiesto que, por sí sola, esa circunstancia no siempre aporta el grado de confianza suficiente en los sistemas judiciales penales de los demás Estados miembros.

2. En nuestro ordenamiento interno, la ley que regula la asistencia letrada al detenido es la decimonónica LECRIM de 1882, por lo que el contenido de la misma deberá adaptarse al contenido de la Directiva cuando sea objeto de transposición. En este sentido:

- La entrevista reservada entre el imputado y su
- letrado deberá ser, necesariamente, previa a la declaración policial.
- El abogado deberá intervenir de una manera
- efectiva cuando interroguen a su cliente, no limitándose su papel a la facultad de solicitar las ampliaciones o aclaraciones de las declaraciones vertidas, o a consignar en el acta cualquier incidencia.

- Aún cuando la asistencia letrada sólo se contemple -*stricto sensu*-, para las diligencias de declaración (interrogatorio) del detenido y la de su identificación (ruedas de detenidos), si de conformidad con el TC: "En materia de derechos fundamentales, la legalidad ordinaria ha de ser interpretada de la forma más favorable para la efectividad de tales derechos", el legislador debería aprovechar el trámite de transposición de la Directiva para ampliar la presencia del letrado defensor a todas las diligencias de investigación. En este sentido la Directiva peca de ingenuidad, pues la presencia de letrado en las ruedas de reconocimiento, careos y reconstrucciones de hechos se hace depender de que tal intervención esté prevista en la legislación nacional, y esto, a día de hoy, en España, no es así.

3. Deberá garantizarse el secreto de las comunicaciones entre abogado y cliente. Dichas comunicaciones incluirán las reuniones, la correspondencia, las conversaciones telefónicas y otras formas de comunicación permitidas de conformidad con la normativa nacional.

4. La atribución de competencias por parte del TJUE en esta materia será beneficiosa para la efectividad de los derechos que se reconocen en la Directiva, sin perjuicio de las competencias que ostenta en este momento el TEDH al interpretar el CEDH. Un plus de protección jurisdiccional sólo puede ser bienvenido en esta materia.

5. Determinadas prácticas que tienen lugar en los tribunales o en las dependencias policiales, no se atienen a Derecho y vulneran los principios de la defensa. Por ello, en una iniciativa pionera única en España, el ICAV ha creado el Centro de Defensa de la Defensa, cuyo objetivo es detectar estas malas prácticas y facilitar las herramientas necesarias para la defensa de los ciudadanos. Cada letrado, en su actuación profesional, deberá garantizar que no se vulneren los derechos de su cliente, pues se constituye, al fin y al cabo, en su garante.

No quiero finalizar este trabajo sin citar a Luigi Ferrajoli. Profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad de Roma, es uno de los principales teóricos del garantismo jurídico, teoría que desarrolló inicialmente en el ámbito del Derecho Penal, pero que considera, en general, aplicable a la garantía de todos los derechos fundamentales.

> "El derecho penal en su modelo garantista equivale a la ley del más débil. Y no se olvide que en el momento del delito el sujeto débil es el ofendido, en el momento del proceso el sujeto débil es siempre el imputado y sus derechos y garantías son otras tantas leyes del más débil. Esta regla del respeto de quienes son partes en la causa, y en particular del imputado, es un corolario del principio de igualdad, ya que equivale a la igual dignidad social de todas las personas, incluidos, por tanto, los reos".[66]

66. L. FERRAJOLI, "Nueve máximas de deontología judicial", en Jueces para la Democracia, núm. 77, 2013, pág. 11.

Bibliografía

COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, M., "La confesión del acusado como única prueba de cargo", en *Jueces para la Democracia*, núm. 64, 2009.

CRUZ BOTTINI, P., "Principio de precaución, Derecho Penal y sociedad de riesgos", en *Revista General de Derecho Penal,* Nº 7, 2007.

FERRAJOLI, L., "Nueve máximas de deontología judicial", en *Jueces para la Democracia*, núm. 77, 2013.

GARCÍA MORILLO, J., *et al*, *El Ordenamiento Constitucional*.

Derechos y deberes de los ciudadanos, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

GÓMEZ COLOMER, J. L., *La exclusión del abogado defensor de elección en el proceso penal*, ed. J. M. BOSCH, Barcelona, 1988.

GRIMA LIZANDRA, V., "La intervención de las comunicaciones del imputado con su abogado: una vulneración del derecho de defensa", en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 17.

HERNÁNDEZ LÓPEZ, A., "Análisis jurídico de la propuesta de directiva relativa a los derechos de asistencia letrada y comunicación en los procesos penales y sus posibles consecuencias para el ordenamiento

jurídico español". Universidad de Valladolid. Instituto de Estudios Europeos. Máster en Integración Europea. Junio 2013.

LLERA GUTIÉRREZ, ÁNGEL F., *La asistencia letrada al detenido en comisaría y juzgados*, Ed. Ley 57, Málaga, 2012.

MELERO ALONSO, E., "¿Hacia un derecho policial del enemigo?", en www.uam.es/eduardo.melero

MONTERO AROCA J., BARONA VILAR, S., MONTÓN REDONDO A., *Derecho jurisdiccional III. Proceso Penal*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2007.

MORENO CATENA, V., *La defensa en el proceso penal*, ed. Civitas, Madrid, 1982.

OSSORIO Y GALLARDO, A., *Los derechos del hombre, del ciudadano y del Estado*, Ed. Claridad, Buenos Aires, 1946.

PECES BARBA, G., "La asistencia letrada al detenido o preso: un derecho constitucional", en *Actualidad Jurídica*, 1981-I.

PÉREZ MARÍN, M., "La diligencia de inspección ocular y la reconstrucción de hechos en el proceso penal: algunas notas sobre la regulación actual y un acercamiento al anteproyecto de Ley para un nuevo proceso penal", en *Revista General de Derecho Procesal,* Nº 29, 2013.

QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Asistencia letrada al detenido*, Colección Atelier Penal, Barcelona, 1999.

SERRANO RUÍZ-CALDERÓN, J. M., "El derecho de defensa según la sentencia 79/2012 de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo", en *Diario La Ley*, núm. 7850, Sección Doctrina, 3 Mayo 2012.

FUNDACIÓN Mutualidad

El dominio de las emociones: clave del éxxito profesional del abogado

Una aproximación a las competencias emocionales que nos ayudan a combatir las propias limitaciones

Elisabet Mallofré Gibert

Elisabet Mallofré Gibert
Escuela de Práctica Jurídica del Ilustre Colegio de Abogados de Sabadell

PRIMER PREMIO EX AEQUO
II Premios a la Excelencia de la Cátedra Fundación Mutualidad Abogacía

2013

Índice

1. La formación de los abogados 156
2. Larelaciónabogado–cliente 159
2.1. La satisfacción del cliente 162
2.2. La confianza del cliente 164
2.3. El compromiso del abogado 169
3. Los obstáculos o debilidades emocionales 171
4. La inteligencia emocional (IE) 175
5. Las competencias de inteligencia emocional que debe reunir un abogado 178
6. Como desarrollar las competencias clave 192
Conclusiones 195
Bibliografía 197

01 La formación de los abogados

Para ser abogado es imprescindible estudiar la licenciatura o el grado de derecho. Este hecho todo el mundo lo sabe, pero lo que quizá ya no es tan extendido es que esta carrera por sí sola no ofrece una preparación suficiente para el ejercicio de la profesión con garantías de éxito.

La carrera de derecho incorpora muchos contenidos sobre teoría y legislación, pero curiosamente muy pocos sobre la práctica diaria del abogado. Se podría argumentar que derecho es una carrera que ofrece un amplio abanico de salidas profesionales, de las cuales la de abogado tan solo es una de ellas, pero no deja de resultar sorprendente que una profesión con unos niveles tan altos de responsabilidad –no hemos de olvidar que el abogado es el profesional a quien se le encarga la defensa de intereses de gran transcendencia económica y humana- no tenga una carrera propia que prepare de manera integral para su ejercicio. Esa carencia, que ha sido reconocida por el legislador con la aprobación de la Ley 34/2006, de 30 de octubre, sobre el acceso a las profesiones de abogado y procurador de los tribunales, en vigor desde el 31 de octubre de 2011, ha sido tradicionalmente superada con la labor de las Escuelas de Práctica Jurídica impulsadas por los principales Colegios de Abogados de todo el Estado Español, de carácter voluntario, y recientemente con la aparición de los másteres de abogacía que ofrecen hoy en día la mayor

parte de universidades de nuestro país, y que la ley referida exige a los nuevos graduados.

Esta formación ya centrada en la profesión pretende suplir las carencias de la carrera en relación a las propias normas deontológicas, a cuestiones prácticas extrajudiciales como la negociación, a otras cuestiones de orden organizativo como los criterios para minutar, las opciones de ejercicio, la fiscalidad propia, etc., y finalmente profundiza en el trabajo práctico del derecho procesal de todos los órdenes, lo que da una cierta seguridad y confianza a los principiantes, haciendo también hincapié en algunos temas especiales poco desarrollados durante la carrera pero muy comunes en los despachos como son temas de propiedad horizontal, arrendamientos urbanos, circulación, divorcios de mutuo acuerdo, etc.

Ahora bien, a pesar de la preparación académica de los futuros letrados por la que ahora han de pasar obligatoriamente los aspirantes, lo cierto es que esta profesión, para desempeñarse con la garantía de satisfacer a los clientes, no solo requiere unos conocimientos y habilidades actualizados y entrenados derivados de la conjunción carrera-máster/EPJ, sino que son necesarias también unas actitudes concretas que impulsen los comportamientos más adecuados en cada circunstancia, y permitan a la vez que el abogado encuentre motivación en su trabajo.

El ejercicio de la abogacía es vocacional, y como todo trabajo vocacional, aporta múltiples satisfacciones pero, a su vez, inconvenientes con los que todo abogado tendrá que aprender a lidiar. La mayoría de estos inconvenientes son de tipo emocional manifestándose a menudo en sentimientos de inseguridad, incomprensión o frustración por no saber gestionar bien aspectos como el fracaso, la desconfianza del entorno o la propia baja motivación.

La integración y compensación de la mejor manera de estos inconvenientes es lo que no se está ofreciendo actualmente en la formación específica que prepara para la profesión, y esto a pesar de que en la práctica, la incapacidad reiterada para superarlos puede terminar fácilmente con la carrera profesional del abogado.

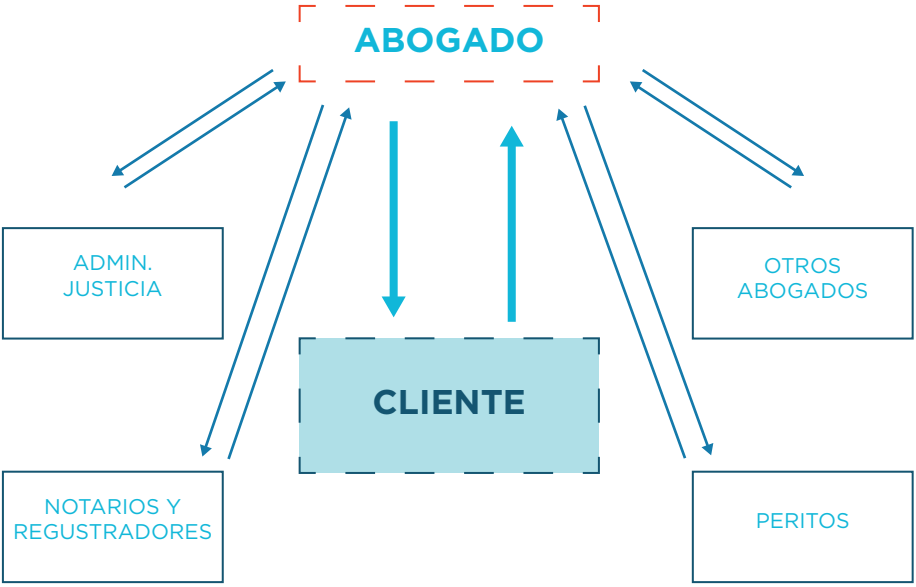
Nuestro punto de partida será la hipótesis de que lo que realmente hará que un abogado pueda lograr el éxito profesional, y no desfallezca en el intento, no es el hecho de tener muchos conocimientos jurídicos

y habilidades técnicas, sino precisamente el dominio de sus emociones y de las de los demás.

Más concretamente, lo que pretendemos con este trabajo es identificar un elenco de competencias emocionales que ayudarán a superar los obstáculos o debilidades inherentes al comportamiento humano perjudiciales para la labor del abogado, especialmente en su relación con el cliente.

02 Larelaciónabogado–cliente

Los abogados, a lo largo de nuestro periplo profesional, nos vemos obligados a relacionarnos con todo tipo de interlocutores sociales, el más importante de los cuales es sin duda nuestro propio cliente.



El cliente constituye nuestra primera y última razón de ser, porque en definitiva todas las actuaciones que llevemos a cabo como letrados irán encaminadas a resolver el encargo que nos haya hecho. Si no hay encargo, no hay actividad profesional, así de sencillo. Esto es así incluso en el ámbito de la justicia gratuita en el que lo único que varía es que el cliente no nos elige específicamente, sino que le somos asignados.

Aunque seguramente la mayor parte del tiempo de la jornada la dedicamos a un tipo de trabajo introspectivo estudiando los casos, nunca hemos de escatimar tiempo en la relación con el cliente. Las actividades externas son las que nos dan visibilidad ante él y consisten básicamente en atenderlo cuando nos requiera por cualquier medio (teléfono, presencialmente o a través de correo electrónico), tenerlo informado de los progresos (o no progresos) que obtengamos en relación al caso que le estemos llevando y mantener con él reuniones periódicas, además de las actuaciones judiciales cuando el asunto en cuestión haya derivado hacia este cauce. Pero estas son las mínimas, no hemos de autolimitarnos, porque a los clientes les gusta y agradecen que seamos los abogados quienes proactivamente los contactemos, aunque solo sea para interesarnos por cómo se encuentran. Estos gestos que para algunos pueden parecer superfluos e innecesarios, son de gran utilidad para afianzar la relación entre las partes.

Gerald A. Riskin señala en su libro *The Succesful Lawyer*[1] que la mayoría de los despachos exitosos, independientemente de su tamaño, tienen una característica común: saben cómo tratar eficazmente con los clientes. Para este autor, el trato excelente sería el eje del éxito del abogado.

En la misma línea aunque pronunciada en términos mucho más genéricos, encontramos la frase célebre del expresidente de los EUA Theodore Roosevelt: «el ingrediente más importante en la fórmula del éxito es saber llevarse bien con las personas». A pesar de que la frase puede prestar a diversas interpretaciones, la idea que vale la pena retener en nuestro contexto es que hemos de llevarnos bien con el cliente, y por tanto habremos de tener con él una actitud que facilite esta llevanza. Sin

1. Gerald A. RISKIN; The Succesful Lawyer; ABA, 2005.

renunciar a nuestro criterio propio, lo que sí que deberemos ofrecerle es un trato afable, cercano y conciliador.

Y tan importante es dedicar esfuerzo a cuidar la relación con el cliente como averiguar su satisfacción con el trabajo que le estamos haciendo o ya le hemos hecho (una vez concluido el encargo). No podemos ir como topos sino que debemos pensar en nuestra continuidad profesional. Una buena práctica a integrar sería tomar la costumbre de hacernos la siguiente pregunta: *¿qué le estoy aportando a este cliente que me diferencie del resto de abogados*?. De esta manera aprendemos a encontrar nuestro factor diferencial, nuestro rasgo exclusivo que hace que seamos diferentes de nuestros competidores, ya sea nuestra localización, nuestros conocimientos específicos, o sobretodo, nuestro trato afable y cercano. Sea lo que sea es importante tenerlo claro en todo momento para enfocar correctamente la relación. Porque a no ser que tengamos el despacho en un pueblo pequeño y aislado, con ningún competidor cerca, o que tengamos unos conocimientos que nos hagan especiales, como dominar algún idioma lejano, y estos factores sean apreciados por el cliente, lo normal es que los abogados que residimos en grandes ciudades seamos muchos. Por tanto, hemos de esforzarnos al máximo para potenciar el trato con el cliente si es este el factor que entendemos que nos diferencia, para que el que decida escogernos esté satisfecho con nosotros y se mantenga fiel.

Partiendo de que la premisa para conseguir la fidelidad del cliente es tenerlo satisfecho, tendremos que ver qué significa exactamente este estado de satisfacción y cómo alcanzarlo.

2.1. La satisfacción del cliente

En términos generales, el cliente que visita por primera vez un abogado que no conoce acostumbra a querer dos cosas: 1) que le solucione un problema, y 2) pagarle lo menos posible.

Estas dos cosas, que conforman su expectativa mínima en el primer momento, las tendremos que cumplir necesariamente si queremos dar la satisfacción a la que aspiramos.

En relación a solucionar el problema hemos de estar en disposición de poder hacerlo, si no más vale que ni lo intentemos. Si, por ejemplo, el problema que nos plantea el cliente supera nuestros conocimientos generalistas y requiere de unos conocimientos especializados, lo mejor para no defraudar las expectativas es renunciar a llevarlo y, si el cliente nos lo pide, dirigirle a algún compañero/a que se haya especializado en aquél tema, poniéndonos en contacto con él o ella previamente a su visita.

Sobre el segundo aspecto, el de pagarnos lo menos posible, los abogados, como consumidores que también somos, hemos de tomar conciencia de este punto de vista, completamente natural, y siempre minutar nuestro trabajo teniendo en cuenta criterios adecuados y justos, es decir, siempre ponderados al esfuerzo dedicado, y no caer en la tentación de sobrevalorar determinadas actuaciones a causa de la urgencia para el cliente o de nuestra necesidad o ambición. Si actuamos así, cobraremos una buena minuta de aquel cliente, pero seguramente será la única que le cobraremos, esto sin contar el coste de la mala imagen que le habremos dado y de la consiguiente mala propaganda que muy posiblemente nos hará.

Por tanto, como abogados hemos de tener en cuenta los deseos y expectativas del cliente y aprender a conjugarlos ofreciéndole las soluciones adecuadas a los problemas y lo más ajustadas de precio posible, lo que significa en definitiva, actuar con plena honestidad hacia él.

De acuerdo con el artículo 4 de nuestro Código Deontológico *"la relación entre el cliente y su abogado se fundamenta en la confianza y exige de este*

una conducta profesional íntegra, que sea honrada, leal, veraz y diligente". Así pues, nuestra norma deontológica ya nos impele a ofrecer un trato honesto a los clientes, basado en la confianza mutua y el compromiso. Estos elementos, confianza y compromiso, son indudablemente los fundamentos de la relación abogado – cliente y en función de su alcance conforman la satisfacción de ese último, como dos caras de una misma moneda.

¿Y la fidelización? Si actuamos así, ¿ya tendremos al cliente fidelizado para siempre? Pues desgraciadamente no podemos hacer esta afirmación de manera taxativa, hay muchos tipos de clientes y analizarlos con detalle sería una cuestión que excedería del ámbito reflexivo de estas líneas, pero lo que está claro es que si un cliente ha quedado realmente satisfecho de nuestros servicios, ante un nuevo problema de naturaleza similar, ya sea de él o de un tercero con quien tenga relación, se acordará de nosotros y eso ya nos debe valer. A partir de aquí iremos construyendo nuestra cartera de clientes fidelizados.

2.2. La confianza del cliente

El artículo 13 del Código Deontológico establece que *"la relación del abogado con el cliente ha de basarse en la confianza recíproca"* y así se recoge porque el trabajo que llevamos a cabo los abogados requiere para su éxito de la plena confianza del cliente. Esta afirmación podría parecer una obviedad, pues todas las tareas han de contar con la confianza de quien las encarga a la persona elegida para desempeñarlas, pero estaríamos de acuerdo en que hay intereses e intereses. Yo puedo encargar a un mecánico que me repare el coche, o a un fontanero que me arregle la cisterna de casa, y en otro nivel, puedo contratar a un agente de la propiedad inmobiliaria para que me arrende mi piso, a un gestor para que me lleve mis obligaciones tributarias, a un centro educativo para que me forme en unos determinados conocimientos, etc., y en cada uno de estos encargos que hago tendré que depositar una confianza en la persona física o empresa que me vaya a prestar el servicio. No obstante, en la contratación de un abogado, por su propia naturaleza de negocio jurídico de arrendamiento de servicios, debe intervenir un *plus* de confianza del cliente, que tiene que ver con su expectativa de ganancia, ya sea sobre asuntos familiares y/o económicos en el ámbito civil, o sobre limitación de derechos fundamentales, como la libertad, en el ámbito penal.

La naturaleza de la obligación jurídica de nuestra prestación de servicios ya ha sido cuestionada y los pronunciamientos del Tribunal Supremo la han calificado como de medios, porque nos obliga a los profesionales a desplegar todas las actuaciones con la debida diligencia pero sin posibilidad de garantizar un resultado concreto, toda vez este resultado no depende en exclusiva de la labor del abogado. Así, es pacífica la doctrina según la cual el éxito en los resultados obtenidos por el abogado no depende en exclusiva de la calidad de su trabajo, sino que pueden intervenir otros factores ajenos como la valoración de un tercero (el juez o tribunal o un órgano administrativo) o la propia actitud de la parte contraria (cuando haya que negociar un acuerdo extrajudicial por ejemplo).

Esta naturaleza de la obligación, si vemos que la expectativa de nuestro cliente es la de lograr un resultado concreto, es prudente hacerla constar de entrada, si es necesario por escrito en la misma hoja de encargo. De esta manera, el cliente que confía en nosotros, en nuestras capacidades, sabiendo que el resultado puede no serle favorable, confía doblemente, desde luego mucho más que aquel que encarga una prestación de un servicio concreto con resultado asegurado.

¿Por qué necesitamos esta confianza?

Con demasiada frecuencia, cuando el cliente nos visita no es tanto con carácter preventivo como paliativo. Es decir, el problema ya lo tiene, y necesita remediarlo para poder continuar su vida, librándose de esta preocupación o al menos minimizarla tanto como sea posible. En esta situación el cliente, tanto si nos elige, como si le somos designados, está haciendo un acto de fe absoluto y él lo sabe. Nos hace entrega de su problema, y confía en que se lo solucionemos. Es innegable la vocación de ayuda que debemos tener, vocación que se traduce en compromiso y responsabilidad por nuestra parte. Sin embargo, no basta con ese acto de fe inicial para ayudarnos a encontrar la mejor solución a un problema. Esa solución no siempre puede ser fácil de averiguar, y es que lo que para una persona puede ser lo mejor, no tiene por qué serlo para otra, porque en definitiva son las circunstancias de cada uno las que determinan la idoneidad de una u otra solución. Por tanto, no es suficiente con lo que el cliente nos cuenta, porque puede no conocer las diversas implicaciones de una determinada solución. Es nuestro trabajo "tener olfato" y saber detectar estas implicaciones para ayudar al cliente y encontrar la solución más adecuada a sus intereses. Por ese motivo, conocer de primera mano y con detalle cuáles son las circunstancias del cliente en relación al problema que nos plantea es muy importante. Y difícilmente conoceremos sus circunstancias si no contamos con su confianza, sobre todo si no nos da toda la información, ya sea deliberadamente por recelo, ya sea por propia ignorancia.

Tal como afirma Pascual Barberán en su *Manual práctico del abogado*[2] los abogados compartimos con los médicos y los sacerdotes la delicada necesidad de que una persona (el cliente en nuestro caso) haya de confiar su intimidad a otra (el abogado), con la diferencia de que ni el médico (si es de la Seguridad Social) ni el sacerdote le cobrarán por sus servicios. Dejando de lado nuestro *handicap* de onerosidad para el cliente que se pone de manifiesto en la comparación de Barberán, lo cierto es que la confianza es clave en las tres profesiones, por ello las tres están afectadas por el secreto profesional. No obstante, nuestra profesión a diferencia de los sacerdotes, requiere una actuación por nuestra parte, y esta será diferente de la que aplica un profesional de la medicina, que en definitiva se basa en las pruebas físicas de diagnóstico. Nuestra actuación tiene más complejidad preparatoria, porque se basará en la valoración que haremos de todas las circunstancias del cliente en conjunto por lo que necesitaremos que nos las confíe.

¿Cómo podemos propiciar que el cliente confíe en nosotros?

Cuando una persona tiene un problema legal de cualquier naturaleza, a no ser que sea una persona acostumbrada a tenerlos, normalmente lo vive con una cierta angustia y desazón. Cuando por fin decide recorrer a la ayuda de un abogado que no conoce previamente y le expone su problema, lo último que ha de recibir es un trato frío y distanciado, dubitativo o negativo, y tampoco el otro extremo, un exceso de entusiasmo por nuestra parte o una actitud arrogante. Al contrario, hemos de lograr ofrecerle en este primer contacto un clima que propicie su confianza, el cliente se ha de sentir comprendido, y esto significa sobretodo escuchar más que hablar, sin emitir juicios ni manifestar opiniones, tampoco lo podemos interrogar, sino que hemos de hacer las preguntas justas y precisas y pedirle que en una segunda reunión nos aporte la documentación que valoremos necesaria para el estudio del caso, si es que no nos la ha

2. BARBERÁN MOLINA, PASCUAL; Manual práctico del abogado; Ed. Tecnos, Madrid, 2010.

aportado ya. Una vez hayamos estudiado el caso, y habiéndonos esforzado por conocer las expectativas del cliente, habremos de plantearle nuestro punto de vista, las actuaciones que podemos hacer y el presupuesto que prevemos adecuado, sin esconderle nada, para que él pueda decidir libremente contratar nuestros servicios o no hacerlo. Esta libertad de elección dará al cliente angustiado un indicio de que realmente lo queremos ayudar, propiciando que confíe más en nosotros. Por el contrario, si ya llevamos redactada la hoja de encargo y lo presionamos para que nos contrate el servicio, la sensación que le estaremos transmitiendo es que solo le queremos vender y esto le hará desconfiar.

Si queremos que el trato con el cliente empiece con buen pie venciendo la desconfianza inicial, hemos de transmitirle nuestra voluntad de ayuda, que en definitiva es la vocación de nuestra profesión, y a la vez mostrarle también confianza en nuestras propias capacidades. No hay nada que genere más desconfianza en los demás que la inseguridad en uno mismo.

Además, para lograr una buena sintonía con el cliente es muy importante el concepto de empatía. Hemos de demostrar al cliente que comprendemos la situación en la que se encuentra, darle el protagonismo que tiene e intentar minimizar los sentimientos negativos que nos pueda exteriorizar para que perciba que estamos a su lado y que haremos lo que esté en nuestras manos para ayudarle. Tendremos que dedicarle tiempo, y procurar siempre que no nos note abrumados de trabajo porque, al contrario de lo que algunos suelen pensar, el agobio da imagen de mala organización y pésima gestión del tiempo, cosa que genera desconfianza.

Junto con la empatía, habremos de mostrarnos asertivos. Eso significa comprender al cliente sin dejar de ser nosotros mismos, y expresar lo que realmente pensemos o sentimos sin herirlo. Ello quiere decir que si nos llega un asunto con muy pocas posibilidades de prosperar, hemos de decírselo al cliente, aunque aquella opinión no sea la que espera o desea sentir. Como abogados siempre hemos de respetar nuestro criterio, nuestra independencia fijada en las normas deontológicas, porque es una muestra de respeto a nosotros mismos y a la profesión, a la vez que estamos siendo honestos con el cliente. Lo que sí que tenemos que hacer es

cuidar las formas que utilicemos porque a veces una palabra inadecuada puede generar un cierto recelo, sobre todo cuando somos abogados noveles con poca experiencia que nos avale. Es el cliente quien tiene un problema que espera que le ayudemos a solucionar, su implicación emocional será muy grande y es muy posible que esté especialmente susceptible. Si seguimos estas pautas, podremos ganarnos su respeto y confianza.

La confianza, necesaria para la satisfacción del cliente y pilar de la relación entre él y el abogado, encuentra su correlativo en la implicación que adquirimos los profesionales, es decir, nuestro compromiso, aspecto que desarrollamos a continuación.

2.3. El compromiso del abogado

Ya sabemos que, a excepción de algunos encargos especiales como sería por ejemplo la elaboración de un informe o un dictamen jurídico, el compromiso que adquirimos hacia un cliente normalmente no es de resultado, sino de medios.

Debemos tener claro que desde el momento en que aceptamos un asunto nos estamos comprometiendo con esa obligación de medios. Y el compromiso ha de ir aparejado a la motivación para resolver aquel caso de la manera más satisfactoria para el cliente. Es decir, que si un asunto ya prevemos que no podrá motivarnos porque, pongamos por caso, requiere una actuación contraria a nuestros valores, entonces debemos hacer uso de nuestra libertad de defensa y renunciar a llevarlo, de esta manera estaremos actuando con integridad y honestidad profesionales.

Lo que todo cliente esperará de nosotros es que dediquemos tiempo y esfuerzo a estudiar la solución de su caso particular. Por tanto, hemos de encargarnos que tenga efectivamente la percepción de que estamos dedicándonos a su asunto y ello pasa por tenerlo informado puntualmente de los pasos que vamos dando y de los resultados que obtenemos. Lo peor que podríamos hacer es desatender un asunto encargado, por muy insignificante que nos pueda parecer en comparación con otros temas que estemos llevando. Vale la pena recordar en este punto la frase de marketing que dice «un cliente satisfecho atrae a dos clientes más, pero un cliente insatisfecho te quita ocho». Es cierto, como consumidores no recomendamos tanto las experiencias positivas, como desaconsejamos las negativas. Y como abogados no hemos de alejarnos demasiado de la teoría de marketing. Aunque trabajemos solos, no dejamos de ser una empresa que forma parte del mercado de los servicios jurídicos, un mercado atomizado en el que hay muchísimos competidores con el mismo producto que ofrecemos nosotros: conocimiento jurídico y habilidades técnicas y procesales, y nosotros debemos sobrevivir

haciéndonos un hueco y la única forma es contar con un buen pellizco de clientes, y no menospreciar a ninguno de ellos. Quizá un asunto que llevamos ahora nos parezca insignificante, pero este mismo asunto puede derivar en otro de mayor magnitud, e incluso puede pasar que si el cliente queda contento nos recomiende a algún amigo o conocido que nos traiga un asunto mayor. Por tanto, nunca se ha de infravalorar un tema ni un cliente, y si nos comprometemos, hemos de hacerlo sinceramente, ofreciendo nuestro máximo esfuerzo.

Por otro lado, nuestro trabajo, por su propia naturaleza de obligación de medios, nos lleva algunas veces a frustraciones cuando los resultados que obtenemos no son favorables a nuestro cliente a pesar de haber trabajado muy duro para lograr sus pretensiones. Cuando esto pasa, encima, no podemos evitar un cierto sentimiento de culpa cuando le presentamos nuestra minuta.

Por tanto, nos podemos encontrar con que, por muy bien que mantengamos el trato con el cliente, y por mucho esfuerzo y dedicación que hayamos destinado a resolver su asunto, paradójicamente, el resultado no nos sea favorable. Para minimizar la frustración y gestionar bien ese fracaso tendremos que aprender a mantener nuestras emociones a distancia en relación a nuestro trabajo. La implicación emocional del cliente es plenamente justificable, pero no la nuestra, que deberá ser siempre estrictamente profesional.

03 Los obstáculos o debilidades emocionales

En este epígrafe, en línea con lo que hemos venido exponiendo hasta ahora, separaremos un conjunto de obstáculos relacionados con la confianza del cliente, de otros que guardan relación con el compromiso correlativo del abogado.

Principales obstáculos emocionales que afectan al abogado

	Relación abogado–cliente	
	Confianza	Compromiso
Obstáculos emocionales	• Falta de confianza en uno mismo • Desconfianza de los clientes	• Baja motivación • Poca tolerancia a la frustración • Miedo al fracaso

Vamos a ver las implicaciones de cada uno de ellos:

Falta de confianza en uno mismo

Obstáculo muy arraigado en los abogados noveles que comenzamos nuestra andadura profesional, y especialmente en aquellos que lo hacemos en solitario. Por muy brillantes que hayan sido los resultados académicos obtenidos durante la etapa universitaria y post-universitaria, es decir, durante la etapa de entrenamiento, cuando los abogados topamos con los primeros casos "reales" nuestra autoconfianza puede tambalearse fácilmente, sobre todo en aquellos que ya se inician en la profesión con un bajo nivel de autoestima. A menudo, la duda sobre la idoneidad de la estrategia escogida en la resolución de un caso particular nos genera inseguridad, y hasta que el caso no se haya resuelto satisfactoriamente, no tendremos la confirmación que el enfoque que habíamos planteado era el correcto. Si, por el contrario, el caso no se ha resuelto de manera favorable a los intereses de nuestro cliente, a pesar de que ya sabemos que teóricamente nuestra obligación es de medios, corremos el riesgo de interpretar que la causa del fracaso ha sido nuestra incapacidad, con el consecuente impacto negativo en nuestra autoestima.

Pero hemos de saber que la falta de confianza en uno mismo no solo atenta contra la propia autoestima. Más allá de eso, también tiene una proyección externa que perciben nuestros interlocutores, principalmente nuestros clientes, contribuyendo a alimentar su desconfianza en nuestras capacidades.

Desconfianza de los clientes

Este obstáculo, como acabamos de comentar, puede tener su origen en el anterior porque una baja autoconfianza genera normalmente desconfianza del entorno. Pero aunque no sea así, y la falta de confianza en uno mismo no sea un obstáculo, hemos de ser conscientes que actualmente, en la era de la sociedad de la información, los consumidores están mucho más informados, conocen la competencia, esperan más y son más críticos con los servicios que reciben. Todos estos factores

unidos a la inexperiencia de un abogado que está comenzando, hacen que los potenciales clientes ya de entrada puedan desconfiar de nuestras capacidades, por tanto, otra superación a sumar, ha de ser la de ganarse esa confianza desde el inicio de la relación.

Baja motivación

La motivación se consigue cuando la persona tiene interiorizada la razón o el deseo que le impulsa a actuar. Puede desaparecer cuando tomamos como propios los deseos de otros que contradicen los nuestros, cuando actuamos solo porque el entorno así lo espera de nosotros, cuando la situación que vivimos nos genera angustia, cuando nos hemos propuesto metas inalcanzables o cuando desconocemos como lograrlas. El abogado con una baja motivación es aquel que, por una u otra razón, no se ha implicado suficientemente con el problema del cliente y, en consecuencia, con su resolución. De esta manera, su compromiso con el cliente no es lo bastante firme.

Poca tolerancia a la frustración

Tolerar la frustración nos permite enfrentarnos con éxito a la vida, significa estar capacitados para poder actuar ante los problemas y limitaciones, a pesar de las molestias o incomodidades que nos causen. Una baja tolerancia a la frustración en el abogado le puede causar enojo, depresión e incapacidad ante cualquier problema que deba resolver y, consecuentemente, lo desmotiva a perseverar haciendo que renuncie a su objetivo o que resuelva el encargo de manera precipitada y mal o incluso que no lo resuelva (aquello que popularmente se conoce como "dejar morir el tema"), vulnerando así el compromiso adquirido con el cliente.

Miedo al fracaso

Es el temor a no conseguir los propios objetivos frenando la actuación que se orienta a alcanzarlos. Así, el miedo al fracaso hace que la persona entre en un círculo vicioso, el miedo le genera inactividad, por la que lógicamente no obtiene los resultados esperados, y eso le produce una baja autoestima, que continua retro alimentando el miedo. El miedo nos paraliza, hace que no actuemos cuando debemos hacerlo, y de esta manera también se rompe el compromiso hacia el cliente.

Todos estos obstáculos que hemos identificado actúan como barreras para lograr el éxito profesional del abogado, porque directamente limitan, coartan o perjudican sus comportamientos exitosos en su relación con el cliente.

Más adelante veremos las principales competencias emocionales que un abogado preocupado por su mejora profesional deberá esforzarse en desarrollar para combatirlos y superarlos. Pero antes, introduciremos sucintamente el concepto de inteligencia emocional.

04 La inteligencia emocional (IE)

Desde hace relativamente pocos años que se viene hablando del concepto de inteligencia emocional (IE) en contraposición con la concepción de inteligencia más tradicional vinculada a la estricta capacidad intelectual de la persona (CI). Sin embargo, este concepto no es nuevo, sus raíces teóricas se pueden encontrar en las tradiciones judeocristiana y budista. Durante las décadas de los 70 y 80 del siglo pasado tres psicólogos académicos norteamericanos, Howard Gardner, Peter Salovey y John Mayer hicieron un trabajo pionero sobre IE. No obstante, tuvo que ser un periodista, Daniel Goleman, quien popularizó el concepto a través del *best-seller* titulado *Inteligencia emocional*. La teoría de la IE considera que la visión tradicional de los académicos de la inteligencia es demasiado estrecha para poder incluir toda la gama de inteligencias existentes. Afirma, tal como se ha demostrado científicamente, que la capacidad cognitiva por sí sola no predice el éxito tanto en el trabajo como en la vida misma. Así pues la conclusión es que el coeficiente intelectual (CI) es una medida del intelecto o de la capacidad cognitiva pero no de otras habilidades importantes como la inteligencia social, la autoconciencia, la resiliencia, etc. Por tanto, la conclusión es que niveles altos de CI no se correlacionan con un mayor éxito en la carrera profesional, para el éxito de la cual interviene el dominio de otras capacidades de tipo emocional.

La proliferación del concepto de IE sobretodo en el ámbito de los recursos humanos en los últimos años se debe al hecho de que se ha asociado el dominio de las diversas competencias que integra a la obtención de resultados exitosos en los puestos de trabajo, y es por este motivo que las grandes empresas dedicadas a selección de personal invierten mucho en reconocer e identificar en los potenciales candidatos las competencias precisas de cada puesto de trabajo que han de cubrir.

No existe una definición unánime de IE. Aun así la primera definición la ofrecen los autores Salovey y Mayer en un artículo publicado en 1990: «a form of social intelligence that involves the ability to monitor one's own and others' feelings and emotions, to discriminate among them, and to use this information to guide one's thinking and action». A partir de esta definición han sido muchas las propias reformulaciones de los autores para afinar el concepto y también las aportaciones de otros autores como el propio Goleman.

A grandes rasgos, podemos definir la inteligencia emocional como la capacidad de reconocer los propios sentimientos y los sentimientos de los otros y, en consecuencia, manejar adecuadamente las relaciones humanas incluida la relación con uno mismo. Partiendo de esta capacidad, las personas pueden modificar y adaptar adecuadamente sus comportamientos en cada situación que viven.

Goleman estableció que la IE podía observarse y medirse a través de indicadores de comportamiento como la confianza en uno mismo, el grado de confiabilidad en los demás, la apertura al cambio, la orientación al logro, el optimismo, la automotivación, la sensibilidad intercultural, la persuasión, la empatía, la perseverancia en el desempeño a pesar de las frustraciones y el autocontrol de los propios impulsos y en la regulación de los propios estados de ánimo.

Todos estos indicadores de comportamiento pueden sintetizarse en un montón de competencias emocionales que quedan definidas, según Goleman, como «las capacidades aprendidas basadas en inteligencia emocional que tienen como resultado un rendimiento excelente en el trabajo». De esta manera este autor asociaba el resultado excelente al dominio de la competencia emocional correspondiente.

El éxito de esta teoría aplicada al ámbito de los recursos humanos fue enorme, hasta el punto que la investigación desembocó en la elaboración de auténticos diccionarios de competencias emocionales, como el de Hay McBer[3], que es el que nos ha servido de base para el análisis de este trabajo.

Goleman tiene muy claro que quien logre el pleno dominio de las competencias emocionales podrá alcanzar el éxito, en comparación con otros que, a pesar de tener un nivel intelectual parecido, por el hecho de no llegar a dominarlas, no lo alcanzarán. Por tanto, alcanzar o no el éxito va aparejado según ese autor al hecho de dominar o no las competencias relevantes para el puesto de trabajo concreto, cosa que poco tiene que ver con el coeficiente intelectual ni con los conocimientos sustantivos que la persona haya adquirido durante su etapa formativa.

Para comprenderlo mejor, un ejemplo sencillo en el ámbito jurídico, un abogado que sepa que le cuesta especialmente comunicar ideas con convicción en público, y tenga que hacer un informe oral de conclusiones en un juicio, no se limitará a preparar el contenido del informe, es decir el qué dirá, sino también el cómo, y consciente de su punto débil, trabajará tanto o más toda la forma que utilizará para transmitir su mensaje. Este abogado estará aplicando simultáneamente las competencias de autoconfianza, orientación al logro e impacto e influencia.

Otro ejemplo sería el de un abogado que sabe que las situaciones estresantes lo pueden superar y le hacen perder los nervios fácilmente, cuando se encuentre en una situación de estas características sabrá anticiparse utilizando algún recurso para no terminar gritando a algún colaborador. Este segundo abogado estaría aplicando en este supuesto la competencia emocional del autocontrol.

3. Lyle M. Spencer y Signe M. Spencer; Competence at work; John Wiley & Sons, New York, 1993.

05 Las competencias de inteligencia emocional que debe reunir un abogado

Las competencias de IE, aunque se relacionan con las tendencias naturales de las personas, no son una asignación genética inmutable e innata, sino que pueden perfectamente aprenderse y desarrollarse con un buen entrenamiento. De ahí la proliferación durante los últimos años de expertos en *coaching* que ofrecen servicios a los profesionales para ayudarlos a adquirir adecuadamente las competencias que les son requeridas en sus puestos de trabajo.

Recorrer a un buen *coach* es una opción, pero no es la única posible para desarrollar dentro de nuestro ámbito profesional las competencias idóneas. De hecho, la sola toma de conciencia de su importancia ya nos puede ayudar a un primer ejercicio de desarrollo en nuestro trabajo diario. Aquí hemos de hacer notar que hablamos de desarrollo y no de integración de competencias porque lo normal es que todas las personas tengamos ya integradas la mayor parte de las competencias emocionales, aunque sea en un nivel mínimo de desarrollo, como consecuencia de nuestra vida en sociedad y de la cultura y valores de los que estamos impregnados.

A efectos únicamente expositivos, en el cuadro siguiente podemos ver el listado completo de competencias que recoge el diccionario Hay McBer de Spencer y Spencer y las definiciones genéricas que nos dan de ellas estos autores:

Grupo	Competencia	Definición
LOGRO Y ACCIÓN	Orientación al logro	Preocupación por realizar un buen trabajo, superando los estándares establecidos.
	Preocupación por el orden, la calidad y la seguridad	Impulso subyacente por reducir la incertidumbre en el ambiente.
	Iniciativa	Preferencia por actuar. Hacer más de lo que se espera o se ha encargado.
	Búsqueda de información	Curiosidad subyacente, esfuerzo por obtener más información.
AYUDA Y SERVICIO	Comprensión interpersonal o empatía	Deseo de comprender a los demás.
	Orientación al cliente	Deseo de ayudar a los demás, averiguando sus necesidades.
IMPACTO E INFLUENCIA	Impacto e influencia	Intención de persuadir, convencer, influir o impresionar a otros.
	Desarrollo de relaciones	Realizar o mantener relaciones amistosas o redes de contactos con personas que pueden ser útiles profesionalmente.
	Conciencia organizacional	Habilidad para comprender las relaciones de poder de la organización en los niveles más altos.

EFICACIA PERSONAL	Autocontrol	Habilidad de mantener el propio control de los impulsos.
	Autoconfianza	Creencia de la persona en su propia capacidad para el logro.
	Flexibilidad	Habilidad para adaptarse y trabajar efectivamente en una variedad de situaciones.
	Compromiso organizacional	Habilidad para alinear las propias conductas con las necesidades, prioridades y metas de la organización.
	Integridad	Actuar de manera consistente con lo que uno dice.
COGNITIVAS	Pensamiento conceptual	Comprensión de una situación en global, juntando todas las partes de un mismo problema.
	Pensamiento analítico	Comprensión de una situación separándola en partes más pequeñas.
GERENCIALES	Desarrollo de los demás	La intención es enseñar o fomentar el desarrollo de alguna persona o personas.
	Experiencia técnica y gerencial	Dominio del conocimiento técnico propio y la motivación para extraer el de los demás.
	Liderazgo	Intención de tomar el rol de líder.
	Trabajo en equipo y cooperación	Intención genérica de cooperar con los demás, de trabajar juntos y colaborar.
	Dirección de personas	Intento de hacer que los demás actúen, dar instrucciones y lograr que se cumplan.

Fuente: Diccionario de competencias Hay McBer, de Spencer y Spencer, 1993.

Evidentemente, en función de las circunstancias concretas de cada profesional, éste tendrá la necesidad de desarrollar más algunas competencias que otras, y habrá algunas que ni tan siquiera le serán requeridas para hacer bien su trabajo. Para no extendernos excesivamente analizando todas las casuísticas, hemos acotado el análisis subjetiva y objetivamente. En el plano subjetivo, hemos pensado en un perfil de abogado medio, que desarrolla su trabajo como profesional liberal, sin superiores jerárquicos, ni integrado en ninguna estructura organizativa con personas dependientes. En relación al objeto nos hemos centrado en aquellas competencias más relevantes a efectos de superar los obstáculos emocionales o debilidades que ya hemos identificado en el tercer epígrafe de este trabajo.

Con esa delimitación queremos hacer notar que somos muy conscientes que hay competencias que dejamos fuera de nuestro análisis que seguramente un buen abogado tendría que desarrollar, como por ejemplo, la búsqueda de información, el impacto e influencia, el desarrollo de relaciones o el pensamiento analítico. Sin embargo, aunque son competencias muy relevantes para el éxito profesional, e incluso pueden estar relacionadas con las debilidades emocionales objeto de análisis en tanto su alto desarrollo favorece una mayor confianza y compromiso, lo cierto es que han quedado fuera por un criterio arbitrario de relevancia, al considerarse competencias auxiliares, y no tan trascendentales como las elegidas. Sin embargo, hemos querido plasmar todo el diccionario completo para que el lector que esté interesado conozca de su existencia y pueda indagar en ellas por su cuenta.

Las competencias en las que nos hemos centrado son las que se recogen en el cuadro siguiente en el que las hemos puesto en relación con el obstáculo emocional que pretenden neutralizar:

COMPETENCIAS EMOCIONALES DEL ABOGADO		
Obstáculo emocional a vencer	**Competencia**	**Definición**
FALTA DE CONFIANZA EN UNO MISMO	Autoconfianza	Creencia de la persona en su propia capacidad para el logro.
DESCONFIANZA DE LOS CLIENTES	Comprensión interpersonal o empatía	Deseo de comprender a los demás.
	Orientación al cliente	Deseo de ayudar a los demás, averiguando sus necesidades.
	Flexibilidad	Habilidad para adaptarse y trabajar efectivamente en una variedad de situaciones.
	Iniciativa	Preferencia por actuar. Hacer más de lo que se espera o se ha encargado.
BAJA MOTIVACIÓN	Integridad	Actuar de manera consistente con lo que uno dice.
POCA TOLERANCIA A LA FRUSTRACIÓN	Autocontrol	Habilidad de mantener el propio control de los impulsos.
MIEDO AL FRACASO	Orientación al logro	Preocupación por realizar un buen trabajo, superando los estándares establecidos.

Vamos a ver con detalle qué significa cada una de ellas y qué niveles de desarrollo pueden incorporar[4].

1. Autoconfianza: la premisa básica sería que difícilmente podremos conseguir unos buenos resultados si desconfiamos de nuestras capacidades. La autoconfianza implica estar convencido de que se es capaz de realizar el encargo correctamente. Incluye, por tanto, el hecho de mostrarse confiado en las propias capacidades y se refleja tanto en la confianza que muestra la persona en sus propias opiniones y decisiones,

4. Los niveles son acumulativos, de manera que el alcance del nivel máximo de competencia presupone la incorporación de los niveles inferiores.

como en la habilidad para enfrentarse a nuevos retos. En el ejercicio de la abogacía, esta competencia es muy importante. Con un alto nivel de autoconfianza el abogado, con asertividad, ha de ser capaz de enfrentarse si es necesario con las opiniones de su cliente para defender su punto de vista incluso en situaciones de conflicto. Por contra, un exceso de autoconfianza puede llevar al abogado a actuar con una cierta temeridad, por lo tanto el criterio de prudencia debe actuar como límite.

NIVELES DE DESARROLLO

Nivel	1	2	3
Ejemplos de comportamientos de autoconfianza de un abogado	Se muestra convencido y seguro del propio criterio jurídico ante una consulta formulada por un cliente.	Toma decisiones básicas sin tenerlas que consultar con el cliente, teniendo en cuenta siempre su interés.	Se autodefine como experto, manifestando explícitamente la confianza en el criterio propio.
	4	5	
	Pone de manifiesto su punto de vista de manera clara y segura, incluso en caso de desacuerdo con el cliente.	Asume riesgos. Decide llevar adelante un asunto judicial con pocas posibilidades de éxito, tomándoselo como un reto personal.	

Nivel ideal de un abogado exitoso: 4 (80%) o 5[5] (100%).

2. **Comprensión interpersonal o empatía**: es la voluntad de entender a los demás. Permite la escucha activa y la comprensión de los pensamientos, sentimientos y preocupaciones del cliente, aunque no sean explícitos o sean expresados parcialmente. Esta competencia va estrechamente asociada a la orientación al cliente que explicaremos a continuación porque la identificación de sus necesidades reales (objeto

5. Dependiendo de las circunstancias en las que se encuentre el abogado, respetando la decisión de su cliente, puede ser positivo tomarse como retos personales determinados asuntos y asumir riesgos.

de esta otra competencia) puede resultar muy sencilla si logramos una profunda comprensión de las razones de fondo que motivan su comportamiento y reacciones. Además, esta competencia también favorece enormemente el establecimiento del vínculo básico de confianza que debe existir entre el abogado y el cliente.

NIVELES DE DESARROLLO

Nivel	1	2	3	4
Ejemplos de actuación empática de un abogado	Reconoce las emociones de una persona a través del lenguaje no verbal, expresión facial y tono de voz que utiliza.	Comprende las emociones que reconoce en consonancia con el discurso que se le expone.	Sabe extraer los puntos fuertes y débiles de la persona que tiene delante.	Muestra una comprensión profunda de las razones de fondo que mueven a la persona.

Nivel ideal de un abogado exitoso: 4 (100%).

Orientación al cliente: implica centrar los esfuerzos en descubrir y satisfacer las necesidades del cliente. Para un abogado exitoso, esto significa no solo responder adecuadamente a las consultas que le hace y mantenerlo puntualmente informado de los avances, sino también la búsqueda de un beneficio a largo plazo para el cliente incluso a costa de la propia minuta. Al cliente se le tiene que prestar el servicio que realmente necesita, no el que pida de entrada (porque puede equivocarse y no ser aquello lo que más le conviene en función del problema o asunto que espera resolver) ni mucho menos el que resulte más rentable para el abogado.

La fidelización de nuestros clientes dependerá en gran medida del nivel que tengamos de esta competencia. Como hemos puesto de manifiesto al comienzo de este trabajo el cliente es el protagonista, no el abogado, y en todo momento se le debe transmitir ese estatus, hablándole

honestamente y con sinceridad y asegurándole y demostrándole nuestra plena dedicación para resolver su problema.

NIVELES DE DESARROLLO

Nivel	1	2	3	4
Ejemplos de comportamientos orientados al cliente de un abogado	Atiende de manera adecuada al cliente que le va a formular una consulta.	Destina tiempo a explicarle los pasos que sigue, y se mantiene al caso de si está satisfecho.	Resuelve los problemas que surgen rápidamente, sin presentar excusas, aunque esto le suponga un coste extra.	Se mantiene totalmente disponible para el cliente e indaga sobre sus necesidades reales.
	5			
	Busca el beneficio a largo plazo del cliente, actuando como su asesor de confianza, se involucra en los procesos de decisión y desarrolla una opinión propia sobre las necesidades del cliente orientando su actuación según esta.			

Nivel ideal de un abogado exitoso: 5 (100%).

3. **Flexibilidad**: es la capacidad de adaptarnos y trabajar eficientemente en diferentes contextos y con personas o grupos diversos. Los abogados no trabajamos siempre con las mismas personas, nuestros clientes varían y nos encontramos que debemos adaptarnos constantemente a las diversas personalidades y expectativas que tenemos delante. Y no solamente nos varían los clientes, en un asunto que estemos llevando es posible que nos varíen los interlocutores contrarios, y además tengamos que cambiar la estrategia inicial una, dos y muchas más ocasiones. Es evidente entonces que la competencia de la flexibilidad es extremadamente importante desarrollarla a un nivel máximo para evitar atascarnos en los aspectos formales.

NIVELES DE DESARROLLO

Nivel	1	2	3	4
Ejemplos de actuación flexible de un abogado	Comprende los puntos de vista de los demás.	Se adapta a los horarios del cliente por encima de los suyos propios.	Cede en cosas poco importantes para el cliente si ve que podrá conseguir otras importantes.	Adapta la estrategia a seguir en función de los *inputs* recibidos y de las posibilidades de éxito que prevea.

Nivel ideal de un abogado exitoso: 3 (75%) o 4 (100%).

4. **Iniciativa**: se refiere al hecho de saber identificar un problema, obstáculo u oportunidad y actuar a partir de esa identificación para responder a problemas y/u oportunidades actuales o futuras. El nivel máximo de esta competencia implicaría la proactividad ante oportunidades o problemas futuros. El abogado, como asesor jurídico del cliente, debe anticiparse y actuar ahora si detecta que éste tendrá algún problema en el futuro. Esa actuación anticipada será sin duda muy bien valorada por el cliente, ya que con toda probabilidad habrá superado las expectativas iniciales que ha depositado en él (el cliente ha encargado algo ahora, sin pensar en las implicaciones a medio o largo plazo), y habrá más posibilidades de fidelizarlo. A más abundamiento, hay que tener en cuenta que carecer de iniciativa puede ser muy perjudicial puesto que el cliente cuando se encuentre con el problema futuro responsabilizará al abogado de no haberlo previsto.

NIVELES DE DESARROLLO

Nivel	1	2	3	4
Ejemplos de comportamientos con iniciativa de un abogado	Reacciona ante oportunidades o problemas a corto plazo.	Decide en situaciones de urgencia.	Anticipa los problemas futuros en un horizonte de hasta 3 meses.	Anticipa los problemas futuros en un horizonte de entre 3 y 12 meses.
	5			
	Anticipa los problemas futuros en un horizonte superior al año.			

Nivel ideal de un abogado exitoso: 4 (80%) o 5 (100%)

5. **Integridad**: es la actuación consistente con lo que uno dice, expresa y piensa. Los comportamientos del abogado son consistentes con sus valores personales, que pueden provenir de la sociedad, de las normas deontológicas o de su propio código ético personal. Esta congruencia permite "dormir bien por las noches", con la seguridad de que se actúa conforme a los propios principios y valores. Manteniendo esa congruencia favorecemos el mantenimiento de nuestra motivación.

NIVELES DE DESARROLLO

Nivel	1	2	3	4
Ejemplos de actuación íntegra de un abogado	Expresa lo que piensa compartiendo la información y reflexiones propias abiertamente.	Se autodefine como honesto y basa en la honestidad las relaciones con sus clientes.	Es autocrítico y admite los propios errores cometidos.	Abandona un asunto si para continuar con él ha de asumir un comportamiento que considera poco ético.

Nivel ideal de un abogado exitoso: 4 (100%)

6. **Autocontrol**: es la capacidad de mantener las propias emociones bajo control evitando reacciones negativas ante provocaciones, oposición u hostilidad de los demás, o cuando se trabaja bajo condiciones de estrés. La profesión de abogado es una de las más estresantes que hay, constantemente estamos en lucha contra el tiempo, y a menudo recibimos impactos en forma de emociones fuertes y presiones. A ello hay que añadir que el resultado de nuestro trabajo a menudo no depende en exclusiva de nosotros, con lo cual se producen frustraciones. Como trabajamos para solucionar problemas con los que el cliente está muy implicado emocionalmente, hemos de tener cuidado con nuestra implicación, porque una excesiva identificación con el cliente nos puede jugar una mala pasada en forma de impulsos inapropiados. El autocontrol nos ayuda a resistir a la exteriorización de esas reaccio-

nes, ofreciéndonos una respuesta calmada y serena, que nos permite continuar la actividad con una cierta distancia a pesar del estrés, a la vez que nos recubre de objetividad en nuestro análisis.

NIVELES DE DESARROLLO

Nivel	1	2	3
Ejemplos de actuación autocontrolada de un abogado	Resiste el impulso de actuar precipitadamente ante un hecho de nueva noticia.	Ignora los comentarios provocativos o molestos y continua trabajando manteniendo la calma.	Controla el estrés y el impacto de las emociones con efectividad ante situaciones de alta presión, como en el transcurso de un juicio.

Nivel ideal de un abogado exitoso: 3 (100%)

7. **Orientación al logro**: refleja la preocupación por realizar un buen trabajo, superando los estándares establecidos que pueden ser los propios logros alcanzados en el pasado (afán de superación) o los conseguidos por otros (competitividad) o, inclusive, la obtención de un resultado objetivo (orientación a resultados) o de algo que no se ha conseguido anteriormente (innovación). Va asociada al compromiso que adquiere el abogado ante el cliente cuando acepta el encargo que éste le hace. El desarrollo óptimo de la competencia de orientación al logro por parte de un abogado en un asunto complejo, implicaría vencer el miedo a la incertidumbre del resultado, establecer correctamente la estrategia analizando detenidamente todas las implicaciones para el cliente del abanico de decisiones posibles y, sin más dilaciones, seguirla con convicción desplegando por su parte todas las actuaciones necesarias para lograr el éxito.

NIVELES DE DESARROLLO

Nivel	1	2	3	4
Ejemplos de comporta-mientos orientados al logro de un abogado	Intenta hacer bien el trabajo que se le encar-ga, haciendo uso de sus recursos.	Hace un seguimiento de los resultados y busca formas de actuación más eficientes para conseguir los objetivos, pero sin actuar.	Introduce cambios en la estrategia para asegu-rar el mejor resultado para el cliente.	Se fija objetivos ambiciosos pero realistas y se esfuerza por alcan-zarlos.

Nivel ideal de un abogado exitoso: 4 (80%) o 5 (100%).

Finalmente, el siguiente cuadro nos ayudará a ver los niveles de desarrollo en conjunto. Para simplificar, hemos establecido una categorización informal del tipo de abogado según su nivel en cada una de las competencias: "excelente", "bueno", "del montón", "mediocre" y "malo".

TIPO DE ABOGADO

	EXCELENTE	BUENO	DEL MONTÓN	MEDIOCRE	MALO
Competencias relacionadas con la confianza del cliente					
Autoconfianza	80-100% (4–5)	60-80% (3–4)	40-60% (2–3)	20-40% (1–2)	0-20% (0–1)
Orientación al cliente	80-100% (4–5)	60-80% (3–4)	40-60% (2–3)	20-40% (1–2)	0-20% (0 1)
Comprensión interpersonal	75-100% (3- 4)	50-75% (2–3)	25-50% (1–2)	25% (1)	0% (0)
Flexibilidad	75-100% (3–4)	50-75% (2–3)	25-50% (1–2)	25% (1)	0% (0)
Iniciativa	80-100% (4–5)	60-80% (3–4)	40-60% (2–3)	20-40% (1–2)	0-20% (0–1)
Competencias relacionadas con el compromiso del abogado					
Integridad	75-100% (3-4)	50-75% (2-3)	25-50% (1-2)	25% (1)	0% (0)
Autocontrol	70-100% (2-3)	35-70% (1–2)	35% (1)	0-35% (0–1)	0% (0)
Orientación al logro	80-100% (4–5)	60-80% (3–4)	40-60% (2–3)	20-40% (1–2)	0-20% (0–1)

Como puede observarse son múltiples las combinaciones posibles de los diversos niveles competenciales. El objetivo para orientarnos a la excelencia en el ejercicio de la abogacía ha de ser el de situarlas todas en las dos primeras columnas, y especialmente guardar una coherencia entre el nivel medio de las competencias relacionadas con la confianza y el de las relacionadas con el compromiso.

Ejemplos de tipologías de abogados:

Competencias	Abogado 1	Abogado 2	Abogado 3
ÁMBITO CONFIANZA Autoconfianza	80%	20%	100%
Orientación al cliente	100%	60%	100%
Comprensión interpersonal	100%	60%	100%
Flexibilidad	50%	25%	50%
Iniciativa	80%	20%	80%
Nivel medio	**82%**	**37%**	**86%**
ÁMBITO COMPROMISO Integridad	75%	100%	25%
Autocontrol	65%	70%	35%
Orientación al logro	80%	60%	40%
Nivel medio	**73%**	**77%**	**33%**

El primer perfil de abogado responde a un profesional con altos niveles competenciales en general, sería nuestro candidato perfecto a lograr el éxito profesional a pesar de que también tiene competencias que puede perfeccionar. Su nivel medio de competencias en cada ámbito está equilibrado (82% / 73%), por tanto, podemos decir que responde de manera adecuada a la confianza que muestra, y, probablemente, con independencia del resultado que obtenga en el encargo profesional que haya recibido de su cliente, podrá sostener su satisfacción.

El segundo y el tercer perfiles quieren ejemplificar dos tendencias llevadas al extremo.

El segundo ilustra a un abogado con altos niveles de competencias de compromiso (77%) y bajos niveles de competencias de confianza (37%). Se trata de un supuesto ciertamente anómalo pues es extraño que alguien pueda asumir un alto compromiso con una tarea, sin haber generado la confianza necesaria, en ese caso, lo que está claro es que la satisfacción del cliente, aunque el encargo se resuelva favorablemente a sus intereses (cuestión difícil, sin contar con la propia confianza y la del cliente), no podrá ser absoluta con el abogado, sino que será una satisfacción más bien desapasionada.

El tercer perfil quiere ejemplificar un abogado con muy bajo nivel de compromiso (33%) y altos niveles de confianza (86%). Ese tipo de abogado, no tan atípico como el anterior, responde a un profesional con experiencia, acostumbrado al trato con los clientes y conocedor de su importancia, pero con valores pobres, poca madurez profesional y una implicación muy justa con los casos. En este supuesto, la satisfacción del cliente dependerá exclusivamente del resultado que obtenga en la resolución del caso, y atendiendo a su baja implicación ese resultado tendrá pocas posibilidades de ser exitoso.

Por lo tanto, hay que mantener un equilibrio entre la confianza (la propia y de los clientes) en nuestras capacidades, y el compromiso que desplegamos para resolver los asuntos. Y todo ello situándonos en los niveles marcados con en el tono más oscuro del cuadro comparativo. De esta manera, estaremos desvinculando la satisfacción del cliente del estricto resultado que obtengamos, quitándonos presión y favoreciendo una relación sincera y leal entre ambos, con muchas posibilidades de ser duradera.

06 Como desarrollar las competencias clave

Ya hemos dicho anteriormente que las competencias pueden aprenderse. Aunque es cierto que hay personas que poseen niveles altos de las competencias emocionales referidas, sin haberlas trabajado nunca, en estos supuestos puede ser que la propia tendencia natural esté identificada con estos altos niveles de desarrollo o bien que sí que se hayan trabajado pero de manera inconsciente.

El trabajo consciente de las competencias adecuadas nos permitirá salvar los obstáculos emocionales con éxito y de esta manera nos iremos perfeccionando profesionalmente. La duda que se nos plantea a continuación es cómo llevar a cabo esta ardua tarea.

La metodología partirá de nuestro autoconocimiento. Nos esforzaremos por conocer de la manera más fiel "de qué pecamos", es decir, averiguar de lo que carecemos, nuestras limitaciones o puntos débiles. Hay que tomar conciencia de cómo somos nosotros mismos. Porque únicamente partiendo del cómo somos realmente se podrá avanzar en la línea de la mejora profesional. Por esta razón es especialmente útil hacer un ejercicio de autoevaluación previo para situarnos como abogados e identificar el camino que nos queda por recorrer para alcanzar nuestra excelencia. Para hacerlo, podemos utilizar alguna herramienta psicométrica de medida de la IE pero sobretodo, para obtener resultados más fieles a la realidad, es importante que también nos evalúe nuestro

entorno, ya sean compañeros de trabajo, clientes o incluso familiares próximos o amigos que nos conozcan bien. Conseguiremos así lo que se denomina como una evaluación 360º. El resultado de este ejercicio puede llegar a sorprender, en particular a los más escépticos en temas emocionales, porque las divergencias entre como somos percibidos y como creemos que somos a veces son auténticos abismos.

A partir de esa fotografía de nosotros mismos identificaremos las competencias emocionales que contribuyen a superar nuestras debilidades y nos propondremos firmemente su desarrollo, tomando conciencia de ellas en cada acción que hagamos o en cada decisión que tomemos. Lejos de evitar las situaciones incómodas, nos tendremos que poner a menudo y deliberadamente en las que resulten propicias para ir adquiriendo progresivamente un mayor dominio emocional en aquel punto débil.

Así, a título de ejemplo, en lo referente a los obstáculos relacionados con la confianza de los clientes, podemos desarrollar actuaciones como las siguientes:

Competencia a desarrollar y porcentaje de partida	Ejemplo de trabajo desarrollante y porcentaje a alcanzar
Autoconfianza (40%)	Dedicar mucho tiempo y esfuerzo a analizar la estrategia para demandar, para una vez elegida, manifestar explícitamente la confianza en el propio criterio y las posibilidades de éxito con seguridad (60%)
Comprensión interpersonal (50%)	Estudiar detenidamente el lenguaje (verbal y no verbal) de nuestros interlocutores para entender sus sentimientos y emociones más profundas y poder orientar nuestra manera de relacionarnos con ellos consiguiendo mejores resultados (75%)
Orientación al cliente (20%)	Acostumbrarnos a coger el hábito de informar al cliente cada vez que hagamos algún paso nuevo para su asunto (40%)
Flexibilidad (50%)	Tender a buscar puentes de diálogo con los contrarios y huir de posiciones extremas que impidan la negociación (75%)
Iniciativa (20%)	Pensar en las cuestiones futuras que afectarán al cliente, ser escrupulosos, por ejemplo si prevemos que será demandado en breve, comenzar a preparar un argumentario previo a la recepción de la demanda (40-60%)

En relación a los obstáculos que hemos vinculado al compromiso de abogado, algunas actuaciones que favorecerían su desarrollo podrían ser:

Competencia a desarrollar y porcentaje de partida	Ejemplo de trabajo desarrollante y porcentaje a alcanzar
Integridad (50%)	Acostumbrarnos a ser sinceros con el cliente y renunciar a asuntos que requieran una actuación contraria a nuestros valores, o para los que no estemos capacitados (75%100%).
Autocontrol (35%)	Buscar siempre el diálogo conciliador y calmado con un contrario que muestra una actitud hostil y arrogante restándole fuerza (70%).
Orientación al logro (40%)	A pesar de que haya precedentes jurisprudenciales que no nos favorezcan, explorar alternativas de resolución, si es necesario poco convencionales, para lograr un resultado positivo para el cliente (60%).

En síntesis, teniendo en cuenta la enorme utilidad de las competencias para superar los obstáculos emocionales a través del entrenamiento consciente, ¿cómo vamos a ignorarlas? Como profesionales preocupados por nuestra mejora e incluso por nuestra pervivencia en el competitivo mercado de los servicios jurídicos, debemos trabajarlas para conseguir ofrecer lo mejor de nosotros a nuestros clientes, lo que revertirá seguro en una plena satisfacción con nosotros mismos.

Conclusiones

Las competencias emocionales nos ayudarán a mantener todo el ideal de la relación abogado – cliente que hemos expuesto al inicio de este trabajo y que hemos basado en la satisfacción del cliente como resultado de la ponderación de su confianza con el compromiso del abogado.

La autoconfianza, la orientación al cliente, la empatía, la flexibilidad y la iniciativa son competencias que ayudarán esencialmente a fortalecer la confianza del cliente y la propia, mientras que la integridad, el autocontrol y la orientación al logro ayudarán a construir un compromiso firme del profesional hacia el cliente. Atendiendo a que el resultado del encargo que recibamos no es algo que podamos controlar porque no depende en exclusiva de la calidad de nuestro trabajo, hemos de lograr que la satisfacción del cliente se desvincule lo más posible de dicho resultado. Ello lo podemos conseguir trabajando las competencias relevantes e intentando mantener un equilibrio congruente entre confianza y compromiso.

En relación al trabajo de dichas competencias alguien puede argumentar que todos los comportamientos que las personas llevamos a cabo en nuestro día a día responden a competencias emocionales, y no le faltaría razón. Las emociones impregnan toda nuestra vida, y el ejercicio que hemos intentado plasmar aquí es el de identificar las más relevantes para superar cada uno de los obstáculos comunes a los abogados que nos

hacen más vulnerables y que incluso nos pueden llevar al abandono del ejercicio. El objetivo ha sido el de transmitir que las competencias son completamente aprehensibles y desarrollables y que, para hacerlo, hay que aplicarse la fórmula de aprendizaje más clásica y efectiva que consiste en practicar, practicar y... practicar más.

Una vez hayamos tomado conciencia de nuestras limitaciones y puntos débiles, con el objetivo de superarlos, podremos encarar las diversas situaciones emocionalmente conflictivas pensando en la actuación más idónea de las posibles, analizando nuestro comportamiento desde una óptica nueva, externa e imparcial, con coraje y con la certeza de estar actuando correctamente para alcanzar la excelencia humana que nos hará seguro mejores profesionales.

Bibliografía

Pascual BARBERÁN MOLINA; *Manual práctico del abogado*; Tecnos, Madrid, 2010.

Daniel GOLEMAN; *Inteligencia emocional;* Kairós, 1996.

Gerald A. RISKIN; *The Succesful Lawyer*; ABA, 2005.

Lyle M. SPENCER y Signe M. SPENCER; *Competence at work. Models for superior performance;* John Wiley & Sons, New York, 1993.

FUNDACIÓN Mutualidad

La abogacía ante la era digital: retos jurídicos y deontológicos. Un cambio de paradigma

Belén Burgos Garrido

Belén Burgos Garrido
Escuela de Práctica Jurídica de Granada

PRIMER PREMIO
III Premios a la Excelencia de la Cátedra
Fundación Mutualidad Abogacía

2014

Índice

Introducción 202
1. La Abogacía y la realidad de las nuevas tecnologías 207
1.1. RedAbogacía 210
1.2. La Autoridad de Certificación de la Abogacía 211
1.3. El Sistema Integral de Gestión de la Abogacía 212
1.4. El Colegio Virtual 213
1.5. La Ventanilla Única Electrónica 214
1.6. La implantación del Expediente electrónico de Justicia Gratuita de la Abogacía 215
1.7. PenalNet 217
1.8. Las redes sociales 219
2. La libertad de expresión de los abogados en el mundo digital 222
2.1. La libertad de expresión del abogado en su actuación ante juzgados y tribunales 222
2.2. La libertad de expresión del abogado fuera de su actuación ante juzgados y tribunales 225
3. Algunas normas deontológicas especialmente comprometidas en el uso de nuevas tecnologías 229

3.1. La relación de confianza abogado-cliente y el deber de secreto profesional 231
3.2. La publicidad del Abogado y las Nuevas Tecnologías 244
4. Cambios metodológicos en el ejercicio profesional 253
5. Nuevas relaciones con la administración de justicia 261
5. 1. Lexnet 263
5.2. El Certificado Digital 266
6. La responsabilidad del abogado ante un ciberataque 270
7. Algunas recomendaciones sobre seguridad 280
8. El nuevo estatuto de la abogacía española 283
Conclusiones 285
Bibliografía 290

Introducción

Asistimos a un vertiginoso proceso de informatización de la sociedad donde, cada vez en más sectores, la interacción entre los ciudadanos (ya sean particulares o profesionales) y las Administraciones se produce a través de medios telemáticos, despersonificándose la forma de interactuar.[1] Unos de esos sectores que no escapan a dicho proceso es la Administración de justicia y, en general, el Derecho.[2] No en vano, 2014/2015 es calificado como el "Año de la Abogacía Digital", de ahí, la oportunidad del tema.[3] Consecuentemente, el modo de trabajar de los Abogados como operadores jurídicos que son, se ha visto afectado tanto en las relaciones

1. Según cifras de la Unión Internacional de Telecomunicaciones, (UIT) "A finales de 2014, el número de usuarios de Internet en todo el mundo habrá alcanzado casi los 3.000 millones. Esto corresponde a una penetración de usuarios de Internet del 40 por ciento a nivel mundial." UNIÓN INTERNACIONAL DE TELECOMUNICACIONES: "La UIT publica las cifras de TIC de 2014" Disponible en la URL: **http://www.itu.int/net/pressoffice/press_releases/2014/23-es.aspx#.VOd1Li4YHSM** (con acceso el 20.02.2015).
2. Se pueden nombrar multitud de avances tecnológicos que tienen aplicación en el mundo del Derecho, así, los nuevos medios de prueba o prueba electrónica, dispositivos electrónicos de protección de las víctimas, como los dispositivos de localización, la grabación de los juicios que ha permitido al Secretario ausentarse de la Sala, actuaciones mediante videoconferencia etc.
3. El Año de la Abogacía Digital arrancó el 1 de octubre de 2014.

con sus clientes[4], como con el resto de operadores (juzgados y tribunales, procuradores, notarios, registradores, etc.) afectando también al modo de ejercer su profesión, (habiendo surgido nuevas metodologías de trabajo y de gestión del despacho, nuevas formas de documentación, de marketing y publicidad, etc.) Además, teniendo en cuenta que los abogados por su función tienen acceso a una serie de información muy sensible, en muchos casos calificada de grado medio o alto según la Ley de Protección de Datos[5] (LOPD), se hace necesaria una reflexión sobre los medios tecnológicos que emplean, sus fortalezas y vulnerabilidades, y un análisis de los derechos que pueden verse afectados, de los deberes que pueden resultar infringidos y de las responsabilidades de orden deontológico, civil y penal que pueden derivarse como consecuencia de su actuación.

Ante este nuevo escenario, donde el uso de las tecnologías es cada vez mayor, los retos jurídicos y las oportunidades que se plantean para los abogados son inmensas[6]. Asimismo, cada vez hay un mayor número de usuarios en la navegación a través de Internet y su grado de interacción es cada vez más alto. No obstante, existen una serie de consideraciones que hay que tener en cuenta cuando se "accede a este tipo de ecosistemas, desde los riesgos asociados a compartir información en la red, la comisión de ilícitos en Internet o el cuidado de la reputación *on-line*"[7]. Igualmente, podríamos citar, entre otros asuntos, como riesgos de la informatización, los borrados accidentales, la infección por virus informáticos, los accesos no autorizados o el robo de información. Teniendo en cuenta también que debemos manejar múltiples dispositivos

4. Según MORENO LISO, "Las profesiones liberales, en general, y la Abogacía en particular, se han caracterizado por un tradicionalismo encorsetado [...] que les han permitido situarse al margen del mercado y de las normas de defensa de la competencia." MORENO LISO, L.: "Las nuevas orientaciones comunitarias a la abogacía en materia de política de la competencia", Revista Doctrinal Aranzadi Social no 9, (2004), p. 1.Belén Burgos Garrido
5. Ley Orgánica 15/1999, de 13 diciembre.
6. Piénsese por ejemplo en los problemas jurídicos que plantea el uso de los novedosos drones.
7. TOURIÑO, A.: "El derecho al olvido y a la intimidad en Internet", Página Web del Consejo General de la Abogacía Española, (Sección Red Abogacía). Disponible en la URL: **http://www.abogacia.es/2014/04/30/el-derecho-al-olvido-y-a-la-intimidad-en-internet/ (con acceso el 18.01.2015).**

y programas hay que saber gestionar de un modo adecuado, esta diversidad tecnológica; por ello, es preciso un uso consciente de las tecnologías por parte de todos los usuarios pero, de una manera especial, por los abogados.

Asimismo, por una parte, en relación con las nuevas tecnologías asistimos a una pluralidad de interesantes debates jurídicos relacionados con las mismas, como por ejemplo, la cuestión del derecho al olvido, la protección de datos en Internet, la validez de la prueba digital, o la ciberdelincuencia (cuyo impacto económico es tremendo, habiéndose datado el volumen total de las pérdidas asociadas a la misma en la impresionante cifra de 87.000 millones de euros a nivel mundial en 2013).[8] Y por otra, nos encontramos con una progresiva modernización de la Justicia y la apuesta decidida por la Administración electrónica. Esta apuesta por la modernización se ha materializado en el Plan de Acción de la Secretaría General de la Administración de Justicia 2012-2015 en el que se incide en la necesidad de impulsar la Administración electrónica, y donde se pone de manifiesto que las nuevas tecnologías son herramientas imprescindibles para conseguir una Justicia ágil, accesible y de calidad.[9]

Por último, es necesario que citemos en este contexto la Ley de

Uso de las Tecnologías de la Información y la Comunicación en la Administración de Justicia[10] (LUTICAJ) cuyo preámbulo establece que: *"Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de sus derechos ante los tribunales. Así se reconoce en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 24.1 de la Constitución y en el artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Para salvaguardar dichos derechos de los ciudadanos es necesaria la modernización de la Administración de Justicia,*

8. ISMS Forum Spain - ENATIC: La responsabilidad legal de las empresas frente a un ciberataque, p. 87. Disponible en la URL: **https://www.ismsforum.es/ficheros/descargas/la-responsabilidad-legal-de-las- empresas-fente.pdf** (con acceso el 18.01.2015).
9. Dicho Plan de Acción incluye varios proyectos que pueden consultarse en el Plan de Acción de la Secretaría General de la Administración de Justicia 2012-2015. Disponible en la URL: **http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215198344809/DetalleInformacion.html** (con acceso el 13.02.2015).
10. Ley 18/2011, de 5 julio.

campo esencial para consolidar el Estado de Derecho y mejorar la calidad de nuestra Democracia. En este contexto de modernización, uno de los elementos de mayor relevancia es, precisamente, la incorporación de las oficinas judiciales a las nuevas tecnologías. Su uso generalizado y obligatorio contribuirá a mejorar la gestión en las oficinas judiciales, actualizando su funcionamiento e incrementando los niveles de eficiencia. Las nuevas tecnologías permiten igualmente abaratar los costes del servicio público de justicia,11 pero también suponen una mejora de la confianza en el sistema, lo que se traduce en mayor seguridad."

La citada Ley regula el uso de las nuevas tecnologías en la Administración de Justicia, y señala que tiene tres objetivos principales: **1º)** Actualizar el contenido del derecho fundamental a un proceso público sin dilaciones indebidas, gracias a la agilización que permite el uso de las tecnologías en las comunicaciones; **2º)** Generalizar el uso de las nuevas tecnologías para los profesionales de la justicia; y **3º)** Definir en una norma con rango de ley el conjunto de requisitos mínimos de interconexión, interoperabilidad y seguridad necesarios en el desarrollo de los diferentes aplicativos utilizados por los actores del mundo judicial, a fin de garantizar la seguridad en la transmisión de los datos y cuantas otras exigencias se contengan en las leyes procesales. Por tanto, podemos decir que uno de los objetivos de la LUTICAJ es que los abogados, como profesionales del derecho, utilicen las nuevas tecnologías debido al beneficio que aportan a la Justicia. Concretamente la ley en su Título II, Capítulo II, contempla los derechos y deberes de los profesionales del ámbito de la justicia en sus relaciones con la misma por medios electrónicos, e indica que abogados, procuradores, graduados sociales y demás profesionales que actúan en el ámbito de la justicia, además de tener reconocidos los derechos que le son necesarios para el ejercicio de su profesión, utilizarán los medios electrónicos para la presentación de sus escritos y documentos, permitiendo de este modo la tramitación íntegramente electrónica de los procedimientos judiciales. Se trata, por tanto, como veremos de un deber legal para los abogados el uso de estos

11. Lo que en nuestra opinión, supone un aspecto relevante a tener en cuenta, más aún dado el contexto de crisis económica en el que estamos inmersos.

medios. Uso que plantea interesantes debates, que intentaremos mostrar a lo largo del presente trabajo.

01 La Abogacía y la realidad de las nuevas tecnologías

Como apunta CHAZARRA QUINTO, hoy en día «es muy difícil encontrar ya una relación comercial, un trámite con una administración, o una prestación de un bien o un servicio donde no intervenga algún elemento informático o de telecomunicación. Esta omnipresencia de las nuevas tecnologías en las actividades humanas, se ha dado en llamar Sociedad de la Información».[12] El uso de las nuevas tecnologías y de las redes sociales se ha ido extendido exponencialmente, en todos los sectores de

12. CHAZARRA QUINTO, M.A.: "Recursos jurídicos en Internet (I): las herramientas informáticas y la abogacía", en Guía de herramientas informáticas para juristas. (Coords. A, LÓPEZ ÁLVAREZ, A. ORTEGA GIMÉNEZ, e I. BILBAO ESTRADA), Editorial Club Universitario, San Vicente (Alicante), 2007, p. 9.

la sociedad,[13] el Derecho y la Abogacía no escapan a dicha vorágine, de modo que tal y como se ha apuntado por la doctrina, la relación entre la Abogacía y las Nuevas Tecnologías es cada vez más estrecha. Así, ÁLVAREZ HERNANDO indica que «el abogado actual está inmerso, quiera o no, en la sociedad de la información, y se enfrenta a nuevos retos que pasan por gestionar la información que maneja de una manera comprometida con la seguridad y la privacidad de sus clientes: trámites electrónicos; intervención en foros profesionales; presencia en redes sociales; almacenamiento en la nube; uso de la firma electrónica corporativa, etc. Todo este nuevo ecosistema obliga al abogado a realizar un ejercicio de reflexión acerca de la adecuación de su actividad a la normativa de protección de datos prestando singular atención a los requerimientos de seguridad».[14]

Por otra parte, RODRÍGUEZ LÓPEZ DE LEMUS señala que: «Aunque puede parecer que Abogacía y nuevas tecnologías son dos conceptos distantes, debido seguramente a la imagen tradicional para muchos del abogado, la realidad es bien distinta, quizá debido al rejuvenecimiento

13. La importancia de las redes sociales se muestra creciente en todos los ámbitos y sectores, hace tan sólo unos días todos los medios de comunicación se hacían eco de las manifestaciones efectuadas por el director de la Agencia Tributaria (Santiago Menéndez) quien avanzó algunas de las líneas sobre el Plan de Control Tributario de 2015, entre las que figura que Hacienda pondrá en marcha programas informáticos que, de forma automatizada, seleccionarán y procesarán los datos de los contribuyentes que de manera pública se encuentren en Internet y en redes sociales a fin de detectar infracciones. Algunos de los medios donde se puede encontrar esta noticia son: ABC, Diario Digital, "Hacienda usará las redes sociales para detectar defraudadores" Disponible en la URL: **http://www.abc.es/economia/20150220/abci-hacienda-usara-redes-sociales-201502192158.html** (con acceso 20-02-2015); EL MUNDO "Hacienda recabará datos de los contribuyentes en redes sociales" Disponible en la URL: **http://www.elmundo.es/economia/2015/02/20/54e6eaf6ca474140578b456d.html** (con acceso 20-02-2015) o EL PAÍS "Hacienda analizará redes sociales para las investigaciones contra el fraude" Disponible en la URL: **http://economia.elpais.com/economia/2015/02/19/actualidad/1424366635_632028.html** (con acceso 20-02-2015).
14. ÁLVAREZ HERNANDO, J.: "Abogados, procuradores y mediadores y las implicaciones en materia de protección de datos.", Grandes Tratados. Prácticum Protección de Datos 2015. (2015), pp. 1 y 2.

de la profesión».[15] En nuestra opinión, gracias al rejuvenecimiento de la profesión y a la adaptación a los medios tecnológicos por parte de los abogados tradicionales, debido a las nuevas oportunidades que los mismos ofrecen (como por ejemplo, la rapidez a la hora de buscar jurisprudencia en una base de datos, el acceso inmediato a la información o la simplificación de la metodología de su trabajo, como a la hora de efectuar las copias de escritos para aportárselas a la parte contraria; en este sentido, algunos abogados más veteranos recordarán las tradicionales máquinas de escribir y el papel de calco ya desterrado).

Ahora bien, el hecho de que las nuevas tecnologías son importantes para el desempeño de la profesión de abogado se viene detectando desde hace varios años y, por ello, se han puesto en marcha diversas iniciativas. A continuación hacemos referencia a algunas de las más destacadas que junto con el uso de las redes sociales han cobrado un papel protagonista configurando una nueva realidad.

15. RODRÍGUEZ LÓPEZ DE LEMUS, P.: "La Abogacía y las técnicas de la información y la comunicación aplicadas a la Administración de justicia", en Las Tecnologías de la Información y la Comunicación en la Administración de Justicia. Análisis sistemático de la Ley 18/2011, de 5 de julio. (Coords. E. Gamero Casado y J. Valero Torrijos), Editorial Aranzadi, Pamplona, 2012, p. 997.

1.1. RedAbogacía

Se trata de un proyecto tecnológico emprendido en 2004 con el apoyo del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio[16] y el Consejo General de la Abogacía Española (CGAE). Según su propia definición «RedAbogacía es un portal de servicios telemáticos desarrollado por el CGAE y enmarcado en un proyecto tecnológico de ámbito nacional para la modernización del ejercicio de la profesión. Tiene como objetivo facilitar el ejercicio profesional del abogado, evitando esperas, papeleo, trámites innecesarios y desplazamientos de una ventanilla a otra. Desde aquí, cada abogado puede acceder a través del certificado digital, a la zona segura de servicios ofrecidos por su colegio profesional, donde podrá realizar gestiones administrativas sin moverse de su despacho».[17]

16. Actualmente su denominación es Ministerio de Industria, Energía y Turismo.
17. Disponible en la URL: **http://www.abogacia.es/red-abogacia/** (con acceso el 15.02.2015).

1.2. La Autoridad de Certificación de la Abogacía

El CGAE se constituyó en el año 2003 como prestador de servicios de certificación ante el antiguo Ministerio de Industria, Turismo y Comercio bajo el nombre "Autoridad de Certificación de la Abogacía" (ACA). Esta autoridad certifica el carné colegial mediante el cual se permite a su portador su identificación como abogado, por lo que puede relacionarse con los órganos judiciales a través de medios telemáticos tal y como veremos más adelante. Hay que destacar que este certificado no solo está reconocido a nivel nacional, sino también por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

1.3. El Sistema Integral de Gestión de la Abogacía

El Sistema Integral de Gestión de la Abogacía (SIGA) es una herramienta de gestión de los Colegios de Abogados interconectada con diversas Administraciones Públicas, lo que lo que le permite «estar a la vanguardia en e-Justicia y ofrecer servicios únicos que conectan los Colegios con las Comisiones de Asistencia Jurídica Gratuita, Agencia Tributaria, Seguridad Social y otros Organismos».[18] El empleo de esta herramienta posibilita rebajar los tiempos de espera del Turno de Oficio de 45 a un máximo de 15 días, ya que el ciudadano que solicita abogado de oficio no se ve obligado a peregrinar de ventanilla en ventanilla para recopilar toda la información fiscal imprescindible para hacer viable su solicitud, sino que el propio Colegio de Abogados la recabará, gracias a su integración con las aplicaciones de las Administraciones Públicas competentes en la concesión de la Justicia Gratuita.

18. Disponible en la URL: **http://www.abogacia.es/abogacia_servicio/siga/ (con acceso el 15.02.2015).**

1.4. El Colegio Virtual

Otro aspecto de la implantación de las nuevas tecnologías en relación con el ejercicio de la Abogacía es, el perfeccionamiento de los servicios que los Colegios Profesionales brindan tanto a sus colegiados como a la ciudadanía en general. Así, como destaca CHAZARRA, «Se puede usar Internet como medio para publicar toda la información referente a cualquier tipo de trámite administrativo (inscripción de cursos, turno de oficio, petición de hojas de asistencia al detenido...) y, lo más importante, se puede dar la posibilidad de realizar dichos trámites on-line. Asimismo, en la mayoría de los Colegios de Abogados se pone a disposición del colegiado un servicio completo de noticias jurídicas, actualizado diariamente».[19]

19. CHAZARRA QUINTO, M.A.: "Recursos jurídicos..., op. cit., p. 13.

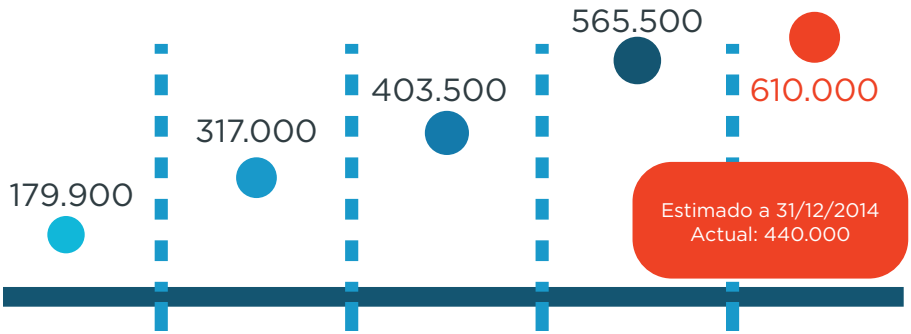
1.5. La Ventanilla Única Electrónica

La Ventanilla Única de la Abogacía es el portal que el CGAE ha desarrollado en colaboración con los 83 colegios de abogados españoles «con el objeto de cubrir el cumplimiento de los requisitos y obligaciones exigidos en las leyes de libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. El Portal de servicios está integrado con la ventanilla Única del Ministerio de la Presidencia[20] permitiendo a cualquier ciudadano que haya accedido a este portal continuar el trámite desde la ventanilla de la profesión seleccionada».[21]

20. Disponible en la URL: **www.eugo.es** (con acceso el 15.02.2015).
21. Disponible en la URL: **https://www.ventanillaunicaabogados.org (**con acceso el 15.02.2015).

1.6. La implantación del Expediente electrónico de Justicia Gratuita de la Abogacía

Ya en 2009 el Consejo de la Abogacía Europea (CCBE) recomendaba la implantación de la gestión electrónica de la asistencia jurídica, haciendo hincapié en que ésta debía ser accesible, simple y eficaz, que podía ofrecer directamente información y simulaciones económicas y que «esta posibilidad no iba a reemplazar los formularios y los procesos tradicionales sino que constituiría, más bien, una opción complementaria (eficaz y menos costosa en términos económicos, humanos y medioambientales)».[22] Efectivamente, tal y como predicaba el CCBE se trata de una herramienta útil a través de la cual se puede gestionar la solicitud de asistencia jurídica gratuita de una forma sencilla y eficaz, tanto es así que tal y como reflejan los datos analizados por el CGAE el empleo del Expediente Electrónico de Justicia Gratuita sigue incrementándose progresivamente año a año. Bajo estas líneas puede consultarse su gráfico[23].



22. CONSEJO DE LA ABOGACÍA EUROPEA "Recomendaciones de CCBE sobre asistencia jurídica gratuita", Disponible en la URL: **http://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2012/07/2010-08-asistencia- juridica-gratuita.pdf** (con acceso el 18.01.2015).
23. Los datos de la gráfica están referidos a 30/10/2014. CGAE.: "Expediente Electrónico de Justicia Gratuita", Página Web del Consejo General de la Abogacía Española, (Sección Red Abogacía). Disponible en la URL: **http://www.abogacia.es/2014/10/30/expediente-electronico-de-justicia-gratuita-2/** (con acceso el 13.02. 2015).

Las ventajas de la utilización del Expediente Electrónico de Justicia Gratuita son palpables pues permite recopilar de forma rápida y segura la documentación requerida para poder proceder a la solicitud del derecho de Justicia Gratuita, agilizándose de este modo el proceso. Entre sus virtudes se ha destacado que «aporta transparencia en la gestión, elimina los errores del expediente administrativo, y reduce el coste económico y los plazos de tramitación hasta en 40 días».[24]

24. CGAE.: "El Ministerio de Justicia recomienda implantar el Expediente Electrónico de Justicia Gratuita de la Abogacía", Página Web del Consejo General de la Abogacía Española, (Sección Actualidad). Disponible en la URL: **http://www.abogacia.es/2013/02/19/el-ministerio-de-justicia-recomienda-a-las- comisiones-de-justicia-gratuita-implantar-el-expediente-electronico-de-la-abogacia/** (con acceso el 18.01.2015).

1.7. PenalNet

PenalNet[25] es la primera red electrónica de carácter europeo proyectada para posibilitar las relaciones virtuales entre los abogados penalistas de la Unión Europea que se encuentren registrados en esta plataforma. Dichas comunicaciones son "fluidas, seguras e inviolables"[26], proporcionando un sistema que reduce los retrasos, permite una interacción más rápida, incrementa la confianza entre los profesionales y entre los ciudadanos, a la vez que protege su derecho a la privacidad. Entre sus servicios destaca la confidencialidad que ofrece su correo electrónico y un directorio para poder contactar con otros abogados penalistas registrados.

25. Accesible a través de la URL: **http://www.penalnet.eu/** (con acceso el 20.02.2015).
26. Según definición del CGAE.: "PenalNet", Página Web del Consejo General de la Abogacía Española, (Sección Delegación Bruselas). Disponible en la URL: **http://www.abogacia.es/2012/07/04/penalnet/** (con acceso el 20.02.2015).

1.8. Las redes sociales

Por otra parte, hemos de aludir a las redes sociales. Es evidente que las mismas «son una realidad muy presente en nuestra vida diaria en su doble faceta personal y profesional. Es un ecosistema muy amplio, disperso y variado que contiene múltiples redes, sitios web, canales y herramientas».[27] Dentro de esta diversidad, CASTILLO ESPARCIA ha llevado a cabo un novedoso[28] y exhaustivo estudio consistente en un análisis estadístico a través de una encuesta realizada a los abogados de seis colegios profesionales[29], en el que aborda la relación de los abogados con las redes sociales aportando valiosos datos. Los aspectos que por su conexión con el presente trabajo nos interesan especialmente los destacamos al pie de estas líneas. Dichas estadísticas se centran en diez ítems: **1)** Uso de las redes sociales por parte de los abogados, **2)** Motivos

27. CASTILLO ESPARCIA, A.: Abogados y Redes Sociales, estudio de casos, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 15.
28. Estudio llevado a cabo entre el 16 de septiembre de 2013 y el 22 de diciembre de 2013.
29. Los colegios participantes fueron Barcelona, Madrid, Málaga, Murcia, Valencia y Vizcaya.

de uso[30], **3)** Qué redes sociales utilizan[31], **4)** Uso de otras herramientas comunicativas[32], **5)** En qué año comenzaron a utilizar redes sociales, **6)** Qué días suelen usar las redes sociales, **7)** Días laborables con mayor

30. El punto que más nos interesa destacar son los motivos de uso de las redes sociales por parte de los abogados. El autor expone que "en todos los Colegios de Abogados, comunicarse con los compañeros prevalece sobre el objetivo del marketing personal." [...] "En general, entre los motivos de uso más frecuentemente indicados son los relacionados con la comunicación personal [...], así como ocio y diversión. [...] En segundo lugar, en todos los casos investigados, se mencionan motivaciones profesionales, tales como la comunicación profesional y la información. [...] las redes se consideran como la principal herramienta de obtener, difundir y compartir información de todo tipo, pero en particular la información sectorial. Otros objetivos que suelen aparecer son aprendizaje, formación, información e investigación de todo tipo, así como la búsqueda de material y consulta. Destacan las respuestas como búsqueda de trabajo y cuestiones de trabajo, oportunidades y becas. La comunicación con los clientes y/o búsqueda de las clientes, gestión y comunicación empresarial, así como marketing y community management son excepcionales y muy pocas veces mencionadas. [...]La información es el objetivo más popular en todos los Colegios de Abogados." CASTILLO ESPARCIA, A.: Abogados y Redes..., op. cit., pp. 72 a 74.
31. En cuanto a qué redes sociales utilizan los abogados, éstos emplean "las redes más comunes y populares hoy en día: Pinterest, Instagram, Foursquare, Flickr, Tuenti y, en pocos casos, Youtube. Además, en "otras redes" se han mencionado herramientas que realmente no son redes: blogs y foros, correo electrónico, herramientas comunicativas o páginas web/periódicos digitales y newsletter. Esto significa que los abogados confunden socialmedia con redes sociales y herramientas tecnológicas y comunicativas, por lo que este asunto necesita ser tratado de forma adecuada con acciones de formación y asesoramiento." Ibidem, pp. 76 y 77.
32. En este punto, las herramientas comunicativas que se han mencionado son Skype, WhatApp, RSS y Podcast. Ibidem, p.77. "El 58% de los abogados españoles utiliza WhatsApp, mientras que sólo 29% utiliza el Skype. [...] Prevalece la tendencia de contacto en todos los sitios y en todo el momento mediante los dispositivos móviles (smartphones y tablets). Considerando a Skype como una herramienta excelente de trabajo ya que facilita las teleconferencias con múltiples usuarios a la vez, entrevistas de trabajo, sesiones informativas y conversaciones profesionales, su poco nivel de aplicación refleja que no se considera en general como una herramienta útil dentro de práctica profesional de los abogados. El uso extendido de WhatsApp por los abogados españoles es un factor bastante preocupante, dado los límites de esta herramienta en cuanto a protección de privacidad de usuario y su seguridad." Ibidem, p. 97.

uso, **8)** Qué tipo de actividades realizan en redes sociales, 9) Formatos del contenido[33] y **10)** Capacidad y voluntad de respuesta.

Por último, opinamos que es necesaria y nuestra presencia en las redes sociales ya que además de permitirnos hacernos visibles nos posibilita controlar lo que se dice de nosotros, y de nuestro despacho, en definitiva, para gestionar nuestra reputación *on-line*.

33. En cuanto a los formatos de contenido "los abogados españoles son muy tradicionales y destacan por mayor uso de los formatos de texto y enlaces que corresponden con su perfil profesional y facilitan no sólo el trabajo, sino también la comunicación acerca de los asuntos sectoriales. El vídeo es el formato menos utilizado por parte de los abogados españoles y, en general, no muestran un perfil muy enfocado en los formatos audiovisuales." Ibidem, p.104.

Un tema muy vinculado con el uso de las nuevas tecnologías es la libertad de expresión. En este sentido, el abogado, como cualquier otro ciudadano goza del derecho fundamental a la libertad de expresión consagrado en el artículo 20.1.a) de la CE[34]. Ahora bien, no es indiferente que dicho derecho lo ejercite como particular o lo desarrolle en su desempeño profesional (y dentro de este último ámbito, se distingue a su vez si dicho ejercicio lo lleva a cabo en una actuación ante los juzgados y tribunales o fuera de ellos), pues, tal y como vamos a exponer, la diferencia de tratamiento jurídico que se les da a estas situaciones es crucialmente diferente entrando en juego en uno y otro caso derechos distintos.

El hecho de que hagamos una referencia expresa a la libertad de expresión se justifica porque nos interesa destacar que con la irrupción de los medios tecnológicos la magnitud de la repercusión social que a través de los mismos pueden alcanzar las manifestaciones vertidas por los abogados es absolutamente tremenda. Entendemos, por tanto, que si siempre los abogados han tenido que tener cuidado con qué decían, esta responsabilidad se ha visto sobredimensionada con las nuevas tecnologías, y ello no sólo para respetar los derechos del cliente, sino también por cuestiones de prestigio profesional (propio y de la Abogacía en general), pues no hay que olvidar que todo abogado contribuye con su actuación a la formación de una determinada imagen social de la Abogacía. Por ello, es deber de todo abogado mantener el buen prestigio de la profesión actuando de un modo diligente y correcto en las redes.

Seguidamente distinguimos las dos posibles situaciones que pueden plantearse.

34. El artículo 20 de la CE consagra como derechos fundamentales una serie de libertades públicas, concretamente: la libertad de expresión, la libertad de creación literaria, artística, científica y técnica, la libertad de cátedra y, finalmente, la libertad de información. Para un conocimiento más profundo sobre el mismo véase LINDE PANIAGUA, E. VIDAL BELTRÁN, J.M. y MEDINA GONZÁLEZ, S.: Derecho Audiovisual, Colex, 2011, pp. 172 a 180.

02 La libertad de expresión de los abogados en el mundo digital

2.1. La libertad de expresión del abogado en su actuación ante juzgados y tribunales

El artículo 542.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) indica que *"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"*. Por tanto, podemos decir que los abogados gozan de una libertad de expresión cualificada cuando se hallan en el desempeño de estas funciones; de este modo, entendemos que la LOPJ colige el derecho de libertad de expresión al derecho de defensa. En palabras de NIELSON SÁNCHEZ, ambos derechos «resultan inescindibles ya que para defender es preciso expresar una idea, un argumento, un criterio. Y para ejercer libremente la defensa, no cabe sino ejercer libremente el derecho de expresión».[35] Nuestra jurisprudencia se ha ocupado en numerosas sentencias del binomio derecho de defensa y

35. NIELSON SÁNCHEZ, S.: Manual de Deontología para abogados, Editorial La Ley, Madrid, 2012, p. 86.

libertad de expresión del abogado en su actuación ante juzgados y tribunales, acuñando una prolija jurisprudencia al respecto.[36] Asimismo, hemos de convenir con el citado autor que «la libertad de expresión no puede ser el vehículo intelectual de la difamación ni de la lesión a la dignidad personal: la libertad de expresión no puede estar protegida cuando se falta clamorosamente y a sabiendas a la verdad o se realizan ataques de todo punto innecesarios. En todo caso, las ofensas vertidas contra el honor deben ser examinadas dentro del contexto del lugar y ocasión en que se vertieron y resulta cierto que en el texto de los escritos forenses es costumbre inveterada la utilización de ciertas licencias que, fuera de ellos, podrían resultar ofensivos. Sin embargo, esta mayor permisividad nunca puede amparar la utilización de expresiones que

36. Así el TC pone de manifiesto 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, está ligado a la efectividad de los derechos de defensa del art. 24 CE (STC 113/2000, de 5 de mayo, FJ 4). Es una libertad de expresión reforzada, especialmente inmune a las restricciones que en otro contexto habrían de operar (STC 205/1994, de 11 de julio, FJ 5). La especial cualidad de la libertad de expresión del Abogado en el ejercicio de defensa de su patrocinado debe valorarse en el marco en el que se ejerce y atendiendo a su funcionalidad, sin que ampare el desconocimiento del respeto debido a las demás partes presentes en el procedimiento y a la autoridad e imparcialidad del Poder Judicial (SSTC 205/1994, de 11 de julio, FJ 5; 157/1996, de 15 de octubre, FJ 5; 226/2001, de 26 de noviembre, FJ 2; 79/2002, FJ6; STEDH de 22 de febrero de 1989, caso Barfod). Por su parte, la STC 157/1996, FJ 5, expone que "puede decirse que el derecho de los ciudadanos a la defensa y asistencia de Letrado implica un derecho a una defensa libremente expresada". Más recientemente, el ATC 178/2010 de 29 noviembre expresa en su FJ 3 que: "el ejercicio de la libertad de expresión de los Abogados ante los Tribunales posee una singular cualificación por estar, por un lado, preordenado a la defensa de la parte; pero, por otro, está sujeto también a limitaciones específicas, que afectan tanto al contenido de sus intervenciones orales, que han de ceñirse a las cuestiones que se debaten [arts. 186.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (Lec); 683 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: (Lecrim)], como a su forma, que, en las vistas o en los escritos, ha de ser respetuosa con los Jueces y Tribunales (y con las demás personas relacionadas con el proceso). Atienden estas exigencias a preservar tanto la racionalidad y serenidad indispensables para el debate forense como la autoridad e imparcialidad del Poder Judicial que ha de resolver la controversia." Por último, la STS (Sala de lo Civil, Sección 1a) 609/2012, de 24 julio, en su FJ 4 aplica esta reitera doctrina del TC y dice que "tal confluencia de derechos, a la expresión y a la defensa, hace que esta libertad sea especialmente inmune a sus restricciones para la preservación de otros derechos y bienes constitucionales."

resulten ser un vejamen o insulto que atacan el derecho al honor sin paliativo alguno».[37]

37. NIELSON SÁNCHEZ, S.: Manual de Deontología..., op. cit., p. 89.

2.2. La libertad de expresión del abogado fuera de su actuación ante juzgados y tribunales

En relación con Internet y bajo el paraguas de lo que en principio puede parecer un uso inocente del derecho de libertad de expresión del abogado, SALAS pone un ejemplo muy curioso de cómo a través de estos nuevos medios pueden verse trasgredido el deber de secreto profesional, haciéndonos reflexionar sobre el siguiente *tuit*: «Un mes preparando esta reunión y casi llego tarde porque me manché la corbata». El autor puntualiza que el mencionado texto «podría ser un mensaje de lo más inocuo de entre las decenas de miles que se publican en Twitter cada segundo. O podría no ser tan inofensivo». Expone que si se tiene activada la opción de geolocalizar en el dispositivo puede darse el supuesto de que ese mensaje se envíe desde una ubicación conocida (como una importante empresa) dándose el caso que el emisor del mensaje es un abogado especializado en expedientes de regulación de empleo, vulnerándose de este modo la confidencialidad entre abogado y cliente.[38] En parecido sentido LLANEZA manifiesta que «Junto con las innegables ventajas que aporta el uso de las redes sociales, no pueden dejar de considerarse los riesgos que su uso por parte de los abogados puede comportar, siendo los más señalados la complicada distinción entre lo personal y lo profesional, el mantenimiento del secreto profesional que puede ser desvelado incluso de manera inconsciente -mediante el uso de herramientas de geoposicionamiento».[39]

En definitiva, en el uso de las redes sociales como abogados debemos saber trazar con nitidez una línea de separación entre materias

38. SALAS, J. "Abogados y redes sociales: el riesgo de violar el secreto profesional con un tuit". El confidencial, publicado el 16.08.2013, Disponible en la URL: **http://www.elconfidencial.com/tecnologia/2013-08-16/abogados-y-redes-sociales-el-riesgo-de-violar-el- secreto-profesional-con-un-tuit_17399/** (con acceso el 09.01.2015).
39. LLANEZA, P.: "Guía de buenas prácticas de los Abogados que hacen uso de herramientas y/o redes sociales", (2012), p. 4. Disponible en la URL: **https://www.icam.es/docs/observatorio/obs_27310.pdf** (con acceso el 09.01. 2015).

profesionales y personales, midiendo cada palabra y extremando las precauciones a la hora de publicar un texto a fin de dar riguroso cumplimiento al deber de secreto profesional que nos incumbe.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que la libertad de expresión puede ser ejercida con una finalidad publicitaria. A este respecto, hemos de remitirnos a la normativa general sobre esta cuestión y de un modo específico a la normativa sectorial de la Abogacía. En este sentido, Nuestra Carta Magna consagra, en el artículo 20.1.a), la *libertad de expresión*, y en el artículo 20.1.d), el derecho a la *libertad de información*[40]. Este precepto constitucional tiene una gran relevancia para el Derecho audiovisual y, por ende, en el ámbito de las comunicaciones comerciales y la publicidad. Pero en el ámbito de la Abogacía el derecho de la libertad de expresión colisiona con el deber de secreto profesional, de modo que se le imponen una serie de limitaciones. Así, hemos de convenir con PINA Y MESA-SÁNCHEZ, en que «el reconocimiento a la comunicación comercial como una manifestación del derecho fundamental a la libertad de expresión, tiene importantes implicaciones en la regulación de las restricciones que cabe imponer a la comunicación comercial. Y ello, porque si la comunicación comercial es una manifestación del derecho a la libertad de expresión cualquier límite deberá estar justificado y deberá ser idóneo y proporcionado para la obtención del fin que se persigue [...] Las limitaciones impuestas a la misma deben cumplir los siguientes requisitos: 1º) Deben estar prevista por una ley que sea accesible y precisa; 2º) Deben estar encaminadas a la consecución de un fin legítimo en los términos previstos en el artículo 10.2 del

40. El derecho de la libertad de información disfruta de un trato preferente por parte de los Tribunales de justicia cuando entra en conflicto con otros bienes jurídicos constitucionales. GUICHOT, E. (Coord.): Derecho de la Comunicación, Iustel, Madrid, 2011, p. 24. Si bien cuando colisiona con el deber de secreto profesional del abogado este último prevalece.

Convenio Europeo de Derechos Humanos41; y 3º) Debe tratarse de medidas necesarias para una sociedad democrática».[42] En igual sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha expresado su parecer jurisprudencial.[43]

Comentando los citados requisitos y trasladándolos a nuestro ámbito, podemos afirmar que el primero de ellos se plasmaría en el EGAE. En cuanto al segundo, entendemos que se cumple pues las restricciones que pesan sobre la libertad de expresión de los abogados con finalidad publicitaria obedecen al fin legítimo de preservar el derecho a la intimidad del cliente reconocido en el artículo 18 de la CE, así como en el deber del secreto profesional contemplado en las normas deontológicas. Por último, entendemos que el tercer requisito no plantea problema alguno, ya que con las limitaciones impuestas en esta materia a los abogados no se atenta en modo alguno contra la Democracia, sino al contrario, dentro de un Estado Democrático de Derecho es fundamental salvaguardar la dignidad de la Abogacía.

Asimismo, en relación con libertad de expresión del abogado hemos de atender a las normas deontológicas que regulan la publicidad, la libre competencia y muy especialmente, el deber de secreto profesional, cuestiones en las que profundizaremos en el siguiente epígrafe. De acuerdo

41. El artículo 10 del CEDH presenta el siguiente tenor literal: "1.Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa. 2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial". Véase, la STEDH, de 17 octubre 2002, caso Stambuk contra Alemania.

42. Véase PINA, C. y MESA-SÁNCHEZ, C.: "El derecho a la comunicación comercial", en Estudios sobre la Ley General de la Comunicación Audiovisual (Coords. C. CHINCHILLA MARÍN y M. AZPITARTE SÁNCHEZ), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 255-311.

43. SSTEDH, de 25 de agosto de 1988, caso Hertel contra Suiza y de 11 de diciembre de 2003, caso Krone Verlag GmbH y Co KG (núm. 3) contra Austria

con LLANEZA, «hay que recordar que lo que se publica en Internet queda ahí para siempre y que lo que hacemos o decimos en las redes sociales puede tener una audiencia mayor de la que suponemos».[44] De este modo, el abogado debe pensar en la magnitud del perjuicio que puede causarle a su cliente si desvela a través de las nuevas tecnologías un determinado secreto, o que lo hagan terceros si su equipo no se encuentra adecuadamente protegido (ya que aunque se elimine de su origen lo revelado, muchas veces el contenido se divulga de tal forma que se torna imborrable).[45]

44. LLANEZA, P.: "Guía de buenas..., op. cit., p. 15.
45. Pensemos no sólo en Internet sino en los mensajes de WhatsApp que se redifunden de forma imparable de unos contactos a otros.

03 Algunas normas deontológicas especialmente comprometidas en el uso de nuevas tecnologías

En cuanto a los abogados y su relación con las nuevas tecnologías hemos de destacar una serie de normas deontológicas[46] que adquieren un papel protagonista por cuanto deberán ser rigurosamente observadas si no se pretende incurrir en responsabilidad disciplinaria. Ya que como señala el artículo 1.2 del EGAE *"en el ejercicio profesional, el abogado queda sometido a la normativa legal y estatutaria, al fiel cumplimiento de las normas y usos de la deontología profesional de la abogacía y al consiguiente régimen disciplinario colegial"*; y, como dispone el artículo 80 del EGAE *"los abogados están sujetos a responsabilidad disciplinaria en el caso de infracción de sus deberes profesionales o deontológicos"*.[47]

De conformidad con el artículo 1.1 de la Ley de Colegios Profesionales,[48] y con el artículo 2.1 del EGAE del mismo tenor literal: *"Los Colegios Profesionales son Corporaciones de Derecho público, amparadas por la Ley y reconocidas por el Estado, con personalidad jurídica propia y plena*

46. NIELSON SÁNCHEZ, nos ofrece una definición de deontología "como el conjunto de normas jurídicas que regulan sus relaciones con su cliente, con la parte adversa, con sus compañeros de profesión, con los órganos y funcionarios ante los que actúa y con su Colegio profesional, normas cuyo origen y tutela son corporativos". NIELSON SÁNCHEZ, S.: Manual de Deontología..., op. cit., p. 26.
47. Concretamente el Capítulo II del EGAE se ocupa en sus artículos 80 a 93, de la responsabilidad disciplinaria, su sección primera de las facultades disciplinarias de los Tribunales y Colegios y su sección segunda de las infracciones y sanciones.
48. Ley 2/1974, de 13 febrero.

cidad para el cumplimiento de sus fines". Entre dichos fines se encuentra el control deontológico y la aplicación del régimen disciplinario en garantía de la sociedad. (art. 3.1 del EGAE).

Antes de adentrarnos en el análisis de esas normas deontológicas recordar la relación de sujeción especial que tienen los abogados para con su Colegio.[49] Hay que destacar que precisamente nuestro Tribunal Constitucional ha enaltecido las normas deontológicas. Así, en su STC (Sala Primera) 219/1989 de 21 diciembre, FJ 5, recalca que *"las normas de deontología profesional aprobadas por los Colegios profesionales [...] no constituyen simples tratados de deberes morales sin consecuencias en el orden disciplinario. Muy al contrario, tales normas determinan obligaciones de necesario cumplimiento por los colegiados y responden a las potestades públicas que la Ley delega en favor de los Colegios para ordenar... la actividad profesional de los colegiados, velando por la ética y dignidad profesional y por el respeto debido a los derechos de los particulares [...]. Es generalmente sabido y, por tanto, genera una más que razonable certeza en cuanto a los efectos sancionadores, que las transgresiones de las normas de deontología profesional, constituyen, desde tiempo inmemorial y de manera regular, el presupuesto del ejercicio de las facultades disciplinarias más características de los Colegios profesionales."*

Habiendo puesto de manifiesto la gran importancia para el ejercicio profesional de las normas deontológicas, destacamos ahora un conjunto de ellas que en relación con las nuevas tecnologías adquieren una mayor transcendencia.

49. En este sentido, es interesante citar la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6a) de 8 marzo 1996, que en su FJ 1 indica que: "La pertenencia a los Colegios profesionales implica que, mediante la solicitud de colegiación, se pida por el interesado ser admitido en el ámbito profesional. Al dar de alta al peticionario el Colegio profesional emite un acto típico de admisión administrativa en virtud del cual el solicitante queda incorporado a la colectividad con todos los derechos que ello implica, pero también con todos los deberes que lógica y normalmente se derivan de la pertenencia al colectivo en cuestión. Entre estos deberes se encuentra muy señaladamente la sumisión a la potestad disciplinaria del Colegio, tanto más cuanto que como se recordaba en Sentencia de 11 noviembre 1992 al menos en el caso de los profesionales liberales, se trata de la única potestad disciplinaria ejercida válidamente sobre personas cuya conducta involucra de modo obvio la satisfacción del interés público."

3.1. La relación de confianza abogado-cliente y el deber de secreto profesional

Como sabemos, la relación abogado-cliente no constituye un mero arrendamiento de servicios sino que se caracteriza por ser una relación donde la confianza es el pilar fundamental en el que se cimenta, dado que una de las partes confiesa sus más oscuras intimidades y secretos a la otra con el fin de que el abogado pueda defender convenientemente sus intereses personales. Tanto es así, que el artículo 4 del Código Deontológico (CD) precisa que la relación entre cliente y abogado se fundamenta en la confianza y exige de éste una conducta profesional íntegra, que sea honrada, leal, veraz y diligente. Y, en base a ello, el abogado está obligado a no defraudar la confianza de su cliente y a no defender intereses en conflicto con los de aquél.

Pues bien, para salvaguardar esta confianza se impone el deber de secreto profesional del abogado. Así, el artículo 5.1 del CD dispone que la confianza y confidencialidad en las relaciones entre cliente y abogado, ínsita en el derecho de aquél a su intimidad y a no declarar en su contra, así como en derechos fundamentales de terceros, impone al abogado el deber y le confiere el derecho de guardar secreto respecto de todos los hechos o noticias que conozca por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, sin que pueda ser obligado a declarar sobre los mismos como reconoce el artículo 542.3 LOPJ. Por otra parte, el artículo 13.1 del CD dispone que la relación del Abogado con el cliente debe fundarse en la recíproca confianza.[50]

En cuanto al alcance del deber de secreto profesional, el artículo 5.2 del CD afirma que *"El deber y derecho al secreto profesional del abogado comprende las confidencias y propuestas del cliente, las del adversario, las de los compañeros y todos los hechos y documentos de que haya tenido noticia o haya recibido por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación*

50. Dicha relación puede verse facilitada mediante la suscripción de la Hoja de Encargo.

profesional".[51] En este sentido, la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) de 22 abril 1997, expone que se *"considera materia reservada las conversaciones y la correspondencia, debiendo desde luego entenderse como tal, [...] la documentación habida entre Abogados que no ha sido firmada y por lo tanto también el borrador [...], que constituye la manifestación o concreción de un intercambio de opiniones, pareceres y propuestas, razón determinante de que no pueda limitarse aquella reserva a las meras conversaciones orales y a la correspondencia personal"*.[52]

En relación con el ámbito objeto de nuestro estudio, nos interesa destacar el artículo 5.4 CD que prescribe que: *"Las conversaciones mantenidas con los clientes, los contrarios o sus abogados, de presencia o por cualquier medio telefónico o telemático, no podrán ser grabadas sin previa advertencia y conformidad de todos los intervinientes y en todo caso quedarán amparadas por el secreto profesional."* Conforme a dicho tenor literal, podemos entender ínsito en el concepto de medio telemático, las comunicaciones que se produzcan a través de todo tipo de herramientas tecnológicas.[53] Profundizaremos más adelante sobre su idoneidad. Asimismo, *"En todo caso, el abogado deberá hacer respetar el secreto profesional a su personal y a cualquier otra persona que colabore con él en su actividad profesional"* (art. 5.6 del CD). Resultando éste por lo que nos interesa, especialmente apli-

51. Existen una serie de excepciones al deber de guardar secreto profesional. Así, la Ley General Tributaria establece en su artículo 93.1 que las personas físicas o jurídicas estarán obligadas a proporcionar a la Administración tributaria toda clase de datos con trascendencia tributaria relacionados con el cumplimiento de sus obligaciones tributarias o deducidos de sus relaciones económicas, profesionales o financieras con otras personas. No obstante, aclara su apartado quinto que la obligación de los demás profesionales de facilitar información con trascendencia tributaria a la Administración tributaria no alcanza a los datos privados no patrimoniales que conozcan por razón del ejercicio de su actividad cuya revelación atente contra el honor o la intimidad personal y familiar ni a aquellos datos confidenciales de sus clientes de los que tengan conocimiento como consecuencia de la prestación de servicios profesionales de asesoramiento o defensa. Obviamente, los profesionales no podrán invocar el secreto profesional para impedir la comprobación de su propia situación tributaria.
52. En igual sentido, la STSJ de Cataluña, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4a) 888/2000 de 15 septiembre y la STSJ de Cantabria, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1a) 10/2007 de 12 enero.
53. Como por ejemplo correo electrónico, de aplicaciones de mensajería instantánea como WhatsApp, de software que permita la comunicación de texto, voz y vídeo como Skype, de redes sociales como Faceboock, Linkedln Google+, Xing, Instagram, Tuenti, etc.

cable a los colaboradores digitales como en el supuesto de que se empleen servicios de *cloud computing*.[54] En relación con estos dos últimos apartados las nuevas tecnologías cobran una especial transcendencia, consecuentemente el celo desplegado por el abogado cuando emplee medios telemáticos en estos ámbitos deberá ser máximo a fin de salvaguardar el secreto profesional.[55]

Además, numerosos preceptos del EGAE se refieren al secreto profesional, citándolos por orden: el art. 21.b), que establece la prohibición de compartir locales o servicios con profesionales incompatibles, si ello afectare a la salvaguarda del secreto profesional; el art. 25.2.a), según el cual se considera contrario a las normas deontológicas la publicidad que suponga revelar directa o indirectamente hechos, datos o situaciones amparados por el secreto profesional; el art. 28.2, referente al ejercicio colectivo de la Abogacía y en el que se señala que no se podrá compartir locales o servicios con profesionales incompatibles, si ello afectare a la salvaguarda del secreto profesional; el art. 32, relativo en su apartado primero a la inexistencia de la obligación de declarar de los abogados y en su apartado segundo al registro del despacho profesional del abogado (concretamente en él se estipula que de acuerdo con al actual art. 542.3 LOPJ *"los abogados deberán guardar secreto de todos los hechos o noticias que conozcan por razón de cualquiera de las modalidades de su actua-*

54. El Cloud computing se define como "un modelo de prestación de servicios tecnológicos que permite el acceso bajo demanda y a través de la red de un conjunto de recursos compartidos y configurables (como redes, servidores, capacidad de almacenamiento, aplicaciones y servicios) que pueden ser rápidamente asignados y liberados con una mínima gestión por parte del proveedor de servicios." COMISIÓN JURÍDICA DEL CGAE: "Informes no 3/2011: Utilización del cloud computing por los despachos de abogados", en Informes 2011, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 29 a 42. Disponible en la URL: **http://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2012/07/Libro-Informes-2011-Comision-Juridica- indices1.pdf** (con acceso el 24.02.2015).

55. Además, estos deberes de secreto profesional permanecen incluso después de haber cesado en la prestación de los servicios al cliente (art. 5.7 del CD) Por tanto, vemos, que el deber de secreto profesional goza de un carácter reforzado que perdura en el tiempo.

ción profesional, no pudiendo ser obligados a declarar sobre los mismos".[56] En el caso de que el Decano de un Colegio fuere requerido en virtud de norma legal o avisado por la autoridad judicial, o en su caso gubernativa, competente para la práctica de un registro en el despacho profesional de un abogado, deberá personarse en dicho despacho y asistir a las diligencias que en el mismo se practiquen, velando por la salvaguarda del secreto profesional (art. 32.2). Como reflexión personal, y extrapolándolo al tema que nos ocupa, teniendo en cuenta que muchos documentos jurídicos que empleamos los abogados ya no están en formato papel sino que se encuentran informatizados y digitalizados, consideramos oportuno que se haga extensiva dicha cláusula al registro de los archivos digitales con independencia de que éstos se encuentren recopilados en medios físicos (como el ordenador), depositados en sistemas de almacenamiento externo (como por ejemplo, en discos duros externos, Usbs, Cds, o Dvds), o ubicados en sistemas de almacenamiento remoto (como por ejemplo, en la *nube*); máxime cuando, como veremos, en el horizonte planea la inminente implantación del expediente electrónico. Consideramos imprescindible que se incluya la mención de la presencia del Decano como garante del secreto profesional de terceros no vinculados con los hechos que se investigan en caso de "registros digitales". Obviamente, no sería operativo que el Decano tuviera que supervisar el contenido de cada archivo que se abriese, entre otras cosas, porque el hecho de que un documento digitalizado sea o no relevante para una investigación es una cuestión que deberá dilucidar el juez a posteriori. No obstante, consideramos que podrían instituirse ciertos protocolos de salvaguarda del secreto. Así, por ejemplo, se podrían listar,

56. El artículo 416 de Lecrim, dispone que está dispensado de la obligación de declarar el abogado del procesado respecto a los hechos que éste le hubiese confiado en su calidad de defensor. Por su parte, el artículo 371 de la Lec, estipula que cuando, por su estado o profesión, el testigo tenga el deber de guardar secreto lo manifestará razonadamente y el tribunal, considerando el fundamento de la negativa a declarar, resolverá, mediante providencia, lo que proceda en Derecho. Por su parte, el artículo 307.1 de la Lec, respecto a la negativa a declarar, indica que "Si la parte llamada a declarar se negare a hacerlo, el tribunal la apercibirá en el acto de que, salvo que concurra una obligación legal de guardar secreto, puede considerar reconocidos como ciertos los hechos a que se refieran las preguntas, siempre que el interrogado hubiese intervenido en ellos personalmente y su fijación como ciertos le resultare perjudicial en todo o en parte."

bajo la supervisión del Decano, los archivos a los que se accede, así como relacionar las personas que han tenido acceso a los documentos para que sea posible su trazabilidad en caso de su filtración posterior, y que el acceso se produjese con todas las garantías procesales necesarias que evitasen la alteración de dichos documentos digitales (debiendo realizarse en ese momento un *backup* de los archivos que se llevan los investigadores a fin de garantizar el estado en el que se encontraba el archivo en ese momento). En definitiva, se precisa la actualización de esta norma que a la luz de las nuevas tecnologías ha quedado un tanto obsoleta.

Finalmente, el EGAE en virtud de su artículo 42.1 es obligación del abogado respecto de su defendido el cumplimiento de la misión de defensa que le sea encomendada con el máximo celo y diligencia y guardando el secreto profesional.

En definitiva, vemos que a lo largo del EGAE el deber de secreto profesional sale a colación en numerosas ocasiones, prueba de la preocupación que genera y del peso que tiene para el correcto desempeño profesional de la Abogacía.

Por otra parte, en relación con el secreto profesional, al margen de las normas disciplinarias, los abogados están obligados a observar la LOPD y su normativa de desarrollo.[57] En este punto, hemos de destacar que el acceso a los datos que tienen los abogados se caracteriza generalmente como medio o alto,[58] y aquí hay que tener en cuenta las vulnerabilidades del uso de las nuevas tecnologías.[59] Asimismo, hay que recordar un pequeño detalle que no es baladí y es que los abogados deben tener muy presente que hay redes sociales como F*acebook*, que entienden que por el hecho de estar ubicadas en EEUU no observan la

57. Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, (RDLOPD).
58. Puede consultarse al respecto la clasificación efectuada por ÁLVAREZ HERNANDO, J.: "Abogados..., op. cit., p. 11.
59. Como manifiesta LLANEZA, "La mayor parte de las redes sociales son de uso gratuito. Sin embargo, por este motivo, la expectativa de privacidad es muy baja y el riesgo de incurrir en infracciones relativas a protección de datos puede aumentar." LLANEZA, P.: "Guía de buenas..., op. cit., p. 20.

LOPD, lo que ya nos da una pista sobre lo poco recomendable que es usar estas redes para temas confidenciales.

Por otra parte, atendiendo a la jurisprudencia, el secreto profesional ha sido calificado de "piedra angular de la Abogacía", así lo han destacado el TS en su sentencia (Sala de lo ContenciosoAdministrativo, Sección 6ª) de 3 marzo 2003. La transgresión del secreto profesional puede conllevar no solo un ataque contra el derecho a la intimidad, derecho recogido en el artículo 18 de la CE, sino que puede acarrear una vulneración del derecho de defensa del cliente amparado constitucionalmente en su artículo 24,[60] si se desvela por ejemplo, un dato de importancia de cara al juicio y se perjudica a nuestro cliente.

Al margen de la LOPD, nuestro CP también se ha ocupado de la revelación del secreto ajeno, en sus artículos 197 a 201.[61] Y de la revelación de actuaciones procesales declaradas secretas en su artículo 466.[62] Como vamos a ver, en función del sujeto activo que lleva a cabo la conducta, será de aplicación uno u otro artículo. No obstante, debemos resaltar que en virtud del artículo 201 CP se exige denuncia del agraviado o de su representante legal[63], aunque en su apartado segundo indica que no será necesaria para proceder cuando el sujeto activo sea una autoridad o funcionario público ni cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas. Tenemos que indicar también que el perdón del ofendido o de su representante legal, en su caso, extingue la acción penal.

60. Respecto del mismo destacar que tal como manifiesta la Instrucción de la Fiscalía 8/2004 "el Derecho de defensa es un derecho sagrado, quizás el más sagrado de todos los derechos de la Justicia". En iguales términos se ha pronunciado nuestro TS en sus SSTS de la Sala de lo Penal 851/1993 de 12 abril, 2320/1993 de 18 octubre, y más recientemente la 263/2013 de 3 abril. Ubicados en su Título X bajo la rúbrica de "Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio", en su Capítulo I dedicado al "descubrimiento y revelación de secretos".
61. Ubicados en su Título X bajo la rúbrica de "Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio", en su Capítulo I dedicado al "descubrimiento y revelación de secretos".
62. Ubicado en su Título XX bajo la rúbrica de "Delitos contra la Administración de Justicia", en su Capítulo VII dedicado a la "obstrucción a la Justicia y la deslealtad profesional".
63. Cuando aquélla sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal.

El extenso y casuístico artículo 197 CP castiga, en su primer apartado,[64] a quien con la finalidad de descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento cometa las siguientes conductas alternativas: se apodere de sus papeles, cartas, e-mails o cualesquiera otros documentos o efectos personales; intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación.

En su apartado segundo, impone las mismas penas a quien, sin estar autorizado, se apodere, utilice o modifique, en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado. Y a quien sin estar autorizado, acceda por cualquier medio a los mismos y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero.[65] En relación con esto, como ha expuesto COTS MARFIL, «es requisito sine qua non que los datos estén incorporados a ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier tipo de archivo o registro público o privado (de tipo convencional y no automatizado)».[66] Sin el mismo nos encontramos extramuros del ámbito penal persiguiéndose estas conductas únicamente por vía administrativa a través de la LOPD.

Si los hechos descritos en estos dos primeros apartados se realizan por las personas encargadas o responsables de los ficheros, soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, archivos o registros, se impondrá

64. Con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.
65. Dicho párrafo contempla la tutela penal de la libertad informática que ha sido denominada por el Tribunal Constitucional alemán como "habeas data" o "derecho a la autodeterminación informática" Sentencia del Tribunal Constitucional Federal de la República Federal de Alemania «Bundesverfassungsgericht» de 15 de diciembre de 1983, por la que se declara parcialmente contraria a la Constitución alemana la Ley del Censo de Población de 4 de marzo de 1982. Al respecto puede consultarse a SÁNCHEZ BRAVO, A. A.: La protección del derecho a la libertad informática en la Unión Europea, Universidad de Derecho, Serie Derecho, no 75, 1998, p. 66 a 69. Disponible en la URL: **https://books.google.es/books?isbn=8447204936** (con acceso el 07.10.2014).
66. COTS MARFIL, A.: "Una aproximación al artículo 197.2 del Código Penal vigente", Actualidad Jurídica Aranzadi, no 757 (2008), p. 2.

una pena agravada,[67] pena que si esos datos reservados se difunden, ceden o revelan será aún mayor.[68]

El tercer apartado fue introducido en el CP en 2010 estas conductas se les denominan *hacking*. Normalmente este artículo no se suele aplicar puesto que la mayoría de las conductas conllevan las circunstancias descritas en sus siguientes apartados. Así, se castiga[69] a quien por cualquier medio o procedimiento y vulnerando las medidas de seguridad establecidas para impedirlo, acceda sin autorización a datos o programas informáticos contenidos en un sistema informático o en parte del mismo o se mantenga dentro del mismo en contra de la voluntad de quien tenga el legítimo derecho a excluirlo.

En caso de tratarse de personas jurídicas responsables también está prevista su punición.[70]

En el supuesto de que además los datos o hechos descubiertos o las imágenes captadas se difundan, revelen o cedan a terceros, se prevé una pena agravada,[71] incluso si el sujeto no ha tomado parte en su descubrimiento pero conoce su origen ilícito y realiza estas conductas.[72]

Asimismo, cuando todos estos hechos afecten a datos de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual, o la víctima fuere un menor de edad o un incapaz, se impondrán las penas previstas en su mitad superior; también si los hechos se realizan con fines lucrativos. Si se dan ambas circunstancias está prevista una pena agravada.[73]

67. Pena de prisión de tres a cinco años.
68. Se impondrá la pena en su mitad superior.
69. Con pena de prisión de seis meses a dos años.
70. Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31.bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en este artículo, se le impondrá la pena de multa de seis meses a dos años. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66.bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.
71. Se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años.
72. En este caso la pena es de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses.
73. Se impondrá la pena de prisión de cuatro a siete años.

Finalmente, si los hechos descritos en los apartados anteriores se cometiesen en el seno de una organización o grupo criminales, se aplicarán respectivamente las penas superiores en grado (art.197.8).

El artículo 198 CP se refiere a que el secreto sea revelado por autoridad o funcionario público.[74] Más de nuestro interés resulta el artículo 199 del CP que castiga[75] a aquellas personas que revelaren secretos ajenos de los que tenga un conocimiento por razón de su oficio o por su relación laboral. Mientras que si quien divulgue los secretos de otra persona es un profesional con incumplimiento de su obligación de sigilo o reserva (como sería el caso de los abogados), se prevé una pena agravada que por supuesto incluye la inhabilitación especial.[76] Éste sería el caso de que un abogado revelase los secretos a él confiados por su cliente ya sea en el marco de una contratación directa (abogado por cuenta propia) o en el marco de una relación laboral (si, por ejemplo, ha tenido conoci-

74. Concretamente dispone si fuera de los casos permitidos por la Ley estos sujetos prevaliéndose de su cargo, realizare cualquiera de las conductas descritas serás castigados con las penas previstas en su mitad superior y, además, con la de inhabilitación absoluta por tiempo de seis a doce años.
75. Con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses.
76. Este profesional será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para dicha profesión por tiempo de dos a seis años. Como indica NIELSON SÁNCHEZ, "En materia penal ha mantenido el nuevo Código el carácter de secreto de los hechos revelados para incurrir en el tipo penal. Esto no es así, desde el punto de vista deontológico, campo en el que no se necesita que el hecho sea secreto para que concurra el deber de no revelarlo." NIELSON SÁNCHEZ, S.: Manual de Deontología para abogados, Editorial La Ley, Madrid, 2012, p. 135.

miento no directamente a través del cliente, sino por trabajar por cuenta ajena en el despacho profesional al que ha acudido el mismo).[77]

Por otra parte, el artículo 466 CP prevé específicamente el supuesto de que el abogado revele actuaciones que hayan sido declaradas secretas. Si comete esta conducta un abogado o procurador, será castigado con las penas de multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo, cargo público, profesión u oficio de uno a cuatro años.[78] Y es que como apunta BOMBILLAR SÁENZ, «La finalidad de este secreto de sumario para las partes es impedir injerencias en el desarrollo del proceso judicial, especialmente en lo que se refiere a la recogida de pruebas, incluyendo la posible *contaminación* de testigos, la imparcialidad

77. La STS (Sala de lo Penal, Sección 1a) 302/2008, de 27 mayo, condenó a dos abogados como autores del delito 199.2 CP. Éstos revelaron una serie de e-mails con contenido sexual explícito, con objeto de obligar a una parte a renunciar a sus derechos sucesorios legítimos en la herencia de su padre o, en caso contrario, harían llegar el contenido a su esposo y a la esposa de la persona con la que, al parecer, mantenía relaciones. Para esta sentencia, en su FJ 7, "resulta incuestionable que los letrados, conociendo por su condición de profesionales que los datos no podían ser utilizados para chantajear a una persona, sin grave quebranto de sus deberes deontológicos, los recibieron, los conocieron, no rechazaron su utilización y además valiéndose de su condición profesional, elemento típico del art. 199.2, los utilizaron sin reparos, conscientes de la ilegalidad que estaban cometiendo para conseguir unos fines absolutamente ilícitos sobre la conminación de difundir los secretos conocidos exclusivamente por su actividad profesional." Más recientemente, la SAP de Las Palmas (Sección 1a) 117/2013 de 10 junio, ha condenado a una abogada por un delito de revelación de secretos del art. 199.2 CP por utilizar en una vista de medidas provisionales documentación reservada del marido de su defendida, obtenida de manera ilícita por ésta última. Concretamente, en su FJ 9, expone que "no cabe limitar la acción de divulgar secretos a los que afecten al cliente, sino a cualquier persona cuyo descubrimiento ilícito les conste, pues el abogado ostenta un específico deber de guardar sigilo respecto de este tipo de datos, impuesto por sus normas deontológicas, y muy especialmente por el art. 542.3 de la LOPJ." Finalmente, en su FJ 7, la sentencia apunta que "el conocimiento jurídico de lo que puede o no ser utilizado en beneficio del cliente viene justamente impuesto por los deberes deontológicos que le son exigibles." Vemos, por tanto, que el incumplimiento de guardar secreto por parte de los abogados no sólo acarrea consecuencias disciplinarias sino que puede conllevar también consecuencias penales.

78. Si esta conducta es realizada por cualquier otro particular que intervenga en el proceso, la pena se impondrá en su mitad inferior. Si la revelación de las actuaciones declaradas secretas fuese realizada por el Juez o miembro del Tribunal, representante del Ministerio Fiscal, Secretario Judicial o cualquier funcionario al servicio de la Administración de Justicia, se le impondrán las penas previstas en el artículo 417 CP en su mitad superior.

del juez o jurado y la garantía de los derechos de las partes (la presunción de inocencia, pero también los derechos a la defensa o a la acusación)».[79]

Así, en el supuesto de que el delito fuere público, en virtud del artículo 302 de la Lecrim el Juez de instrucción (a propuesta del Ministerio Fiscal, de cualquiera de las partes personadas o de oficio) podrá declarar mediante auto, el secreto de las actuaciones (de manera total o parcial).

Para terminar, hemos de comentar que la comisión de estos delitos conlleva la obligación de reparación estipulada en el artículo 109 del CP. Este artículo establece, por tanto, la obligación de reparar los daños y perjuicios causados de conformidad con los artículos 116 a 122 CP (que aclaran qué personas son civilmente responsables). Por tanto, si un abogado incurre en uno de estos delitos le será exigible responsabilidades penales y civiles.

Por otra parte, uno de los medios más habituales a través del cual la relación de confianza abogado-cliente y el deber de secreto profesional pueden verse vulnerados es a través del correo electrónico. El correo electrónico es uno de los medios más usados por los abogados tanto para comunicarse con otros compañeros como con sus clientes, constituyendo una auténtica herramienta de trabajo. Jurídicamente, el secreto de estas comunicaciones se ve protegido por la CE en su artículo 18.3.[80] Como vemos, la CE consagra de un modo genérico el derecho al secreto de las comunicaciones. El legislador fue inteligente al dejar la puerta abierta a otros tipos de comunicación que pudieran desarrollarse en el futuro, motivo por el que es aplicable a las nuevas tecnologías.

Respecto a la interpretación jurisprudencial del citado precepto,

79. BOMBILLAR SÁENZ, F.M.: "La protección y tutela de los derechos fundamentales de la comunicación", en Elementos para el estudio del derecho de la comunicación. (Dirs. A, TORRES LÓPEZ, J.M. SOUVIRÓN MORENILLA, Y M.J., ROZADOS OLIVA), Editorial Tecnos, Madrid, 2014, p.84.

80. Ubicado dentro del capítulo segundo, denominado de los derechos y libertades en su sección 1a rubricado "de los derechos fundamentales y de las libertades públicas", concretamente dispone que "Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial." Otorgándole, por tanto, el rango de derecho fundamental, con todas las garantías que ello conlleva de conformidad con el artículo 53 de la CE (reserva de ley y tutela preferente y sumaria a través del recurso de amparo ante el TC).

el TC, en su sentencia 34/1996 de 11 marzo, FJ 4, dispone que: *"Este derecho, en su vertiente positiva pero implícita, consagra la libertad de las comunicaciones y explícitamente su reserva. El concepto jurídico de lo secreto, visto desde tal perspectiva, tiene un carácter formal, y abstracto en consecuencia, ya que se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido y pertenezca o no la comunicación misma al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado. Por otra parte, cubre no sólo el mensaje sino también, en su caso, otros aspectos suyos y, entre ellos, la identidad de los interlocutores o los corresponsales. En definitiva, se pretende garantizar así la impenetrabilidad de la comunicación por terceros con eficacia erga omnes, tanto para los ciudadanos de a pie como para los agentes de los poderes públicos y abstracción hecha de la dimensión material del secreto», lo que se transmite (STC 114/1984)."* Por tanto, el secreto de las comunicaciones se predica respecto de todos los medios de comunicación y es extensible a los nuevos medios que surjan, por lo que a nosotros nos interesa aquí estaría comprendido cualquier medio de comunicación.[81]

Respecto al correo electrónico, como matiza FERNÁNDEZ ESTEBAN, el secreto a las comunicaciones no se agota en el proceso de transmisión, se extiende también a los mensajes recibidos y guardados, amparados por la misma protección que a la comunicación aún en tránsito. En palabras del TC (STC 114/1984 y ATC 30/1998), el bien constitucionalmente protegido puede vulnerarse tanto por la interceptación (aprehensión física del soporte del mensaje o captación de otra forma del proceso de comunicación) como por el simple conocimiento antijurídico de lo

81. Por otra parte, comentar que relacionado con esto, la obligación de garantía del secreto de las comunicaciones se extiende a todos los operadores y servicios de comunicaciones electrónicas, así se ha dispuesto en la Ley 9/2014, de 9 mayo General de Telecomunicaciones, que entró en vigor muy recientemente el 11 de mayo de 2014 y que dedica dentro del Título III "Obligaciones de servicio público y derechos y obligaciones de carácter público en la explotación de redes y en la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas" su Capítulo III al "Secreto de las comunicaciones y protección de los datos personales y derechos y obligaciones de carácter público vinculados con las redes y servicios de comunicaciones electrónicas", preceptuando su artículo 39.1 que: "Los operadores que exploten redes públicas de comunicaciones electrónicas o que presten servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público deberán garantizar el secreto de las comunicaciones de conformidad con los artículos 18.3 y 55.2 de la Constitución, debiendo adoptar las medidas técnicas necesarias."

comunicado (apertura de la correspondencia ajena guardada por su destinatario, por ejemplo).[82]

Dicho esto, pasamos a analizar si el uso del correo electrónico ofrece la seguridad necesaria como para que el abogado cumpla con sus obligaciones deontológicas. En este sentido, FERNÁNDEZ ESTEBAN expone muy bien el funcionamiento del correo electrónico haciendo una interesante reflexión sobre el mismo. Frente a las comunicaciones tradicionales como las cartas, un rasgo del correo electrónico es que, salvo que su contenido (no sólo el cuerpo del texto, sino también datos externos de la comunicación como la dirección de correo desde la que se emite el mensaje, la dirección a la que se envía, la hora de la comunicación, el asunto o el nombre de las personas remitentes y destinatarias) se haya protegido con una técnica de cifrado, el mismo puede ser fácilmente leído por el responsable del servicio (*postmaster*).[83] En definitiva, para cumplir adecuadamente con los deberes de secreto profesional, los abogados deberían habituarse a emplear sistemas de cifrado, salvaguardando de este modo los datos de sus clientes y consecuentemente dando cumplimiento a lo preceptuado tanto en la LOPD como en las normas deontológicas. En este sentido, tenemos que señalar que los Colegios Profesionales suelen ofrecer un correo corporativo que incorpora sistemas de cifrado, cuyo uso es altamente recomendable.

82.FERNÁNDEZ ESTEBAN, M. L.: "Estudio de la jurisprudencia constitucional y ordinaria sobre el secreto a las comunicaciones entre particulares, en especial en el ámbito de la empresa", Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil, no 3, (2000), p. 6.
83. Ibidem, pp. 23 y 24.

3.2. La publicidad del Abogado y las Nuevas Tecnologías

Otro de los ámbitos al que debemos hacer referencia en relación al a bogado y las nuevas tecnologías es la publicidad, pues ante ella se ha abierto un nuevo mundo: el mundo digital. En primer lugar, hay que decir que tradicionalmente se ha discutido si un abogado debía o no publicitarse y en qué formas estaba moralmente admitido que lo hiciera y cuales otras, por el contrario, suponían una auténtica transgresión de las normas deontológicas y del espíritu mismo de la Abogacía. Actualmente, el debate se encuentra resuelto, se permite la publicidad pero con una serie de limitaciones. Relacionado con esto interesa destacar como apunta MORENO LISO que« "Según la Teoría Económica la publicidad puede fomentar la competencia. No sólo sirve para captar clientes, sino que informa a los consumidores sobre los servicios que se ofrecen y les permite tomar decisiones con mayor conocimiento. [...] la publicidad, en sí misma, si respeta la legislación general que prohíbe la publicidad falsa o engañosa y respeta el secreto profesional, puede contribuir a desarrollar los servicios legales de forma más actualizada e innovadora, incluso puede evitar muchos litigios en los Tribunales. No hay que olvidar que el abogado es un importante eslabón de la cadena de la Justicia, dado que su asistencia o consejo evita, en muchas ocasiones, la presencia de las partes en un proceso judicial».[84]

La comunicación comercial es una manifestación del derecho a la libertad de expresión que puede verse restringida por razones justificadas, idóneas y proporcionadas con la instauración de ciertas limitaciones. La STEDH, de 24 de febrero de 1994, asunto *Casado Coca* pone de manifiesto, en su considerando 51, que: *"Para el ciudadano, la publicidad*

84. De hecho el propio CGAE ha lanzado varias campañas publicitarias institucionales en medios de comunicación nacional para promover la labor del abogado en la declaración de la renta, y otra campaña bajo el slogan: "¿Ha pensado que un abogado puede evitarle ir a juicio?" en febrero y octubre de 2002, respectivamente. MORENO LISO, L.: "Las nuevas orientaciones..., op. cit., p. 15.

constituye un medio para conocer las características de los servicios y los bienes que le son ofrecidos. No obstante, a veces puede ser objeto de restricciones destinadas, especialmente, a impedir la competencia desleal y la publicidad falsa o engañosa. En ciertos contextos, incluso la publicación de mensajes publicitarios objetivos y verídicos podría sufrir limitaciones encaminadas al respeto de los derechos ajenos o basadas en las particularidades de una actividad comercial o de una profesión determinada. Requieren, sin embargo, un atento control por el Tribunal, el cual debe sopesar las exigencias de las mencionadas particularidades con la publicidad en cuestión y, a tal efecto, considerar la sanción incriminada a la luz del conjunto del asunto".

En nuestro caso, como ha expresado el TEDH, las limitaciones vendrían dadas por el ejercicio de una profesión determinada: la Abogacía. Consecuentemente, debido a la especial trascendencia social de la misma el EGAE regula en su artículo 25 la publicidad y las conductas que se consideran contrarias a las normas deontológicas[85]. Dichas normas son plenamente aplicables a cualquier tipo de publicidad con independencia del medio a través del cual se perpetre. La inobservancia de los requisitos especificados en el artículo 25 conlleva que dicha conducta sea calificada como muy grave de conformidad al artículo 84.b) del EGAE o como infracción grave de conformidad con el artículo 85.e) del EGAE.

85. El artículo 25 EGAE dispone que: "1. El abogado podrá realizar publicidad de sus servicios, que sea digna, leal y veraz, con absoluto respeto a la dignidad de las personas, a la legislación sobre publicidad, sobre defensa de la competencia y competencia desleal, ajustándose, en cualquier caso, a las normas deontológicas. 2. Se considerará contraria a las normas deontológicas de la abogacía la publicidad que suponga: a) Revelar directa o indirectamente hechos, datos o situaciones amparados por el secreto profesional. b) Incitar genérica o concretamente al pleito o conflicto. c) Ofrecer sus servicios, por sí o mediante terceros, a víctimas de accidentes o desgracias, a sus herederos o a sus causahabientes, en el momento en que carecen de plena y serena libertad para la elección de abogado por encontrarse sufriendo dicha reciente desgracia personal o colectiva. d) Prometer la obtención de resultados que no dependan exclusivamente de la actividad del abogado. e) Hacer referencia directa o indirecta a clientes del propio abogado. f) Utilizar los emblemas o símbolos colegiales y aquellos otros que por su similitud pudieran generar confusión, al reservarse su uso para la publicidad institucional que pueda realizarse en beneficio de la profesión en general. 3. Los abogados que presten sus servicios en forma permanente u ocasional a empresas individuales o colectivas deberán exigir que las mismas se abstengan de efectuar publicidad respecto de tales servicios que no se ajuste a lo establecido en este Estatuto General."

Por su parte, el CD también hace referencia a las materias de publicidad y competencia desleal en sus artículos 7 y 8 respectivamente que también habrán de ser observados.[86]

86. El artículo 7 CD estipula que: "1. El abogado podrá realizar publicidad, que sea digna, leal y veraz, de sus servicios profesionales, con absoluto respeto a la dignidad de las personas, a la legislación existente sobre dichas materias, sobre defensa de la competencia y competencia desleal, ajustándose en cualquier caso a las normas deontológicas recogidas en el presente Código y las que, en su caso, dicte el Consejo Autonómico y el Colegio en cuyo ámbito territorial actúe. 2. Se entiende que vulnera el presente Código Deontológico, aquella publicidad que comporte, entre otros supuestos: a) Revelar directa o indirectamente hechos, datos o situaciones amparados por el secreto profesional. b) Afectar a la independencia del abogado. c) Prometer la obtención de resultados que no dependan exclusivamente de la actividad del abogado que se publicita. d) Hacer referencia directa o indirectamente a clientes del propio Abogado que utiliza la publicidad o a asuntos llevados por éste, o a sus éxitos o resultados. e) Dirigirse por sí o mediante terceros a víctimas de accidentes o desgracias que carecen de plena y serena libertad para la elección de abogado por encontrarse en ese momento sufriendo una reciente desgracia personal o colectiva, o a sus herederos o causahabientes. f) Establecer comparaciones con otros abogados o con sus actuaciones concretas o afirmaciones infundadas de auto alabanza. g) Utilizar los emblemas o símbolos colegiales y aquellos otros que por su similitud pudieran generar confusión, ya que su uso se encuentra reservado únicamente a la publicidad institucional que, en beneficio de la profesión en general, sólo pueden realizar los Colegios, Consejos Autonómicos y el Consejo General de la Abogacía Española. h) Incitar genérica o concretamente al pleito o conflicto. i) Utilizar medios o expresiones, audiovisuales o escritos que supongan un descrédito, denigración y menosprecio de la Abogacía, de la Justicia y de sus símbolos. j) No identificar al Abogado o Bufete Colectivo que ofrece sus servicios. k) Utilizar medios o contenidos contrarios a la dignidad de las personas, de la Abogacía o de la Justicia."
Por su parte, el artículo 8 CD hace referencia a la competencia desleal e indica que: "1. El Abogado no puede proceder a la captación desleal de clientes. 2. Son actos de competencia desleal todos aquellos que contravengan las normas tanto estatales como autonómicas que tutelen la leal competencia y en especial los siguientes: a) La utilización de procedimientos publicitarios directos e indirectos contrarios a las disposiciones de la Ley General de Publicidad, y a las normas específicas sobre publicidad contenidas en el presente Código Deontológico y restantes normas complementarias. b) Toda práctica de captación directa o indirecta de clientes que atenten a la dignidad de las personas o a la función social de la Abogacía. c) La utilización de terceros como medio para eludir las obligaciones deontológicas. Se considerará responsable al abogado o abogados favorecidos por tal publicidad en caso de incumplimiento del art. 28.3 del Estatuto General de la Abogacía Española en tanto no acrediten su total ajeneidad y su dimisión inmediata del encargo profesional al tener conocimiento de aquella. d) La percepción o el pago de contraprestaciones infringiendo las normas legales sobre competencia y las establecidas en este Código Deontológico. e) La contravención de los artículos. 15 y 16 de este Código, y/o la prestación de servicios gratuitos que suponga la venta a perdida en los términos establecidos en el artículo 17 de la Ley de Competencia Desleal."

Tal y como expone MORENO LISO, «En España, en un principio, el Tribunal de Defensa de la Competencia admitía restricciones publicitarias en la prestación de servicios jurídicos, pero con el nuevo siglo dio un giro total a su parecer. [...]. Señala que no puede entenderse una economía de mercado sin publicidad y que ésta es inherente en aquélla. Califica a los abogados de "operadores económicos que, como el resto, deben tener autonomía plena en sus actuaciones con trascendencia económica, lógicamente con las limitaciones del marco legal vigente". Además, llamaba la atención sobre los efectos que tal prohibición o restricción puede tener sobre los consumidores y la barrera de entrada que puede suponer para los nuevos letrados. [...] La misma evolución ha experimentado el TS».[87]

Tratado el tema de la publicidad en general, nos ocupamos ahora de la publicidad a través de las nuevas tecnologías: nos encontramos en una sociedad cada vez más digitalizada donde mucha gente está acostumbrada a trabajar, estudiar, comprar e incluso en buena medida a relacionarse *on-line*. Se estima que este grupo de personas irá aumentándo paulatinamente junto con el crecimiento de la sociedad, pues las nuevas generaciones (en especial, los nativos digitales), acostumbran a usar más y más estas herramientas tecnológicas. Pues bien, entendemos que si Internet va a ser el medio natural de una parte importante de la población, los abogados debemos estar presentes en él e ir a buscar también clientes en ese medio. No se trata de que desterremos las relaciones personales *vis a vis*, ni mucho menos, sino de complementar las mismas de cara a potenciales clientes. Sobre todo, cuando el proceso de búsqueda es a la inversa, (esto es, cuando es el cliente quien busca al abogado en Internet), si no nos visualizamos en este mundo digital, obviamente,

87. MORENO LISO, L.: "Las nuevas orientaciones..., op. cit., pp. 15 y 16. Además, el citado autor analiza el caso de la Sentencia de 29 de mayo de 2001, que se pronuncia sobre "la legalidad de la sanción impuesta a un Abogado del Colegio de Barcelona que había remitido un mailing a personas que no eran sus clientes, ofreciendo sus servicios como especialista en materia de expropiaciones, haciendo constar los nombres y direcciones de personas a quienes había llevado asuntos en esa materia y los éxitos que habían alcanzado con su mediación. El TS consideró que la conducta del abogado resultaba prohibida porque se proyectaba específicamente a la captación desleal de clientes, sancionada por el art. 6 de la Ley General de Publicidad."

no podrá encontrarnos porque sencillamente para él no existimos. Quizá esta búsqueda por parte del cliente tradicionalmente se hacía, (aparte de a través del boca a boca) por medio de las *páginas amarillas*; En este sentido, podríamos decir que los buscadores de Internet han sustituido a las ya anticuadas *páginas amarillas*; Probablemente hace unos años la mayoría de los abogados se anunciaban en las mismas. Entonces, ¿Por qué no acudir a los nuevos buscadores digitales para publicitarse sobre todo teniendo en cuenta la ingente cantidad de información que indexan los mismos? (Hasta 60 trillones de sitios web, en el caso de Google).[88] Teniendo en cuenta estas magnitudes, resulta evidente el impacto de publicitarse a través de las nuevas tecnologías. Es más, en palabras de GAYO, hoy en día, «no hacer marketing jurídico en el actual contexto competitivo que viven los despachos de abogados equivale a perder buena parte de la capacidad de desarrollar negocio. [...] Las redes sociales son ya una realidad extendida entre los despachos de abogados pero aún muchos pequeños despachos se resisten a su uso a pesar de que son un magnífico escaparate y un importante vehículo de captación de nuevos clientes».[89] Máxime teniendo en cuenta la gratuidad de abrir un perfil corporativo en ciertas redes. Por lo tanto, es muy recomendable hacernos visibles en la red.

Por otra parte, existen diversas formas de hacer marketing jurídico a través de Internet, mediante el uso de redes sociales, páginas webs corporativas, blogs personales, etc. A su vez, las técnicas son variadas, y pueden consistir en la mera publicidad o en facilitar informaciones adicionales con contenido jurídico (como por ejemplo en la redacción de artículos, consejos prácticos, comentarios de normas o sentencias, entrevistas, retransmisión de su participación como ponente en jornadas o congresos, etc.) y esto puede hacerse en formato texto o en formato vídeo. Seguidamente vamos a analizar algunos de ellos destacando sus ventajas e inconvenientes:

88. Según cifras publicadas en el decimoquinto aniversario del nacimiento de la empresa. TOURIÑO, A.: "El derecho al olvido..., op. cit.
89. GAYO, M. H.: "Marketing jurídico, también para pequeños despachos", Actualidad Jurídica Aranzadi, no 892, (2014) p. 1 y 3.

1) En primer lugar, respecto al *videomarketing,* GAYO comenta que: «Para entender el éxito de esta herramienta es necesario remitirse a su componente audiovisual y sus innumerables ventajas, entre las que se encuentra el alto grado de impacto que genera en el cliente la imagen, su capacidad de generar feedback, y para ser recordado [...] el videomarketing es una herramienta consolidada en diferentes sectores, aunque parece que no lo es tanto dentro del sector legal. Pocos son los despachos de abogados que realizan presentaciones online de sus negocios y pocos los abogados que se atreven a mirar directamente a cámara para generar negocio».[90] En este sentido, podríamos plantearnos el uso de este método como modo de destacarnos en el océano jurídico, sobre todo, en el caso de los nuevos abogados que se lanzan a la apasionante aventura del ejercicio profesional de la Abogacía. Además, el *videomarketing* es especialmente útil para mejorar el posicionamiento dentro de los buscadores de la página web del abogado y permite generar viralidad.[91]

Sin duda, estas herramientas pueden suponer un beneficio para el abogado, pero su conducta publicitaria deberá cumplir con lo preceptuado en las normas deontológicas a fin de no incurrir en una infracción disciplinaria. Conviniendo con MORENO LISO, «la generalización de las nuevas tecnologías el control de la publicidad de los abogados va a ser cada vez más difícil. [...] el papel de los Colegios de Abogados va a ser determinante. Tendrán que vigilar la publicidad en Internet de sus colegiados porque el buen y el mal uso de los instrumentos de publicidad siempre existieron y siempre existirán. La línea de división entre la publicidad-información y la publicidad-captación es muy tenue y a menudo los escrúpulos tienden a ser olvidados. El abogado que decida tener su site o participar en un portal jurídico puede hacerlo pero acatando

90. GAYO, M. H.: "Videomarketing, ¿se atreven los despachos de abogados?, Actualidad Jurídica Aranzadi, no 886, (2014), p.1.
91. Afirma GAYO que: "a través de los vídeos el despacho de abogado conseguirá no sólo estar mejor posicionado en los buscadores tradicionales, sino también en otros canales, como YouTube. No es éste un canal menor: más de mil millones de usuarios visitan YouTube cada mes y los usuarios ven más de 6 mil millones de horas de vídeo mensuales, lo que equivale a un mercado de oportunidades en un momento, como el actual, que se ha vuelto especialmente competitivo para los despachos de abogados." Ibidem, p. 2.

parámetros éticos de discreción y moderación que evitan conductas poco éticas de captación indiscriminada y abusiva clientela denigrando la buena imagen que, por ahora, tiene la Abogacía española».[92] Por lo tanto, entendemos que se requerirá un esfuerzo adicional por parte de los Colegios de Abogados en el control de la publicidad a través de las nuevas tecnologías.

Por otra parte, teniendo en cuenta que nos movemos en un contexto globalizado, la mencionada autora apunta un problema muy interesante y es la cuestión de la existencia de una pluralidad de legislaciones

92. Destaca además que así lo reconoce el TEDH en su sentencia de 24 de febrero de 1994 y el TS en su Sentencia de 3 de marzo de 2003. "El primero manifiesta que la reglamentación de la publicidad en la profesión de Abogado, varía de un país a otro en función de sus tradiciones culturales, aunque se aprecia en la mayor parte de los países europeos una tendencia a la flexibilización, promovida principalmente por los cambios sociales y el importante papel de los medios de comunicación. Es por ello que modestamente entiende que son las autoridades judiciales nacionales las que conocen la realidad social y se encuentran mejor colocadas para valorar «el justo equilibrio entre los diversos intereses en juego: el imperativo de la buena administración de justicia, la dignidad de la profesión, el derecho de toda persona a recibir información sobre asistencia jurídica y la posibilidad de un abogado de hacer publicidad de su despacho»" MORENO LISO, L.: "Las nuevas orientaciones..., op. cit., pp. 16 y 17.

estatales que pueden ocasionar discriminaciones entre los abogados de los distintos Estados miembros.[93]

2) En segundo lugar, otra de las formas de hacer publicidad es a través de blogs jurídicos, «el posicionamiento en buscadores acerca a los despachos de abogados a sus propios nichos de mercado y, sobre todo, facilita la creación de una marca y un prestigio profesional que son clave para el buen funcionamiento del negocio. Y entre todas las herramientas y oportunidades al alcance de los abogados destaca una: el blog jurídico [...] los blogs son hoy una herramienta fundamental para atraer potenciales clientes pero además a través de él es posible conectar con otros profesionales [...] por lo que puede convertirse en una importante fuente de networking, [...] permite una retroalimentación, [...] es una herramienta única y privilegiada para posicionarse en los buscadores».[94]En nuestra opinión, es cierto que esta herramienta exige una

93. En este sentido, aboga por encontrar un equilibrio entre la publicidad y la deontología "teniendo presente que la Abogacía del siglo XXI presta un servicio a una Sociedad avanzada, englobada en la denominada Sociedad del conocimiento, [...] Ese equilibrio sólo podrá alcanzarse a través del consenso de todos los Consejos Generales de la Abogacía. El CCBE ejercería un buen papel de intermediario entre los países más abiertos a la publicidad y los más cerrados. [...] es preciso adaptar la normativa de forma armonizada. Si las directrices comunitarias prosperan, se exigirá una redacción totalmente nueva del art. 80 del EOA y una modificación del 25 EGAE." Relacionado con esto pone de manifiesto que las diferentes normas deontológicas de los Estados ocasionan situaciones discriminatorias y se pregunta "¿Qué normas tiene que cumplir un abogado que se desplaza temporal o permanentemente a un Estado distinto al que le habilitó como profesional? [...] Si tuviera que contemplar ambas ¿qué norma prevalece cuando la publicidad se practica en la Red? Los abogados que ejerzan con su título de origen quedan sujetos a las mismas normas profesionales y deontológicas que rijan para los abogados del Estado miembro de acogida, con respecto a todas las actividades que ejerzan en el territorio de dicho Estado (art. 6.1 de la Directiva 98/5). Por tanto, si el país de origen prohíbe la publicidad y el de acogida la permite, el abogado desplazado podrá anunciar sus servicios únicamente en este último Estado. Se pretende evitar así el tema de la doble deontología. El problema surge cuando la publicidad se realiza a nivel mundial, en Internet, donde la territorialidad no existe. [...] ¿Y si se crean delegaciones o sucursales del bufete en distintos Estados miembros? [...] Es una cuestión aún sin resolver y que, si realmente se quiere ofrecer un verdadero Espacio Jurídico Europeo, debe solucionarse a nivel comunitario." MORENO LISO, L.: "Las nuevas orientaciones..., op. cit., pp. 18 y 19.
94. GAYO, M. H.: "Blogs jurídicos, nuevos aliados para generar negocio.", Actualidad Jurídica Aranzadi, no 895, (2014), pp. 1 y 2.

inversión de tiempo, a fin de que lo que publiquemos tenga una cierta calidad jurídica, pero precisamente por este motivo (además de su finalidad publicitaria) puede considerarse una oportunidad para el abogado como ejercicio personal de actualización y documentación del mismo, contribuyendo a su formación continuada.

3) En tercer lugar, otra de las formas de hacer publicidad es a través de *Twitter*.[95] Se trata de una comunidad virtual donde el número de perfiles jurídicos es cada vez más elevado, lo que implica, como relata BIURRUN ABAD, que «unido al gran número de ciudadanos que siguen cuentas vinculadas al mundo legal, Twitter se conforme como un espacio de oportunidades para el desarrollo de la marca profesional del abogado o del despacho».[96] No obstante, debemos de tener presente que «es en *Twitter* donde más conflictos se producen entre la esfera privada y profesional debido a la inmediatez de su uso».[97]

Para finalizar, quisiera llamar la atención sobre la bidireccionalidad de estas herramientas. Es evidente que el marketing *on-line* ofrece grandes ventajas (en cuanto que es accesible a un mayor número de usuarios y puede comportar también un portal de información para los internautas, contribuyendo de esta forma a la formación jurídica de la sociedad). Pero hay que tener en consideración que a través estas herramientas sus usuarios pueden replicarnos y criticarnos (tanto positivamente como negativamente). En definitiva, hay que estar preparado para responder a los comentarios que puedan dirigirnos manteniendo la compostura y corrección que requiere nuestra función para no dañar la buena imagen de la Abogacía.

95. Es un servicio de microblogging, donde los usuarios pueden publicar en red un texto con un máximo de 140 caracteres, denominados tweets o tuits.
96. BIURRUN ABAD, F.: "Abogados en Twitter", Actualidad Jurídica Aranzadi, no 894, (2014).
97. LLANEZA, P.: "Guía de buenas..., op. cit., p. 17.

04 Cambios metodológicos en el ejercicio profesional

La Abogacía es una profesión de continuo estudio e investigación que exige que sus componentes mantengan una actitud jurídica activa, encontrándose permanentemente al corriente de la normativa en vigor y al día en la investigación jurisprudencial, conociendo la interpretación otorgada a dichas normas por jueces y tribunales, a fin de poder alegarlas oportunamente en los escritos que formulan. En este sentido, es claro que las nuevas tecnologías en general, y las bases de datos en particular, proporcionan una gran ayuda al abogado. Incluso, ciertos dispositivos (como las *tablets* o los ordenadores portátiles) permiten la movilidad del abogado y pueden ser de gran apoyo durante el desarrollo del juicio, ya que posibilitan la consulta inmediata de aquello que está citando el compañero pero que en ese momento no se recuerda, o se recuerda pero se desea buscar rápidamente un contraargumento[98] sobre el mismo. Además, varias herramientas informáticas (como páginas webs, blogs jurídicos o bases de datos), han desencadenado una

98. Por su parte, TORRUBIA puntualiza que el sector jurídico es "considerado uno de los más lentos en adaptarse a las nuevas tecnologías. [...] Todavía son pocos los abogados que ejercen en despachos virtuales, si bien la Abogacía es una profesión que presenta un perfil muy propicio para beneficiarse de esta imparable revolución tecnológica." TORRUBIA, B.: "Primera Jornada de Abogacía Virtual", IDP. Revista de Internet, Derecho y Política, núm. 16, enero-junio, (2013), p. 98. Disponible en la URL: **http://journals.uoc.edu/index.php/idp/article/view/n16-torrubia/n16-torrubia-es** (con acceso el 18.01.2015).

auténtica revolución, tanto en la enseñanza como en la investigación y en la práctica jurídica. En definitiva, podríamos afirmar que asistimos a un proceso de reinvención de las formas de trabajar de los abogados. En esta nueva metodología del trabajo del abogado, Internet cobra un papel transcendental, conviniendo con LÓPEZ ÁLVAREZ, ORTEGA GIMÉNEZ, y BILBAO ESTRADA, «Internet es el protagonista absoluto de la llamada Sociedad de la Información, [...] se dispone, 'a golpe de ratón', de noticias, artículos, textos legales, jurisprudencia, etc. Internet nos ofrece herramientas jurídicas que pueden ser de notable interés para un jurista en el desarrollo de su actividad profesional».[99]

Asimismo, como gestores de la información facilitada por sus clientes, los abogados manejamos una gran cantidad de datos y documentos. Esta ardua tarea se puede ver facilitada por el uso de las nuevas tecnologías, en concreto gracias al empleo de las bases de datos y de los programas de gestión documental. Es obvio, que a mayor cantidad de información cuanto mejor clasificada se encuentre más rápido será su acceso. En este sentido, el manejo de las herramientas tecnológicas supone una ventaja, pero si no se emplean adecuadamente, pueden conllevar infracciones de la LOPD y del deber deontológico de secreto profesional que incumbe a los abogados. Tal y como manifiesta CASAS DOMÍNGUEZ, «Son muchos los sectores que requieren una correcta gestión documental para su funcionamiento. La Abogacía está entre ellos, y con mayor motivo pues para los abogados no sólo supone eficacia en la atención del cliente y prevenir riesgos, sino que es parte importante del cumplimiento legal y ético que exige su profesión. [...] Los documentos son una constante en la vida profesional del abogado. Se puede afirmar que, de uno u otro modo, todos los abogados en ejercicio hacen gestión documental: buscan, crean, utilizan, relacionan entre sí, firman,

99. LÓPEZ ÁLVAREZ, A., ORTEGA GIMÉNEZ, A. y BILBAO ESTRADA, I.: "Planteamiento", en Guía de herramientas informáticas para juristas. (Coords. A, LÓPEZ ÁLVAREZ, A. ORTEGA GIMÉNEZ, e I. BILBAO ESTRADA), Editorial Club Universitario, San Vicente (Alicante), 2007, pp. 3 y 4.

archivan y custodian documentos de manera intensiva».[100] En este contexto, es muy importante que esa gestión documental se realice con seguridad. Hace unos años, cuando no existían los documentos digitalizados y se trabajaba sólo en formato papel, el deber de custodia y de secreto se podía garantizar depositando los mismos bajo candado impidiendo así, de un modo genérico, el acceso por parte de terceros (salvo que un diestro ladrón, que por otra parte tenía que personarse en el despacho, forzase ese candado). Pero, con la era digital, garantizar ese deber de seguridad no es tan sencillo, de modo que se ha visto multiplicado de forma exponencial el número de posibles ladrones (antes el ladrón para robar precisaba personarse físicamente en el despacho, sin embargo, ahora puede tener acceso a nuestros documentos desde la comodidad de su hogar). Para evitar desagradables sorpresas y salvaguardar nuestros documentos digitales, se requiere, por tanto, una cierta inversión tecnológica así como una asunción de responsabilidad adicional por parte del abogado quien está llamado a adoptar conductas responsables. Esa asunción de responsabilidad pasa por un cambio de mentalidad, concienciándonos de que debemos o bien utilizar únicamente ciertos dispositivos para trabajar (asimilando que exclusivamente son herramientas de trabajo) o bien extremar nuestras precauciones a la hora de descargar e instalar programas y/o aplicaciones en nuestros dispositivos. En este sentido, nos gustaría llamar clamorosamente la atención sobre los *smartphones* (o teléfonos inteligentes) y las *tablets* y sus respectivas aplicaciones (Apps) que están tan de moda y que tan a la ligera se descargan. En este sentido, muchísimas aplicaciones a la hora de ser instaladas requieren diversos permisos (como por ejemplo, autorizaciones de acceso a la lista de contactos, detección de llamadas salientes y entrantes, acceso al calendario, a nuestra galería de imágenes, etc.). En nuestra opinión, esa serie de permisos "aparentemente inocuos" comportan que a la empresa diseñadora de la aplicación se le

100. CASAS DOMÍNGUEZ, I.: "Del archivo tradicional al digital: beneficios de la gestión documental para los despachos de abogados", Página Web del Consejo General de la Abogacía Española, (Sección Red Abogacía). Disponible en la URL: **http://www.abogacia.es/2014/04/30/el-derecho-al-olvido-y-a-la- intimidad-en-internet/** (con acceso el 18.01.2015).

están cediendo esos datos, lo que colisiona frontalmente con el deber de secreto profesional. Como ejemplo de esta situación podríamos pensar en que una aplicación precisase para ser instalada acceder a la lista de contactos. En este punto, hay que tener en cuenta que en las tarjetas de contacto el usuario del teléfono puede añadir notas de información adicional (piénsese, por ejemplo, que un abogado añadiese una nota que indicase "Manolo: procedimiento de divorcio" o "demanda de paternidad por hijo no reconocido" o "acusado de conducir ebrio" o "juicio por maltrato para el día 15" etc.). Obviamente, todas estas situaciones suponen una vulneración de la intimidad de nuestro cliente y un daño extremadamente grave a su imagen; y, claro está, que si el cliente conociera que cedemos esos datos a terceras empresas su confianza en nosotros se vería profundamente decepcionada. Otro ejemplo que en la práctica podría ocurrir, sería que para ser instalada una aplicación ésta requiriese acceso al calendario en el que el abogado ha señalado los juicios que tiene programados. No es difícil imaginar aquí otras situaciones similares a las anteriores. En virtud de lo expuesto, hemos de enfatizar que las brechas de seguridad en este sentido son importantes y evidentes, por lo que entendemos que el abogado debe ser muy cuidadoso a la hora de instalar estas aplicaciones en sus dispositivos. Lo ideal, en nuestra opinión, sería emplear un dispositivo exclusivo para el ejercicio profesional que se mantuviese totalmente aséptico y otro distinto para el uso personal.

Relacionado con la distinción de uso personal y profesional aunque atendiendo a un tema distinto, CASAS DOMÍNGUEZ destaca que la frágil línea que separa ambos mundos «lleva aparejados riesgos para el abogado, el despacho y el cliente. Riesgos que se hacen evidentes en situaciones como el robo o extravío de dispositivos [...] En estas circunstancias, centralizar el sistema de gestión documental sobre una plataforma (en la nube o no) aporta seguridad, siempre que la centralización vaya acompañada de medidas específicas (niveles de encriptación de las comunicaciones, bloqueo automático de los dispositivos por inactividad, borrado en remoto en caso de robo, etc.), de unas claras políticas de

utilización y de una selección certera del proveedor tecnológico».[101] Por otra parte, apunta la mencionada autora que la gestión documental supone la aparición de «nuevas formas de prestación del servicio, como la creación de espacios on-line compartidos con el cliente, quien puede seguir por esta vía sus asuntos o acceder de modo ágil, controlado y seguro a la documentación sobre la que se trabaja, o revisar borradores y escritos».[102]

Por lo tanto, podemos concluir que una adecuada gestión documental, al margen de brindar seguridad, ofrece otros atractivos como procurar un cuidado más atento y completo a nuestro cliente, logrando una mayor satisfacción del mismo y aumentando, consecuentemente la calidad de nuestro trabajo.

Por otra parte, las nuevas tecnologías también han influido de manera decisiva en la metodología de la investigación jurídica (investigación aplicable tanto a la docencia como a la práctica jurídica),[103] de modo que hoy en día podemos acudir a numerosas páginas webs de contenido jurídico,[104] tanto de carácter público como por ejemplo:

- La página Web de la Unión Europea donde entre otras cosas se puede acceder a legislación (Tratados, Reglamentos, Directivas y otros actos legislativos) y jurisprudencia de la Unión Europea,

101. Ibidem.
102. Ibidem.
103. Por su parte, MARTÍNEZ MARTÍNEZ afirma que "La organización del despacho ha evolucionado a ritmos agigantados. La diversidad organizativa del abogado individual a la sociedad profesional, pasando por los casos en los que profesionales independientes comparten recursos y se auxilian mutuamente en sus encargos, incide directamente en el tratamiento de la información. Por otra parte, el uso intensivo de las tecnologías de la información y las comunicaciones se ha consolidado en todos los ámbitos. Los repertorios jurisprudenciales en formato papel han pasado a poseer un valor meramente decorativo" MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R.: "La protección de datos en los despachos de abogados.", Actualidad Jurídica Aranzadi, no 829 (2011), p. 1.
104. Muchas otras herramientas pueden consultarse en el trabajo de SERRANO ACITORES, A.: "Docencia, praxis jurídica y aplicaciones informáticas", Ponencia en las V Jornada sobre Docencia del Derecho y Tecnologías de la Información y la Comunicación desarrolladas por la UOC. Disponible en la URL: **http://www.uoc.edu/portal/_resources/CA/documents/campus_pau/simposia/Antonio_Serrano_Comunic acixn.pdf** (con acceso 18.01.2015)..

etc.[105] De igual forma, en la página Web del Diario de la Unión Europea.[106]

- La página Web *Curia*, donde se pueden consultar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, Tribunal General y Tribunal de la función pública de la Unión Europea.[107]
- La página web del BOE, que además de al mismo, da acceso a los Boletines autonómicos, al Boletín Oficial del Registro Mercantil, a una base de datos de legislación, a compendios de códigos electrónicos gratuitos, o a diversos Anuarios (de Derecho Civil, de Filosofía del Derecho, Historia del Derecho Español y Derecho Penal y Ciencias Penales).[108]
- La página Web del CGAE, que ofrece noticias de interés relacionadas con el ejercicio de la Abogacía, facilita un compendio de normativa relacionada con el ejercicio profesional, reúne una recopilación diaria de las novedades legislativas; acceso a interesantes informes, a su revista jurídica, a *newsletters*, al censo de letrados, a las direcciones y datos de contacto de todos los Colegios de Abogados de España, y a la plataforma de justicia gratuita; facilita una calculadora de tasas judiciales, programas de formación continua *on-line*, etc.[109]
- La página Web del Consejo General del Poder Judicial. Destaca de esta página su base de datos *on-line* CENDOJ y el acceso gratuito a la Revista del Poder Judicial.[110]
- La página Web de la Fiscalía, donde se puede tener acceso a las
- Memorias de la Fiscalía General del Estado, Circulares, Consultas e Instrucciones, Documentos del Consejo Fiscal, estudios doctrinales, así como documentación y normativa agrupada por bloques temáticos que hacen muy accesible su navegación

105. Disponible en la URL: **http://europa.eu/index_es.htm** (con acceso 15.01.2015).
106. Disponible en la URL: **eur-lex.europa.eu/oj/direct-access.html?locale=es** (con acceso 15.01.2015).
107. Disponible en la URL: **http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/** (con acceso 15.01.2015).
108. Disponible en la URL: **http://www.boe.es/** (con acceso 15.01.2015).
109. Disponible en la URL: **http://www.abogacia.es/** (con acceso 15.01.2015).
110. Disponible en la URL: **http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/e-Justicia/Servicios-informaticos** (con acceso 15.01.2015).

(entre ellas destacar por el ámbito de nuestro estudio la sección de criminalidad informática).[111]

- La página Web del Consejo General del Notariado, que permite la localización de notarías, acceso así como la consulta de su revista y a noticias de interés jurídico.[112]
- La página Web de los Registradores de España, que aparte de ofrecer información sobre trámites, permite, entre otras cosas, localizar los diversos registros, solicitar notas simples y certificaciones a través de Internet, acceso a la revista de Registradores de España, solicitar notas informativas de vehículos a motor, consulta de información relativa a entidades inscritas en los Registros Mercantiles, consultar en tiempo real información registral sobre las sociedades inscritas en los registros que están en situación concursal o la presentación telemática de documentos.[113]
- La página Web de la Seguridad Social, que ofrece normativa y trámites para realizar en línea, entre otras cuestiones.[114]
- La página Web de la Agencia Tributaria, que da acceso a modelos y formularios de la agencia tributaria, normativa y criterios interpretativos, trámites on-line etc. [115]

Y de carácter privado, como por ejemplo y por citar sólo algunas de las más destacadas:

- La página Web Dialnet de la Universidad de la Rioja que dispone de un buscador de artículos doctrinales algunos de los cuales son accesibles a texto completo. [116]
- La página Web de Noticias Jurídicas, que ofrece una base de datos de legislación, jurisprudencia, artículos doctrinales y de actualidad jurídica etc.[117]

111. Disponible en la URL: **https://www.fiscal.es/** (con acceso 15.01.2015).
112. Disponible en la URL: **http://www.notariado.org/liferay/web/notariado/inicio** (con acceso 15.01.2015).
113. Disponible en la URL: **http://www.registradores.org/** (con acceso 15.01.2015).
114. Disponible en la URL: **http://www.seg-social.es/Internet_1/index.htm** (con acceso 15.01.2015).
115. Disponible en la URL: **http://www.agenciatributaria.es/** (con acceso 15.01.2015).
116. Disponible en la URL: **http://dialnet.unirioja.es** (con acceso 15.01.2015).
117. Disponible en la URL: **http://noticias.juridicas.com/** (con acceso 15.01.2015).

- La página Web de Google Académico donde se pueden encontrar diversos artículos y libros de carácter académico.[118]

Asimismo, son numerosos los programas que proliferan en el mercado para la gestión del despacho y que ofrecen una serie de herramientas integradas, como la llevanza de los libros de contabilidad, calculadora de minutas e intereses, integración con formularios procesales, etc. Su uso puede hacer más cómodo el desempeño profesional. Igualmente, sin la existencia de las conocidas bases de datos jurídicas[119] presentes en el mercado, la metodología de trabajo de los abogados sin duda sería bien distinta y mucho más ardua.

En definitiva, podemos concluir que las nuevas tecnologías han tenido un inmenso impacto en el modo de ejercer la Abogacía y en su metodología, incluso permitiendo la aparición de los despachos virtuales. La existencia de estos despachos no supone la desaparición del despacho tradicional, pero no podemos perder de vista esta nueva forma de ejercicio.

118. Disponible en la URL: **http://scholar.google.es/** (con acceso 15.01.2015).
119. Por citar algunas: Iustel, El Derecho, La Ley digital, Tirant Oline, V-Lex, Westlaw-Aranzadi, etc.

05 Nuevas relaciones con la administración de justicia

Otro de los ámbitos donde las nuevas tecnologías han supuesto un cambio radical para el ejercicio profesional de la Abogacía es en las relaciones con la Administración de Justicia. Esta es sin duda una de las innovaciones más destacadas.

De conformidad con el artículo 435 de la LOPJ, la Oficina judicial es la organización de carácter instrumental que sirve de apoyo a la actividad jurisdiccional de jueces y tribunales, la cual debe funcionar con criterios de agilidad, eficacia, eficiencia, racionalización del trabajo, responsabilidad por la gestión, coordinación y cooperación entre Administraciones, de manera que los ciudadanos obtengan un servicio próximo y de calidad, con respeto a los principios recogidos en la Carta de Derechos de los ciudadanos ante la Justicia. Pues bien, podríamos decir que para que sea posible ese servicio ágil, eficiente, eficaz, y de manera más obvia para que se produzca una adecuada coordinación y cooperación entre Administraciones, de forma que los ciudadanos obtengan un servicio próximo y de calidad, es fundamental que la Administración de Justicia se adapte a las nuevas tecnologías, pues no se trata sólo de que abogados y procuradores trabajen más cómodamente, sino que su adaptación repercute directamente en el ciudadano, al posibilitar una justicia más ágil, acortando los plazos de resolución de los procesos. En este sentido, podríamos hacer nuestro el aforismo de Sé-

neca de que «Nada se parece tanto a la injusticia como la justicia tardía». Ya desde hace unos años un sector doctrinal apuntaba que se debía proceder a la adaptación de la secretaría a las nuevas tecnologías, dotándolas «de los mejores y más modernos recursos informáticos y telemáticos disponibles, en un horizonte de digitalización total y desaparición del formato papel, abriendo paso a nuevas posibilidades de relaciones con la Administración de Justicia sin tener que acudir físicamente a los Juzgados y Tribunales salvo para los actos de juicio, lógicamente».[120] Por su parte, MORA RUIZ expresa su «absoluto convencimiento de que las Tecnologías de la Información y la Comunicación han de incorporarse al funcionamiento ordinario de los Juzgados y Tribunales»[121] Pues bien, en la introducción del presente trabajo ya apuntábamos que nos encontramos inmersos en pleno proceso de cambio en la estructuración y modernización de la Administración de Justicia. Dicha modernización afecta consecuentemente, a las relaciones de los abogados con la referida Administración. A estos efectos, se han llevado a cabo diversas iniciativas que suponen nuevos canales de comunicación entre ambos sectores. Entre las mismas destacamos las siguientes:

120. GONZÁLEZ ALONSO, A.: "La estrategia del cambio en la Administración de Justicia: La nueva oficina judicial.", Repertorio de Jurisprudencia, no 3, (2006), pp. 5 y 6.
121. MORA RUIZ, M.: "Los registros judiciales electrónicos", en Las Tecnologías de la Información y la Comunicación en la Administración de Justicia. Análisis sistemático de la Ley 18/2011, de 5 de julio. (Coords. E. Gamero Casado y J. Valero Torrijos), Editorial Aranzadi, Pamplona, 2012, p. 412.

5. 1. Lexnet

Lexnet es una plataforma en la que los órganos judiciales y los distintos operadores jurídicos pueden intercambiar de forma bidireccional y segura documentos judiciales (notificaciones, escritos y demandas). Según el Ministerio de Justicia, LexNet «se ha convertido en un instrumento de trabajo seguro tan habitual en el ámbito de las comunicaciones judiciales, como el teléfono, el fax o el correo electrónico. El sistema, que empezó a funcionar en el año 2004; cuenta con más de 40.000 usuarios, es utilizado en más de 2.600 órganos judiciales y ha permitido intercambiar más de 100.000.000 de mensajes».[122] Con estas cifras nos hacemos eco de su gran transcendencia. Además, Lexnet posibilita estas comunicaciones las 24 horas al día y los 365 días del año (aunque la presentación de documentos está sujeta a una normativa de registro específica). Se trata, por tanto, de un sistema que se encuentra operativo todos los días. Gracias a estas comunicaciones electrónicas se está consiguiendo la desaparición paulatina del formato papel sustituyendo dicha documentación física por el soporte digital. Esto no sólo conlleva facilidades en el trabajo de abogados y procuradores que se ven liberados de ciertos desplazamientos a las sedes físicas, sino que también supone

122. Ministerio de Justicia, Portal de Administración de Justicia, Disponible en la URL: **https://www.administraciondejusticia.gob.es/paj/publico/ciudadano/informacion_institucional/moderniza cion/modernizacion_tecnologica/infolexnet/que_es/!ut/p/c4/04_SB8K8xLLM9MSSzPy8xBz9CP0os3g_A1cj CydDRwMLY2cTA08ndwtnJw9XQwN3A_2CbEdFAHoJ5w0!/** (con acceso el 16.02.2015).

una implicación de los operadores jurídicos en el cuidado del medio ambiente.[123]

Por otra parte, la implantación de Lexnet está íntimamente relacionada con el expediente judicial electrónico. Antes de abordar su análisis, hay que decir que la base del mismo es el artículo 230 de la LOPJ, que otorga en su apartado primero a Juzgados y Tribunales la posibilidad de utilizar cualesquiera medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos, para el desarrollo de su actividad y ejercicio de sus funciones Con las limitaciones que a la utilización de tales medios establece la Ley, Con las limitaciones establecidas en la LOPD. Y en su apartado segundo propugna que los documentos emitidos por los anteriores medios, cualquiera que sea su soporte, gozarán de la validez y eficacia de un documento original siempre que quede garantizada su autenticidad, integridad y el cumplimiento de los requisitos exigidos por las leyes procesales. Ya más concretamente el artículo 26 de la LUTICAJ se refiere al expediente judicial electrónico, definiendo el mismo en su apartado primero como «el conjunto de documentos electrónicos correspondientes a un procedimiento judicial, cualquiera que sea el tipo de información que contenga». De conformidad con el apartado segundo, se asigna un número de identificación general a aquellos documentos que puedan generar un nuevo procedimiento (que será único e inalterable a lo largo de todo el proceso) permitiendo su identificación unívoca por cualquier órgano del ámbito judicial en un entorno de intercambio de datos.

Por su parte, lo dispuesto en el apartado tercero supone un cambio trascendental en el tratamiento de los expedientes judiciales. Atrás ha quedado el formato papel (aunque sea impreso) y, mucho más aún,

123. Además, como indica GARRIDO CARRILLO este sistema se ha "desarrollado por el Ministerio de Justicia con la finalidad de permitir la aplicación del artículo 162 LEC, [...] permite tanto la realización de actos judiciales de comunicación como la presentación de escritos y documentos por los profesionales del Derecho. Asimismo permite la comunicación segura con notarios, Registradores de la Propiedad y Mercantiles, centros administrativos (Administración Tributaria, Seguridad Social, etc.) y por ende con los propios ciudadanos directamente. GARRIDO CARRILLO, F. J.: "El secretario judicial, clave en el nuevo modelo de oficina judicial tecnológicamente avanzada", Revista de la Facultad de Derecho de la universidad de Granada, no 8, Derecho y nuevas Tecnologías, 2005, p. 97.

aquella época cuando los expedientes eran cosidos a mano. Ahora el foliado de los expedientes judiciales electrónicos se llevará a cabo mediante un índice electrónico[124] que garantizará la integridad del expediente y permitirá su recuperación siempre que sea preciso, siendo admisible que un mismo documento forme parte de distintos expedientes judiciales electrónicos.[125] Para finalizar, el citado artículo indica que la remisión de expedientes se sustituirá a todos los efectos legales por la puesta a disposición del expediente judicial electrónico, lo que supone un ahorro de tiempo (tanto por parte de los funcionarios judiciales como de abogados y procuradores), posibilitándose, de este modo, una justica más ágil al tiempo que un trato más respetuoso con el medioambiente.

Además, entre las ventajas del expediente electrónico RIVERO destaca, en primer lugar, el hecho de que permita su acceso a través de Internet ya que su gestión no está asociada a un soporte físico evitándose las incomodidades de desplazamientos y exigencias documentales abusivas; y, en segundo lugar, el hecho de que se puedan establecer enlaces a toda la documentación, lo que ha dado en llamar «hiper-expediente administrativo que permite el manejo simultáneo de los expedientes».[126]

124. Firmado por la oficina judicial actuante, según proceda.
125. Teniendo derecho a obtener copia electrónica del mismo todos aquellos que lo tengan conforme a lo dispuesto en las normas procesales.
126. RIVERO ORTEGA, R.: El expediente administrativo. De los legajos a los soportes electrónicos, Editorial Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2007, p. 167.

5.2. El Certificado Digital

El estado actual de la tecnología permite, gracias a los certificados digitales, el intercambio de documentos judiciales en formato electrónico, garantizando las premisas de seguridad exigidas por la ley (autentificación, confidencialidad, integridad, no repudio y fechado). Como comentamos al principio, el CGAE se constituyó en autoridad de certificación[127] bajo las siglas de ACA. Esta entidad confiable permite a los letrados acreditar su condición mediante el uso de certificados electrónicos y realizar así transacciones electrónicas.[128] Su actual papel en el trabajo de los abogados es fundamental. Se trata de una herramienta «especialmente útil en centros de detención y penitenciarios, en dependencias judiciales, así como en el entorno Internet. Incorpora en su chip el dispositivo seguro de creación de firma electrónica de la ACA. Es una firma reconocida que tiene el mismo valor que la firma manuscrita».[129] Asimismo, ACA también controla la emisión y gestión de certificados digitales plenamente válidos de acuerdo a lo dispuesto por la Ley de firma electrónica.[130]

En relación con esto, es importante destacar que según dispone la LUTICAJ, en su artículo 6.1: *"los profesionales de la justicia tienen el derecho a relacionarse con la misma a través de medios electrónicos."* Estableciéndose, en su apartado segundo, para el letrado un compendio de cinco derechos accesorios respecto del anterior, siendo imprescindible para

127. Por otra parte, "los distintos Colegios de Abogados son Autoridades de Registro Local con responsabilidad de alta y registro de los Abogados" GARRIDO CARRILLO, F. J.: "El secretario..., op. cit., p. 99.
128. En cuanto al servicio de presentación telemática de escritos y las notificaciones a través del programa Lexnet, puede consultarse el trabajo del CGAE, a través de la ACA que ofrece unos diagramas conceptuales de la presentación de escritos muy gráficos. CGAE.: "Integración de servicios de LexNet en la Extranet de la Abogacía: RedAbogacía & LexNet" Disponible en la URL: **http://www.icav.es/bd/archivos/archivo84.pdf?-nocache=0.500983** (con acceso el 13.02. 2015).
129. **http://www.abogacia.es/site/aca/autoridad-de-certificacion-de-la-abogacia/informacion-corporativa/** (con acceso el 15.02. 2015).
130. Ley 59/2003, de 19 de diciembre.

su ejercicio que los letrados acrediten su condición, lo que se logra a través del certificado de la ACA. Destaca entre esos derechos el derecho a la obtención de copias electrónicas. [131]

Pero lo que más nos interesa destacar es el artículo 6.3. de la LUTICAJ, que estipula que: «Los profesionales de la justicia, en los términos previstos en la presente Ley, tienen el deber de utilizar los medios electrónicos, las aplicaciones o los sistemas establecidos por las Administraciones competentes en materia de justicia, respetando en todo caso las garantías y requisitos previstos en el procedimiento que se trate». Por lo tanto, el derecho del abogado a relacionarse por medios electrónicos con la Administración de Justicia comporta, en realidad, un derecho-deber del abogado.

A mayor abundamiento, el artículo 36.3 de la LUTICAJ dispone que *"Los profesionales de la justicia presentarán sus demandas y otros escritos por vía telemática a través de los sistemas previstos en esta Ley, empleando firma electrónica reconocida."* Vemos que la ley utiliza un tono tajante, dice que los profesionales de la justicia 'presentarán' no que 'puedan presentar', no se trata, por tanto, de una posibilidad del abogado sino de una obligación que marca la ley. Obviamente, y como es lógico, aclara

131. El artículo 6.2 de la LUTICAJ establece que en relación con la utilización de los medios electrónicos en la actividad judicial los profesionales tienen los siguientes derechos: a) A acceder y conocer por medios electrónicos el estado de tramitación de los procedimientos en los que sean representantes procesales de la parte personada, b) A obtener copias electrónicas de los documentos electrónicos que formen parte de procedimientos en los que sean representantes procesales de la parte personada o acrediten interés legítimo, c) A la conservación en formato electrónico por la Administración de Justicia de los documentos electrónicos que formen parte de un expediente según la normativa vigente en materia de archivos judiciales. d) A utilizar los sistemas de firma electrónica del Documento Nacional de Identidad o cualquier otro reconocido, siempre que dicho sistema le identifique de forma unívoca como profesional para cualquier trámite electrónico con la Administración. A tal efecto, el Consejo General o el superior correspondiente deberá poner a disposición de las oficinas judiciales los protocolos y sistemas de interconexión que permitan el acceso necesario por medios electrónicos al registro de profesionales colegiados ejercientes previsto en el artículo 10 de la Ley de Colegios Profesionales, garantizando que en él consten sus datos profesionales, tales como número de colegiado, domicilio profesional, número de teléfono y de fax y dirección de correo electrónico. e) A la garantía de la seguridad y confidencialidad de los datos que figuren en los ficheros, sistemas y aplicaciones de la Administración de Justicia. Todo ello de conformidad con lo establecidos en la LOPD, en la LOPJ, y en las leyes procesales.

el artículo 33.5 de la LUTICAJ que *"los profesionales de la justicia deberán realizar sus comunicaciones por medios electrónicos cuando técnicamente estén disponibles."*

Nos podemos plantear entonces qué consecuencias jurídicas comporta la infracción de este precepto; Esta cuestión la aclara el artículo 43 de la LUTICAJ al referirse a la subsanación de actos procesales, pero deja muy claro que ésta no será siempre posible; en virtud del mismo, el incumplimiento del deber de uso de las tecnologías, por un profesional de la justicia en su primera comunicación con un órgano judicial podrá ser subsanado. A estos efectos, el órgano judicial concederá un plazo máximo de tres días con apercibimiento de que todas sus actuaciones ante ese órgano (en ese o en cualquier otro proceso), así como ante cualquier otro órgano del mismo partido judicial, deberán realizarse empleando medios electrónicos y de conformidad con la LUTICAJ. Si la subsanación no se efectúa en el plazo indicado, no será admitida. Es más, el párrafo tercero del citado artículo prescribe que no será preciso practicar requerimiento alguno cuando el profesional hubiera sido requerido en tal sentido por cualquier otro órgano judicial del mismo partido judicial, rechazándose de plano cualquier actuación que se trate de efectuar por medios distintos a los previstos en la LUTICAJ. Por tanto, vemos que la vulneración de la obligación de presentar los escritos vía electrónica (salvo que se trate de la primera comunicación realizada en un partido judicial) conlleva una consecuencia demoledora que es tener por no presentado el escrito en cuestión. Podemos concluir, por tanto, que la infracción de este deber acarrea consecuencias desastrosas para el abogado y su cliente, pudiendo exigir éste último responsabilidad por su actuación negligente al primero. De ahí, la urgencia de adaptarse a estos medios.

En cuanto a la entrada en vigor de la LUTICAJ, la misma prevé en su disposición final que lo hará el día siguiente al de su publicación en el BOE, la misma se efectúo el 6 julio de 2011,[132] pero su disposición adicional segunda preveía la adaptación a los sistemas de administración electrónica, señalando que para garantizar la efectividad del derecho a la

132. BOE de 6 julio de 2011, núm. 160.

tutela judicial, en el plazo de cinco años desde la entrada en vigor de la LUTICAJ, las Administraciones con competencia en materia de Administración de Justicia dotarían a las oficinas judiciales y fiscalías de sistemas de gestión procesal que permitan la tramitación electrónica de los procedimientos. Por lo tanto, el 6 de julio de 2016, la ley estará plenamente en vigor, razón de más para que los abogados se adapten a estas nuevas tecnologías con motivo del cambio que se avecina. Manejarse con estos medios electrónicos será imprescindible para el ejercicio profesional.

06 La responsabilidad del abogado ante un ciberataque

Por último, si el abogado hace uso de las nuevas tecnologías por las ventajas que conllevan, podríamos plantearnos si el mismo debe asumir algún tipo de responsabilidad ante un ciberataque. Los ciberataques se definen como conductas delictivas perpetradas por tercero que, en ocasiones, suponen sólo el entorpecimiento de los equipos informáticos o de la página web de la empresa (en nuestro caso, del despacho de abogados), y en otras, conllevan además el robo de datos o incluso su publicación. El segundo caso ya lo hemos analizado al hablar de los delitos de revelación de secretos. En cuanto al primer supuesto, el CP persigue los ciberataques en su artículo 264, que estipula en su apartado primero que se castigará[133] a quien por cualquier medio (sin autorización y de manera grave) borre, dañe, deteriore, altere, suprima, o haga inaccesibles datos, programas informáticos o documentos electrónicos ajenos, cuando el resultado producido fuera grave. Por su parte, el apartado segundo castiga[134] a quien por cualquier medio, sin estar autorizado y de manera grave obstaculice o interrumpa el funcionamiento de un sistema informático ajeno, introduciendo, transmitiendo, dañando, borrando, deteriorando, alterando, suprimiendo o haciendo inaccesibles datos informáticos, cuando el resultado producido fuera grave. Vemos

133. Con la pena de prisión de seis meses a dos años.
134. Con la pena de prisión de seis meses a tres años.

que con estas descripciones el legislador ha querido abarcar numerosas conductas. El apartado tercero indica que se impondrán las penas superiores en grado y además pena de multa[135] cuando en todas las conductas que hemos señalado concurra alguna de las siguientes circunstancias: que o bien se hubiesen cometido en el marco de una organización criminal o que se hayan ocasionado daños de especial gravedad o afectado a los intereses generales. Por su parte, el artículo 264.4 CP se refiere a la responsabilidad en el caso de personas jurídicas.[136]

En cuanto a nosotros, un ejemplo que podríamos pensar es el hecho de que un tercero bloqueara los equipos informáticos de un despacho de abogados; conducta que bajo nuestro punto de vista hubiera de ser calificada como grave e incluso como atentatoria contra los intereses generales, en cuanto que, en determinados casos, puede derivar en un atentado contra la tutela judicial efectiva. Por ejemplo, piénsese en el supuesto de que se bloquean los equipos o se borran sus datos y el abogado tiene señalado un juicio al día siguiente. Es más, entendemos que en esta circunstancia se podría considerar perjudicado no sólo al cliente sino a la propia Administración de Justicia pues dificulta su buena marcha. En este sentido, sería muy recomendable que los despachos de abogados además de tener instaladas las oportunas medidas de seguridad (antivirus actualizado, *firewall* etc.) efectuasen copias de seguridad o *backups* de sus archivos.

Asimismo, es claro que los ciberataques ocasionan una gran pérdida de reputación para un despacho de abogados pues, aunque sea un tercero el que delinca, conllevan por parte del cliente la pérdida de confianza en el mismo dado que es obvio que nadie contrataría a un abogado cuyos expedientes o anotaciones sobre un caso se ven publicados

135. Pena de multa del tanto al décuplo del perjuicio ocasionado.
136. Indica el art. 264.4 CP que: "Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31. bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en este artículo, se le impondrán las siguientes penas: a) Multa del doble al cuádruple del perjuicio causado, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de dos años. b) Multa del doble al triple del perjuicio causado, en el resto de los casos. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66.bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33."

(aunque sea por culpa de terceros) en Internet. En este punto, no podemos perder de vista que precisamente la relación abogado-cliente se fundamenta en la confianza, de conformidad con el artículo 4 y concordantes del CD que ya hemos analizado. Entendemos que no hay daño más grande para un abogado que la pérdida de confianza por parte de sus clientes.

Al margen de ello, podemos plantearnos si un despacho de abogados ante un ciberataque sufrido en sus equipos de trabajo puede tener algún tipo de responsabilidad. Está claro que la responsabilidad penal será del sujeto activo que ha cometido el delito, pero: ¿Qué pasa con la responsabilidad civil? ¿El abogado, como custodio de datos personales de sus clientes, puede tener algún tipo de responsabilidad si estos se ven publicados? Para contestar a estas preguntas hemos de tener presente el artículo 546 LOPJ, que dispone que los abogados y procuradores están sujetos en el ejercicio de su profesión a responsabilidad civil, penal y disciplinaria, según proceda. Por su parte, el EGAE también dedica varios preceptos a la responsabilidad del abogado. A lo largo del presente trabajo hemos resaltado la responsabilidad del mismo por vulneración de las normas deontológicas, interesa ahora resaltar las normas deontológicas que se refieren a la responsabilidad civil. En este sentido, el artículo 1.2 del EGAE señala que *"En el ejercicio profesional, el abogado queda sometido a la normativa legal y estatutaria, al fiel cumplimiento de las normas y usos de la deontología profesional de la abogacía y al consiguiente régimen disciplinario colegial."* Por lo tanto, como normativa legal, el abogado queda sujeto a las normas sobre responsabilidad contenidas en el Código Civil (CC).[137] Más concretamente, el artículo 78.2 del EGAE preceptúa que *"Los abogados en su ejercicio profesional, están sujetos a responsabilidad civil cuando por dolo o negligencia dañen los intereses cuya defensa les hubiere sido confiada, responsabilidad que será exigible conforme a la legislación ordinaria ante los Tribunales de Justicia, pudiendo establecerse legalmente su aseguramiento obligatorio".* Por lo tanto, la fundamentación de la responsabilidad civil la encontramos no solo en el propio CC sino en el EGAE. En relación con esto, acudiendo a las normas de

137. Real Decreto de 24 de julio de 1889, por el que se aprueba el Código Civil.

responsabilidad reguladas en el CC, hemos de referenciar los siguientes artículos:

- Art. 1.101 CC: *"Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas".*

- Art. 1.103 CC: *"La responsabilidad que proceda de negligencia es igualmente exigible en el cumplimiento de toda clase de obligaciones; pero podrá moderarse por los Tribunales según los casos".*
- Art. 1.104 CC: *"La culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. Cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia".* Especialmente queremos poner el énfasis sobre este artículo, dado que sobre los abogados pesa la obligación legal de guardar secreto. Al margen de que dicha responsabilidad se derive si quien desvela el secreto es el abogado, nos podemos plantear qué pasa si es un tercero quien roba y/o publica los datos confidenciales de los clientes. En este segundo supuesto, habrá que atender a si se ha producido una omisión en la diligencia debida del abogado para imputarle responsabilidad. Para valorar esa diligencia (que en el caso que nos ocupamos es de carácter informático), habrá que analizar si el abogado tenía instalados en su equipo de trabajo sistemas de seguridad tales como antivirus o *firewall*, si disponía de claves de seguridad en

sus archivos, si observaba la LOPD,[138] o si por el contrario tenía instalados programas de dudosa procedencia, etc. En función de estos parámetros podríamos valorar el proceder del abogado y si ha actuado de forma diligente o lo que es lo mismo conforme a la *lex artis ad hoc*, como custodio de los datos de sus clientes. Hemos de manifestar que no se trata de que el abogado se convierta en un ingeniero informático, sino que ante las nuevas tecnologías el mismo actúe diligentemente y, en definitiva, aplicando el sentido común. Además, como se ha señalado por parte de la doctrina, *"Esta obligación debe ponderarse de acuerdo con varios factores: el estado de la tecnología, la naturaleza de los datos y los riesgos a los que éstos se encuentren expuestos. Por tanto, las medidas deben ser proporcionadas y adecuadas al caso concreto"*.[139]

Interesa aquí plantearnos qué tipo de obligación es la obligación de seguridad de los datos. En este punto, de acuerdo con el criterio mantenido por la AEPD y la doctrina de la Audiencia Nacional (AN), *"la obligación impuesta en virtud del principio de seguridad de los datos no es una obligación de medios, sino de resultado. No basta, por tanto, con la mera implantación o aplicación formal de las medidas de seguridad (obligación de medios), sino que las medidas adoptadas han de ser eficaces en la práctica, impidiendo de forma efectiva la alteración, pérdida, tratamiento o acceso no autorizado a los datos personales por parte de terceros (obligación de*

138. Este deber de diligencia se deriva también del artículo 9 de la LOPD que se refiere a la seguridad de los datos y dispone que el responsable del fichero, y, en su caso, el encargado del tratamiento deberán adoptar las medidas de índole técnica y organizativas necesarias que garanticen la seguridad de los datos de carácter personal y eviten su alteración, pérdida, tratamiento o acceso no autorizado, habida cuenta del estado de la tecnología, la naturaleza de los datos almacenados y los riesgos a que están expuestos, ya provengan de la acción humana o del medio físico o natural. El apartado segundo indica que no se registrarán datos de carácter personal en ficheros que no reúnan las condiciones dispuestas en el RDLOPD con respecto a su integridad y seguridad y a las de los centros de tratamiento, locales, equipos, sistemas y programas. Y el apartado tercero que reglamentariamente se establecen los requisitos y condiciones que deban reunir los ficheros y las personas que intervengan en el tratamiento de los datos. Los mismos vienen indicados en el RDLOPD.

139. ISMS Forum Spain- ENATIC: La responsabilidad..., op. cit., p. 51.

resultado).[140] *[...] No obstante, tal y como ha mantenido la AEPD en línea con los pronunciamientos de la Audiencia Nacional (AN)141, pese a tratarse de una obligación de resultado, no se trata de una obligación absoluta. Así, no cabría imputar los hechos al responsable del fichero cuando, habiendo éste adoptado las medidas técnicas y organizativas necesarias y adecuadas para garantizar la seguridad de los datos personales, la intrusión se debe a una actividad ilegal por parte de terceros con elevados conocimientos informáticos."*[142]

Por último, hay que apuntar que el artículo 1.105 CC dispone que nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse o, que, previstos, fueran inevitables[143]. Un ejemplo aplicable a nuestro caso sería que se robasen los datos del sistema del despacho gracias a un nuevo virus informático. Obviamente, en estos casos no será exigible responsabilidad alguna del abogado pues se considera que el mismo ha actuado de forma diligente.

Por otra parte, nos podríamos plantear si cabe aplicar a los abogados la normativa en materia de consumo. Para responder a esta cuestión debemos acudir al Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios[144] (TRLGDCU) que dispone que será de aplicación a las relaciones entre consumidores o usuarios y empresarios (art. 2). El artículo 3 TRLGDCU precisa que son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. Son también consumidores las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que

140. En la página 52 del citado informe en sus notas a pie números 27 y 28 hace referencia a varias resoluciones de la AEPD y a SSAN que fundamentan lo indicado, así: Resoluciones de la AEPD de 21 de junio de 2013; de 5 de junio de 2012; de 28 de febrero de 2011; de 8 de septiembre de 2009; de 14 de septiembre de 2009; de 20 de octubre de 2008; de 11 de diciembre de 2008. Y SSAN de 11 de diciembre de 2008; de 28 de junio de 2006; de 23 marzo de 2006; de 7 de febrero de 2003; y de 13 de junio de 2002.
141. Como exponente de esta doctrina podemos citar la resolución AEPD de 15 de abril de 2011; y la SAN de 25 de febrero de 2010.
142. ISMS Forum Spain- ENATIC: La responsabilidad..., op. cit., pp. 51 a 53.
143. Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación.
144. Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial. Por su parte, el artículo 4 TRLGDCU define al empresario como toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe directamente o a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. De acuerdo con dichos conceptos, el abogado puede ser considerado empresario y su cliente consumidor.[145] Esta aclaración es importante dado que si el cliente del abogado es consumidor pueden aplicarse a este último el régimen de responsabilidad estipulado en los artículos 147 y 148 del TRLGDCU.[146]

Precisamente, relacionado con el tema de la responsabilidad y las nuevas tecnologías la Asociación Española para el Fomento de la

145. Tal y como expone la doctrina, por tanto a la relación abogado-cliente le será aplicable la siguiente normativa: "a) Una legislación sectorial y especial aplicable a los abogados: el Estatuto General de la Abogacía, que, como ya se ha señalado, incluye normas destinadas a proteger los derechos de sus clientes. b) Las relaciones contractuales entre el abogado y su cliente están sujetas las normas legales, que con carácter general regulan la contratación privada en el ordenamiento jurídico, como el Código Civil. c) En los casos en que existiera un contrato de arrendamiento de servicios de abogado que incorporara cláusulas que revistan el carácter de condiciones generales, serán de aplicación las disposiciones legales que las afectan a las condiciones generales de la contratación.145 d) Y cuando el cliente del abogado reúna la condición legal de consumidor, su posición contractual también estará amparada por la normativa para la defensa de consumidores y usuarios. Al relacionar todo este tipo de normativas cabrá hablar de complementariedad y compatibilidad de los preceptos en algunos casos y de especialidad en otros, según su tenor. Así, entre otras muchas materias, serían aplicables al cliente, con ciertas matizaciones, los derechos básicos de los consumidores y usuario, el derecho a la información, la responsabilidad por daños causados por servicios, etc.; en especial en aquellos aspectos de protección al consumidor no contemplados en las disposiciones especiales" HINOJAL LÓPEZ, y V. J. SEBASTIÁN CHENA (Coords.): De profesión Abogado, Editorial La Ley, Madrid, 2008, pp. 337 y 338.

146. El artículo 147 TRLGDCU determina el régimen general de responsabilidad: "Los prestadores de servicios serán responsables de los daños y perjuicios causados a los consumidores y usuarios, salvo que prueben que han cumplido las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos y los demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza del servicio." Por su parte, el artículo 148 TRLGDCU determina el régimen especial de responsabilidad: "Se responderá de los daños originados en el correcto uso de los servicios, cuando por su propia naturaleza, o por estar así reglamentariamente establecido, incluyan necesariamente la garantía de niveles determinados de eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación, y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al consumidor y usuario."

Seguridad de la Información (ISMS Forum Spain) y la Asociación de Expertos Nacionales de la Abogacía TIC (ENATIC) han abordado recientemente en un informe[147] tremendamente interesante la cuestión de la responsabilidad legal de las empresas frente a un ciberataque, cuestión que plantea retos importantes desde el punto de vista jurídico. Si bien dicho estudio se centra en un caso de ciberataque a una empresa energética algunas de sus reflexiones se pueden extrapolar a nuestro ámbito, como por ejemplo la cuestión de la jurisdicción competente[148] o la normativa europea aplicable al respecto,[149] especialmente de nuestro interés es su parte final en la que sí se hace referencia de forma expresa al hecho de que un despacho de abogados haga uso de servicios de *cloud computing* y las responsabilidades que pueden derivarse de ello y que más adelante expondremos.

Centrándonos en el tema del *cloud computing,* como indica ÁLVAREZ HERNANDO, «Cada vez es más frecuente que los abogados opten por almacenar *on-line* (y, a veces, compartir) información, más o menos sensible, relacionada con la profesión (por ejemplo, datos de clientes, documentos, expedientes, copias de seguridad...), o bien opten por utilizar aplicaciones informáticas de gestión del despacho directamente a través de Internet, o en la Nube. [...] Las ventajas de la utilización de esta herramienta son evidentes para los despachos de abogados, ya que no se

147. ISMS Forum Spain- ENATIC: La responsabilidad..., op. cit.
148. Así, analizando la cuestión de la jurisdicción competente en casos de ciberataques, se indica en el citado informe que "Al efectuarse el ataque cibernético desde fuera de España acudimos a lo previsto en la LOPJ y la Lecrim, donde el artículo 14 de la Lecrim señala: Será competente para la instrucción de las causas, el Juez de Instrucción del partido en que el delito se hubiere cometido (forum delicti comissi). Cuando estamos hablando de accesos remotos a través de Internet la Sala Segunda del TS, a partir del 3 de febrero de 2005 acordó aplicar el principio de ubicuidad basado en el siguiente pronunciamiento: "El delito se comete en todas las jurisdicciones en que se haya realizado algún elemento del tipo. En consecuencia el Juez de cualquiera de ellas que primero haya realizado las actuaciones procesales, será en principio competente para la instrucción de la causa". Por tanto, [...] la jurisdicción española resulta competente". Ibidem, pp. 25 y 26.
149. De acuerdo con la normativa en este campo, las empresas que suministran redes públicas de comunicaciones o prestan servicios de comunicaciones electrónicas disponibles para el público deberán adoptar las medidas adecuadas para salvaguardar su integridad y seguridad. Estos proveedores han de tomar las medias técnicas y de organización necesarias para velar por la seguridad de sus servicios. Ibidem, pp. 43 y 44.

requiere contar con personal informático propio o externo, y no se precisa invertir en servidores [...] Los principales obstáculos de estos sistemas es la falta de seguridad, seguido muy de cerca por la incertidumbre que genera la legislación relativa a la ubicación de la información, especialmente respecto a la normativa sobre protección de datos».[150]

En cuanto al hecho de que un despacho de abogados haga uso de servicios de *cloud computing* el informe lleva a cabo unas reflexiones muy interesantes. El uso generalizado de estos servicios lleva al almacenamiento de datos fuera del control de los despachos, datos que a su vez son gestionados por terceros, quienes pueden hacer uso de los mismos si no exigimos garantías a nivel contractual. Una sustracción de información como consecuencia de un ciberataque a la empresa prestadora de servicios nos llevaría a un supuesto de comisión de un delito perpetrado a dos víctimas, dada la relación existente entre ambas: la empresa y el despacho de abogados. La empresa se convierte en responsable frente al despacho al no haber garantizado unos niveles de seguridad idóneos, acarreando consecuencias negativas tanto a nivel económico como reputacional[151]. Por tanto, como abogados podemos exigir responsabilidad a la empresa, pero lo ideal es que preveamos el daño, por eso, "debemos tener expresa constancia de cuál es el protocolo de conservación de los datos, con qué frecuencia se hacen copias de seguridad, en caso de pérdida de los datos, que mecanismos de recuperación de los datos se encuentran implantados, etc. La problemática con la que nos encontramos hoy en día [...] versa sobre la nula «puesta en práctica" de las medidas de seguridad establecidas en la leyes y la escasa implantación de programas de *Compliance* y análisis de riesgos, así como la aplicación de medidas de índole técnica que permitan definir protocolos a la hora de poner en marcha los planes de recuperación una vez evaluado el daño recibido y erradicada la amenaza que provocó el ciberataque».[152] Por tanto, instamos desde aquí, al desarrollo de estos programas y planes de contingencias del daño por parte de los despachos de abogados.

150. ÁLVAREZ HERNANDO, J.: "Abogados..., op. cit., p. 18.
151. ISMS Forum Spain- ENATIC: La responsabilidad..., op. cit., pp. 79 y 80.
152. Ibidem, pp. 80 y 81.

Además, «Una de las consecuencias negativas más frecuentes son las posibles reclamaciones que podemos tener por parte de los clientes a través de la interposición de denuncias ante la AEPD por incumplimiento de la LOPD y de la obligación del deber de secreto profesional».[153]Estamos totalmente de acuerdo con que el hecho de que una de las consecuencias más desastrosas que podemos sufrir es que los clientes vean defraudada su confianza en nuestro despacho. Por todo lo expuesto, el citado informe, entre otras cuestiones, recomienda para paliar las consecuencias negativas de un ciberataque que: «En caso de establecer acuerdos de colaboración con terceros, se verifiquen qué garantías y medidas de seguridad aplican en la gestión de los procesos de Seguridad de la Información y determinar la responsabilidad en caso de incumplimiento del acuerdo de colaboración [...] al no ofrecer un nivel de protección similar a la implantada en nuestro despacho de abogados».[154] Aplaudimos esta recomendación por ser de una gran sensatez.

153. Ibidem, p. 81.
154. Ibidem, p. 82.

07 Algunas recomendaciones sobre seguridad

Como hemos visto a lo largo del presente trabajo, aunque el uso de las nuevas tecnologías en la Abogacía presenta indudables ventajas, supone también exponerse a una serie de riesgos. Para evitarlos y, en definitiva, si el abogado no quiere incurrir en responsabilidades, de orden deontológico, civil o penal, deberá observar escrupulosamente las medidas de seguridad pertinentes. En este sentido, el Grupo de Delitos Telemáticos de la Guardia Civil[155] ha elaborado un "Decálogo para la navegación segura" aplicable a todos los ciudadanos y, por ende, a los abogados, quienes deberían observarlo tanto por su propio bien (en concreto, por el cumplimiento de las normas de deontología profesional, evitando así o minimizando el riesgo de posibles responsabilidades) como, especialmente, para el bien de sus clientes (salvaguardando el deber de secreto profesional y su intimidad). Dicho decálogo establece que es recomendable:

155. Este grupo fue creado para investigar los delitos que se cometen a través de Internet. Su origen se remonta a 1996 y ha ido cambiando su nombre y estructura varias veces, pero el crecimiento exponencial de usuarios de la red, así como la generalización de Internet y consecuentemente los delitos cometidos a través de la misma, ha posibilitado que se amplíe el abanico de sus competencias de investigación, alcanzando a todas aquellas conductas delictivas realizadas a través de los sistemas de información o contra éstos, lo que se conoce popularmente como el cibercrimen.

- Actualizar de forma regular el sistema operativo.
- Utilizar un navegador actualizado. Y evitar cualquier enlace que pudiera parecer sospechoso, sobre todo aquellos cuyo certificado digital no es correcto.
- Elegir contraseñas seguras y diferentes para cada servicio de Internet.[156]
- Verificar regularmente los movimientos de la cuenta bancaria.[157]
- Utilizar un antivirus con licencia y actualizado, e instalar un *firewall*.
- Considerar la posibilidad de utilizar un único dispositivo para las transacciones de banca y comercio electrónicos (PC, Smartphone, etc.).
- Desconfiar de los mensajes cortos y extraños que pueden recibir a través de redes sociales, sobre todo si incluyen un enlace para acceder a otro contenido. [...] No introducir los datos personales en formularios dudosos o sospechosos.
- No pensar que se es inmune al *software* malicioso porque se utiliza un determinado sistema operativo o un dispositivo portátil.
- No confiar ciegamente en las aplicaciones de seguridad instaladas, dado que éstas no remplazan a la navegación responsable ni a la prudencia del usuario.
- Si se dispone de un *router* inalámbrico para conectarse a Internet, cambiar las contraseñas por defecto y establecer una más segura. No utilizar el cifrado WEP, es vulnerable y puede ser fácilmente comprometido. Si es posible, configurar el *router* para que solo se puedan conectar al mismo determinados ordenadores.
  En definitiva, utilizar el sentido común como mejor antivirus y no confiar ciegamente en los sistemas y sus aplicaciones.[158]

156. Las contraseñas deben ser largas y alfanuméricas.
157. Aunque esta recomendación en principio podría parecernos más bien aplicable a la ciudadanía en general que a los abogados, opinamos que no es así, pues no hay que olvidar que los abogados gestionan provisiones de fondos, en este sentido es recomendable tener una cuenta separada de la personal y efectuar controles sobre la misma.
158. GRUPO DE DELITOS TELEMÁTICOS DE LA GUARDIA CIVIL.: "Decálogo de Navegación Segura", Página Web del Grupo de Delitos Telemáticos de la Guardia Civil, Disponible en la URL: **https://www.gdt.guardiacivil.es/webgdt/cusuarios.php** (con acceso el 17.02. 2015).

A las citadas recomendaciones podríamos añadir, como hemos apuntado a lo largo del trabajo, las siguientes:

- Utilizar un correo corporativo que ofrezca sistemas de cifrado.
- Hacer uso de la autoridad de certificación (ACA).
- No instalar *Apps* ni *software* que puedan suponer una vulneración del deber de secreto profesional. Atender especialmente a los permisos que requieren y ver si colisionan con lo dispuesto en las normas deontológicas.
- Desactivar en nuestros dispositivos de trabajo la opción de geolocalizar ya que si se efectúan ciertos comentarios en Internet y se vincula dicha información a nuestra ubicación puede ocasionarse un quebranto del deber de secreto profesional y de la confidencialidad del cliente.
- En caso de emplear *cloud computing* exigir que la empresa colaboradora cumpla con el secreto profesional.

08 El nuevo estatuto de la abogacía española

Para, apuntar que el pasado 12 de junio de 2013 el Pleno del Consejo General de la Abogacía Española aprobó, por unanimidad el EGAE,[159] respecto del cual deberán seguirse ahora los trámites administrativos preceptivos para su aprobación y promulgación mediante el pertinente Real Decreto que sustituya al vigente.[160]

El nuevo EGAE indica en su preámbulo que: *"atendiendo al desarrollo tecnológico, las nuevas tecnologías de la información facilitan no sólo las relaciones de los Abogados con los Tribunales y las Administraciones Públicas, sino también con los clientes y que la prestación de servicios a través de internet, on-line, es hoy día factible. De ahí que la regule, procurando al ciudadano la seguridad de que el servicio se presta realmente por un Abogado, con todas las garantías de información y transparencia propias del ejercicio más tradicional".* Por cuestiones de espacio no podemos profundizar en el nuevo EGAE, pero no queremos dejar de destacar que el mismo contiene una referencia expresa a los servicios jurídicos en línea o a través de Internet en su artículo 17, que dispone que: *"1. La prestación por parte de un Abogado de asesoramiento jurídico en línea o a través de Internet constituye una forma de ejercicio de la profesión sometida al presente Estatuto*

159. Puede consultarse su texto en la URL: **http://www.abogacia.es/wp- content/uploads/2013/10/Estatuto-General-de-la-Abogacia.pdf** (con acceso 12.02.2015).
160. El actual EGAE fue aprobado por el Real Decreto 658/2001, de 22 junio.

General y al resto del ordenamiento jurídico. 2. La identificación del Abogado que presta el servicio, así como el Colegio al que pertenece, deberá ser comunicada al cliente o usuario antes de la prestación de servicios y, en todo caso, antes de solicitar el abono de contraprestación alguna. 3. Cuando un Abogado sea requerido para prestar sus servicios profesionales por este medio, deberá adoptar las medidas necesarias para garantizar el secreto profesional y obtener del cliente acreditación suficiente de su identidad y la restante información que le permita evitar conflictos de intereses y prestar el asesoramiento adecuado al solicitante de sus servicios. 4. Las comunicaciones confidenciales deberán enviarse encriptadas y con firma electrónica segura, siempre que las circunstancias del cliente lo permitan". Consideramos muy adecuado su contenido y hemos de aplaudir este cambio que encontramos muy oportuno. Por ello, no queremos dejar pasar la oportunidad de reivindicar que sería recomendable que se procediese a los trámites administrativos preceptivos para la aprobación del nuevo Estatuto de la Abogacía y su promulgación mediante Real Decreto, adaptándose de este modo las normas deontológicas a la realidad jurídica en la que nos encontramos inmersos.

Conclusiones

1º) A lo largo del presente trabajo hemos puesto de manifiesto el vertiginoso proceso de informatización en el que se encuentra inmersa la sociedad y por ende la Abogacía, tornándose cada vez más íntima su relación con las nuevas tecnologías. En este sentido, hemos esbozado diversas iniciativas que se han puesto en marcha (RedAbogacía, ACA, SIGA, la Ventanilla Única Electrónica el Expediente electrónico de Justicia Gratuita, PenalNet etc.) que han configurando una nueva realidad.

Además, los ciudadanos demandan una Justicia atenta, ágil y tecnológicamente avanzada. Por ello, es obligación de los abogados actualizarse en estas herramientas como uno de los engranajes de la maquinaria de la Justicia.

2º) Analizando la libertad de expresión del abogado, concluimos que con la irrupción de los medios tecnológicos se ha visto sobredimensionada la responsabilidad del abogado en su uso (particularmente a través de las redes sociales). En este punto, hemos incidido en el riesgo de trasgredir el deber de secreto profesional por simples comentarios si se tiene activada la opción de geolocalizar, concluyendo que el abogado debe trazar con nitidez una línea de separación entre el uso profesional y personal de sus dispositivos. No hay que olvidar que todo abogado

contribuye con su actuación a la formación de una determinada imagen de la Abogacía.

3º) Observamos que el uso de las nuevas tecnologías conlleva grandes ventajas pero también es fuente generadora de grandes riesgos (tanto para el abogado como para sus clientes), pudiendo verse especialmente comprometidas algunas normas deontológicas. A este respecto, hemos analizado la relación de confianza abogadocliente y la publicidad:

a) Respecto a la relación abogado-cliente, concluimos que se trata, ante todo, de una relación de confianza y que para salvaguardarla se impone el deber de secreto profesional. Este deber alcanza a cualquier medio de comunicación, y por ende se extiende a estas nuevas herramientas. El medio a través del cual se ejerza la profesión es absolutamente indiferente, ya sea éste de forma presencial o virtual las obligaciones deontológicas son siempre aplicables. El uso de las nuevas tecnologías no exonera al abogado de su estricto cumplimiento. Igualmente se ha puesto el acento en que este deber también alcanza a sus los colaboradores digitales. En caso de inobservancia, pueden derivarse responsabilidades disciplinarias, civiles y penales. Los abogados tienen acceso a información muy sensible, se precisa, por tanto, una reflexión sobre su forma de gestionarla.

b) Respecto a la publicidad, llegamos al convencimiento de que las nuevas tecnologías presentan grandes oportunidades. Así, hemos destacado la creciente importancia del *marketing* digital, analizando algunas de sus formas, y concluyendo que aunque exigen una inversión de tiempo (a fin de que lo que publiquemos tenga una cierta calidad jurídica) pueden servir incluso como ejercicio personal de actualización y documentación del abogado, contribuyendo a su formación continuada. Asimismo, se pueden utilizar estas herramientas para aportar información, contribuyendo de este modo a la formación jurídica de la sociedad.

Igualmente, llamamos la atención sobre la bidireccionalidad de estas herramientas, advirtiendo que hemos de estar preparados para las críticas, respondiendo siempre con la compostura y corrección que requiere el ejercicio profesional de la Abogacía.

Por otra parte, en un futuro cercano asistiremos a la extensión generalizada de la abogacía virtual que hoy en día ya está presente pero que se globalizará. Este cambio que ya se vislumbra en el horizonte no puede coger por sorpresa ni a los abogados que pretenden incorporarse a la profesión, ni a los abogados que ejercen desde hace varios años de una forma más tradicional (que deberán adaptarse) ni a los Colegios Profesionales, que muy probablemente, tendrán que lidiar con expedientes disciplinarios abiertos por infracciones cometidas a través del entorno virtual.

4º) En otro orden de cosas, hemos demostrado que las nuevas tecnologías suponen grandes cambios metodológicos en el modo del ejercicio profesional (incidiendo tanto en la investigación jurídica como en las formas de trabajar, particularmente permitiendo la movilidad y la consulta inmediata de la información). Además, varias herramientas informáticas a las que hemos aludido han desencadenado una auténtica revolución en la práctica jurídica, posibilitando incluso la aparición de los llamados "despachos virtuales". En definitiva, podríamos afirmar que asistimos a un proceso de reinvención de las formas de trabajar en la Abogacía.

Igualmente, ante esta digitalización, hemos puesto el acento en la necesidad de llevar a cabo una gestión documental segura, para lo que se requiere una cierta inversión en seguridad tecnológica, y, lo que es más importante, se precisa que el abogado se implique personalmente y emplee dichos medios de modo responsable, siendo consciente de que su uso inadecuado (como con la instalación de ciertas aplicaciones cuyas brechas de seguridad hemos destacado) ocasiona la puesta en peligro de los datos de sus clientes. Es posible que abogado y cliente inicien su contacto a través de determinadas redes sociales pero posteriormente se exige que su relación se desarrolle en un entorno seguro. En definitiva, es necesario el uso de unas buenas prácticas o códigos de conducta informáticos por parte de los abogados y el fomento de la cultura de la responsabilidad digital.

5º) Por otra parte, la era digital ha supuesto un cambio radical en las relaciones de los abogados con la Administración de Justicia (particularmente, gracias a Lexnet y al certificado digital) que posibilitan el intercambio seguro de información y un ahorro de costes en términos económicos, humanos y medioambientales. La importancia de estas herramientas es fundamental, más aún a raíz de la LUTICAJ. No en vano, entre sus objetivos se encuentra generalizar el uso de las nuevas tecnologías para los profesionales de la Justicia. Además, es de tremenda importancia señalar que en su artículo 6 se establece la obligatoriedad para el abogado de relacionarse con la Administración de Justicia a través de medios electrónicos (pudiendo acarrear su vulneración la demoledora consecuencia de tener por no presentados sus escritos ante los órganos judiciales). Ante su inminente plena vigencia (el 6 de julio de 2016) está más que justificado que se proceda a un esfuerzo adicional por parte de los abogados para su adaptación a las nuevas tecnologías, a fin de que el binomio Abogacía-Nuevas Tecnologías sea un matrimonio, saludable, seguro y con vocación de permanencia en el tiempo.

6º) Al margen de lo anterior, nos hemos planteado los riesgos de sufrir un ciberataque en nuestros archivos, y particularmente si del mismo se puede derivar algún tipo de responsabilidad para el abogado. Se concluye de modo afirmativo (incluso en caso de que se haga uso de *servicios de cloud computing*). Así, afirmamos que puede generarse responsabilidad para el abogado si su conducta, como custodio de los datos de sus clientes, no es conforme con la *lex artis ad hoc,* adoptando las oportunas medidas de seguridad. No se trata de que el abogado se convierta en un ingeniero informático sino que, ante las nuevas tecnologías, el mismo actúe diligentemente y, en definitiva, aplicando el sentido común.

7º) Hemos remarcado que la Abogacía es cada vez más una profesión informatizada, por ello, es preciso un replanteamiento de las normas, tanto deontológicas como procesales, que deben ser adaptadas a los nuevos tiempos en que vivimos, y a las nuevas herramientas con las que los abogados trabajamos. En este sentido, hemos comentado que CGAE

aprobó el 12 de junio de 2013 un nuevo Estatuto de la Abogacía Española, si bien aún no se ha tramitado el Real Decreto por el que se aprueba. En este sentido, nos gustaría hacer desde aquí un llamamiento al legislador para que proceda a su tramitación, pues se trata de la norma clave del ejercicio profesional.

8º) En definitiva, podemos concluir que nos encontramos ante un auténtico cambio de paradigma entre el ejercicio clásico de la profesión y el nuevo modelo (caracterizado por la globalidad de la información y su accesibilidad a través de Internet). Sin embargo, ello no quiere decir que todo lo tradicional haya de ser desterrado. Precisamente hemos de mantener más que nunca las normas deontológicas como brújula que nos guíe entre la marea de posibilidades que entrañan las nuevas herramientas tecnológicas.

Bibliografía

ÁLVAREZ HERNANDO, J.: "Abogados, procuradores y mediadores y las implicaciones en materia de protección de datos.", *Grandes Tratados. Prácticum Protección de Datos 2015*. (2015).

BOMBILLAR SÁENZ, F.M.: "La protección y tutela de los derechos fundamentales de la comunicación", en Elementos para el estudio del derecho de la comunicación. (Dirs. A, TORRES LÓPEZ, J.M. SOUVIRÓN MORENILLA, Y M.J., ROZADOS OLIVA), Editorial Tecnos, Madrid, 2014, pp. 79 a 104.

BIURRUN ABAD, F.: "Abogados en Twitter", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 894, (2014).

CASAS DOMÍNGUEZ, I.: "Del archivo tradicional al digital: beneficios de la gestión documental para los despachos de abogados", *Página Web del Consejo General de la Abogacía Española*, (Sección Red Abogacía). Disponible en la URL: http://www.abogacia.es/2014/04/30/el-derecho-al-olvido-y-a-laintimidad-en-internet/ (con acceso el 18.01.2015).

CASTILLO ESPARCIA, A.: *Abogados y Redes Sociales, estudio de casos,* Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 2014.

CHAZARRA QUINTO, M.A.: "Recursos jurídicos en Internet (I): las

herramientas informáticas y la abogacía", en *Guía de herramientas informáticas para juristas.* (Coords. A, LÓPEZ ÁLVAREZ, A. ORTEGA GIMÉNEZ, e I. BILBAO ESTRADA), Editorial Club Universitario, San Vicente (Alicante), 2007, pp. 9 a 24.

CGAE.: "El Ministerio de Justicia recomienda implantar el Expediente Electrónico de Justicia Gratuita de la Abogacía", *Página Web del Consejo General de la Abogacía Española*, (Sección Actualidad). Disponible en la URL: http://www.abogacia.es/2013/02/19/el-ministerio-de-justiciarecomienda-a-las-comisiones-de-justicia-gratuita-implantar-elexpediente-electronico-de-la-abogacia/ (con acceso el 18.01.2015).

CGAE.: "Expediente Electrónico de Justicia Gratuita", *Página Web del Consejo General de la Abogac*ía Española, (Sección Red Abogacía). Disponible en la URL: http://www.abogacia.es/2014/10/30/expediente-electronico-dejusticia-gratuita-2/ (con acceso el 13.02. 2015).

CGAE.: "Integración de servicios de LexNet en la Extranet de la Abogacía: RedAbogacía & LexNet" Disponible en la URL: http://www.icav.es/bd/archivos/archivo84.pdf?nocache=0.500983 (con acceso el 13.02. 2015).

COMISIÓN JURÍDICA DEL CGAE: "Informes nº 3/2011: Utilización del cloud computing por los despachos de abogados", en *Informes 2011*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 29 a 42. Disponible en la URL: http://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2012/07/Libro-Informes-2011-Comision-Juridicaindices1.pdf (con acceso el 24.02.2015).

CONSEJO DE LA ABOGACÍA EUROPEA "Recomendaciones de CCBE sobre asistencia jurídica gratuita", Disponible en la URL: http://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2012/07/2010-08-asistencia-juridica-gratuita.pdf (con acceso el 18.01.2015).

COTS MARFIL, A.: "Una aproximación al artículo 197.2 del Código Penal vigente", *Actualidad Jurídica Aranzadi,* nº 757, (2008).

FERNÁNDEZ ESTEBAN, M. L.: "Estudio de la jurisprudencia constitucional y ordinaria sobre el secreto a las comunicaciones entre particu-

lares, en especial en el ámbito de la empresa", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil,* nº 3, (2000).

GARRIDO CARRILLO, F. J.: "El secretario judicial, clave en el nuevo modelo de oficina judicial tecnológicamente avanzada", *Revista de la Facultad de Derecho de la universidad de Granada,* nº 8, Derecho y nuevas Tecnologías, (2005).

GAYO, M. H.: "Blogs jurídicos, nuevos aliados para generar negocio.", *Actualidad Jurídica Aranzadi, nº* 895, (2014).

GAYO, M. H.: "Marketing jurídico, también para pequeños despachos", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 892, (2014).

GAYO, M. H.: "Videomarketing, ¿se atreven los despachos de abogados?, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 886, (2014).

GONZÁLEZ ALONSO, A.: "La estrategia del cambio en la Administración de Justicia: La nueva oficina judicial.", *Repertorio de Jurisprudencia, nº* 3, (2006).

GRUPO DE DELITOS TELEMÁTICOS DE LA GUARDIA CIVIL.: "Decálogo de Navegación Segura", *Página Web del Grupo de Delitos Telemáticos de la Guardia Civil,* Disponible en la URL: https://www.gdt.guardiacivil.es/webgdt/cusuarios.php (con acceso el 17.02. 2015).

GUICHOT, E. (Coord.): *Derecho de la Comunicación,* Iustel, Madrid, 2011.

HINOJAL LÓPEZ, y V. J. SEBASTIÁN CHENA (Coords.): *De profesión Abogado,* Editorial La Ley, Madrid, 2008.

ISMS Forum Spain- ENATIC: *La responsabilidad legal de las empresas frente a un ciberataque*. Disponible en la URL: https://www.ismsforum.es/ficheros/descargas/la-responsabilidadlegal-de-las-empresas-fente.pdf (con acceso el 18.01.2015).

LINDE PANIAGUA, E. VIDAL BELTRÁN, J.M. y MEDINA GONZÁLEZ, S.: *Derecho Audiovisual*, Colex, 2011, pp. 172 a 180.

LLANEZA, P.: "Guía de buenas prácticas de los Abogados que hacen

uso de herramientas y/o redes sociales", (2012). Disponible en la URL: https://www.icam.es/docs/observatorio/obs_27310.pdf (con acceso el 09.01. 2015).

LÓPEZ ÁLVAREZ, A., ORTEGA GIMÉNEZ, A. y BILBAO ESTRADA, I.: "Planteamiento", en *Guía de herramientas informáticas para juristas.* (Coords. A, LÓPEZ ÁLVAREZ, A. ORTEGA GIMÉNEZ, e I. BILBAO ESTRADA), Editorial Club Universitario, San Vicente (Alicante), 2007.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R.: "La protección de datos en los despachos de abogados.", *Actualidad Jurídica Aranzadi, nº* 829 (2011).

MORA RUIZ, M.: "Los registros judiciales electrónicos", en *Las Tecnologías de la Información y la Comunicación en la Administración de Justicia. Análisis sistemático de la Ley 18/2011, de 5 de julio.* (Coords. E. Gamero Casado y J. Valero Torrijos), Editorial Aranzadi, Pamplona, 2012, pp. 383 a 414.

MORENO LISO, L.: "Las nuevas orientaciones comunitarias a la abogacía en materia de política de la competencia", *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, nº 9, (2004).

NIELSON SÁNCHEZ, S.: *Manual de Deontología para abogados*, Editorial La Ley, Madrid, 2012.

PINA, C. y MESA-SÁNCHEZ, C.: "El derecho a la comunicación comercial", en *Estudios sobre la Ley General de la Comunicación Audiovisual* (Coords. C. CHINCHILLA MARÍN y M. AZPITARTE SÁNCHEZ), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 255-311.

RIVERO ORTEGA, R.: *El expediente administrativo. De los legajos a los soportes electrónicos,* Editorial Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2007.

RODRÍGUEZ LÓPEZ DE LEMUS, P.: "La Abogacía y las técnicas de la información y la comunicación aplicadas a la Administración de justicia", en *Las Tecnologías de la Información y la Comunicación en la Administración de Justicia. Análisis sistemático de la Ley 18/2011, de 5 de julio.* (Coords. E. Gamero Casado y J. Valero Torrijos), Editorial Aranzadi, Pamplona, 2012, pp. 995 a 1024.

SALAS, J. "Abogados y redes sociales: el riesgo de violar el secreto profesional con un tuit". *El confidencial,* publicado el 16.08.2013, Disponible en la URL: http://www.elconfidencial.com/tecnologia/2013-08-16/abogadosy-redes-sociales-el-riesgo-de-violar-el-secreto-profesional-conun-tuit_17399/ (con acceso el 09.01.2015).

SÁNCHEZ BRAVO, A. A.*: La protección del derecho a la libertad informática en la Unión Europea,* Universidad de Derecho, Serie Derecho, nº 75, 1998. Disponible en la URL: https://books.google.es/books?isbn=8447204936 (con acceso el 07.10.2014).

SERRANO ACITORES, A.: "Docencia, *praxis* jurídica y aplicaciones informáticas", Ponencia en las V Jornada sobre Docencia del Derecho y Tecnologías de la Información y la Comunicación desarrolladas por la UOC, Disponible en la URL: h**ttp://www.uoc.edu/portal/_resources/CA/documents/campus_pa u/simposia/Antonio_Serrano_Comunicacixn.pdf** (con acceso 18.01.2015).

TORRUBIA, B.: "Primera Jornada de Abogacía Virtual", *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 16, enero-junio, (2013), pp. 97-100. Disponible en la URL: http://journals.uoc.edu/index.php/idp/article/view/n16torrubia/n16-torrubia-es (con acceso el 18.01.2015).

TOURIÑO, A.: "El derecho al olvido y a la intimidad en Internet", Página Web del Consejo General de la Abogacía Española, (Sección Red Abogacía). Disponible en la URL: http://www.abogacia.es/2014/04/30/el-derecho-al-olvido-y-a-laintimidad-en-internet/ (con acceso el 18.01.2015).

UNIÓN INTERNACIONAL DE TELECOMUNICACIONES: "La UIT publica las cifras de TIC de 2014" Disponible en la URL: http://www.itu.int/net/pressoffice/press_releases/2014/23es.aspx#.VOd1Li4YHSM (con acceso el 20.02.2015).

FUNDACIÓN
Mutualidad

El derecho al honor en internet: análisis dogmático y jurisprudencial

Mario
Bonacho
Caballero

Mario Bonacho Caballero
Universidad

PRIMER PREMIO
IV Premios a la Excelencia de la Cátedra Fundación Mutualidad Abogacía

2015

Índice

Agradecimientos 298
Resumen 300
Abstract 301
Abreviaturas 302
Introducción 304
1. Concepto constitucional del derecho al honor 307
1.1. El derecho al honor 307
1.2. Conflicto entre el derecho al honor y el derecho a la libertad de expresión e información 315
1.3. Tutela jurisdiccional: En especial, las Medidas cautelares. 323
2. El derecho al honor en internet 325
2.1. Consideraciones Generales 325
2.2 Comentarios injuriosos y difamatorios en la red. ¿Prevalencia de la libertad de expresión/libertad de información o del derecho al honor? 327
2.3. ¿Afectan los insultos (injurias) publicados en Internet (blogs, twitter, facebook, etc.) a otros ámbitos del derecho que no sea el civil o el penal? 365
Conclusiones 368
Bibliografía 371
Jurisprudencia 373
Lista de páginas web 379

Agradecimientos

En primer lugar, mostrar todos mis agradecimientos a D. Antonio González-Zapatero Domínguez por ser la persona que ha facilitado mi iniciación en el mundo de la Abogacía y ha permitido que desarrolle día a día mis conocimientos sobre el derecho al honor; fruto de los cuales es el desarrollo de la presente investigación.

En segundo lugar, agradecer a D. Santiago Hernández Gázquez todos los conocimientos que he adquirido y continuo adquiriendo día a día sobre el ejercicio práctico de la Abogacía; que espero se vean reflejados en el presente trabajo.

En tercer lugar, agradecer y resaltar el papel desempeñado por la Mutualidad de la Abogacía que con éstos premios fomenta que, a través de la presentación de un trabajo de investigación libre, los Abogados Jóvenes nos sintamos apoyados, incentivados y respaldados en los dificiles inicios del ejercicio de la Abogacía.

«La buena suerte no es casual; es producto del trabajo, así la sonrisa de la fortuna tiene que ganarse a pulso»

Emily Dickinson

Resumen

Con el presente trabajo se realiza una investigación detallada de la incidencia del derecho al honor en Internet, y como no, de la gran importancia que suscitó la aprobación de la LO 1/82, de 5 de mayo, en este ámbito. Para ello, resulta imprescindible estudiar el concepto constitucional del derecho al honor, así como los sujetos titulares, el conflicto acaecido con la libertad de expresión e información y el origen de las medidas cautelares. Además, se analizan los diversos criterios que adoptan los tribunales (Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo de España) sobre la responsabilidad de los ISPs por declaraciones injuriosas vertidas en páginas webs o periódicos *online,* la responsabilidad de particulares por declaraciones en foros o redes sociales, así como las diferencias existentes entre los diversos sujetos que ven menoscabado su derecho al honor. También, trato de dilucidar si el derecho al honor puede afectar a otros campos del derecho, estudiando las diversas posturas jurisprudenciales existentes al efecto.

Finalmente, se realizan una serie de conclusiones críticas y valorativas sobre los diversos puntos tratados en el transcurso de la investigación.

Palabras clave: Derecho al honor, libertad de expresión, libertad de información, internet, red social, página web.

Abstract

In this project, a detailed research on the impact of the right to honour on Internet is carried out. In this regard, the great importance of the approval of the organic Law 1/1982 of 5 May is analyzed. Hereof it is important to study the constitutional concept of the right to honour, as well as the right-holders, the conflict with the freedom of expression and freedom of information and the origin of the precautionary measures. Moreover, the different criteria adopted by courts (European Court of Human Rights and Constitutional Court and Supreme Court of Spain) about the responsibility of ISPs for offensive statements made on websites or online newspapers, particular responsibility for statements in forum or social network, as well as the differences between holders who can feel damaged their right to honour. The right to honour can affect others areas of right are also discussed studying different doctrinal positions on the matter.
Finally, analytical and judgmental conclusions on the above mentioned matters are presented.

Key words: Rigth to honour, freedom of expression, freedom of information, internet, social network, web site.

Abreviaturas

Ap.	Apartado
Art., arts.	Artículo o artículos
BOE	Boletín Oficial del Estado
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CP	Código Penal
Cfr.	Confrontar
Coord.	Coordinador
Dir.	Director
EDJ	El Derecho-Base de Datos de Jurisprudencia y legislación
FJ.	Fundamento Jurídico
ISPs	Prestador de Servicios de la Información
L.O.	Ley Orgánica
Núm.	Número
Op. cit.	Obra citada

Pte.	Ponente
P., PP.	Página o páginas
RD	Real Decreto
Ref.	Referencia
RJ	Repertorio de Jurisprudencia
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
Ss.	Siguientes
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TIC	Tecnologías de la Información y la Comunicación
TS	Tribunal Supremo
Vid.	Véase
Vol.	Volumen

Introducción

El presente trabajo tiene por objeto el estudio del derecho al honor en Internet. En este ámbito, se dedica gran importancia al concepto constitucional del derecho al honor y a las diversas situaciones que acaecen en el mundo de las nuevas tecnologías. Esta investigación se llevará a cabo en el contexto de la L.O. 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen junto con la Constitución Española de 1978, sin perjuicio del análisis de otras disposiciones legales. Serán de gran ayuda, para un pronunciamiento crítico y valorativo posterior, las opiniones reflejadas por la doctrina especializada en la materia, así como la escasa jurisprudencia existente. Se estudiará, fundamentalmente, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la del Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo de España.

El núcleo de la elección de este tema se encuentra en el gran interés que suscita tal derecho en la actualidad, debido a diversos motivos, y fundamentalmente a la siguiente pregunta: ¿Cómo el sistema democrático español, el cual garantiza diversos derechos y libertades públicas, conciliará un derecho fundamental como es el derecho al honor con el derecho a la libertad de información y expresión, cuando éstos cada vez con más frecuencia colisionan debido al uso masivo de las TICs?

1º) En primer lugar, la importancia social y jurídica que supuso la aprobación de la LO 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen ya que al sucederse un progresivo crecimiento de los ataques al derecho al honor de la persona de ésta forma se intentarían paliar las diferentes lagunas legales existentes al respecto. No obstante, aun con la implantación de tal Ley, la regulación normativa sobre el conflicto entre el derecho al honor y las libertades de expresión e información es escasa, incompleta y no soluciona los problemas que se le plantean. Por ello, ha sido necesario acudir a otra serie de instrumentos para la resolución de tal problema; ejerciendo en éste sentido la jurisprudencia un papel fundamental, como medio aclaratorio y resolutorio de aquellas dudas que aparecen en la confrontación de estos derechos.

2º) En segundo lugar, por la escasa jurisprudencia que existe al respecto y que hace que existan una variedad de posturas que generan un intenso debate.

3º) Finalmente, y en virtud de lo anterior, es indiscutible que actualmente son numerosos los ataques que sudecen contra el derecho al honor en páginas webs, periódicos *online,* redes sociales, blogs, etc. de cualquier persona; ataques que requieren de una investigación a fondo de las acciones judiciales que se pueden emprender al respecto. Es aquí donde se produce la colisión entre el derecho al honor y la libertad de información y expresión, consistiendo el problema en delimitar la línea transfronteriza entre el ejercicio de uno y otro derecho.

A propósito de todo lo anterior, he dedicado el Capítulo I al análisis dogmático del concepto constitucional del derecho al honor, en el cual he examinado el concepto del derecho al honor, el conflicto entre el derecho al honor y el derecho a la libertad de expresión y las medidas cautelares.

Por otro lado, han sido muchos los debates acaecidos acerca de si los ISPs deben ostentar responsabilidad por los comentarios ajenos publicados y si los particulares deben responder de sus propios comentarios, los cuales son reflejados en el Capítulo II del trabajo. En este sentido, he creído conveniente realizar un estudio de la evolución seguida,

para posteriormente poder sentar una conclusión jurídico-valorativa al respecto.

Por último, he analizado de forma minuciosa las vicisitudes existentes entre las diversas personas que ven vulnerado su derecho al honor en Internet, haciendo mención de los diversos supuestos existentes en la actualidad, terminando la investigación con el estudio de las diversas responsabilidades en que incurre el sujeto que profiere tales declaraciones injuriosas, todo ello en virtud de la jurisprudencia del TEDH, del TS y del TC. Con dicho análisis y exposición, pretendo aportar mi propia visión de los problemas de interpretación planteados.

01 Concepto constitucional del derecho al honor

1.1. El derecho al honor

1.1.1. Antecedentes históricos, Derecho comparado y dimensión jurídica del honor

Es de gran relevancia encuadrar jurídica e históricamente, de forma sucinta, el concepto de honor como derecho. Pues bien, nos encontramos ante un derecho fundamental, reconocido en la Constitución Española de 1978. Los derechos fundamentales actuales, son herederos de aquéllos que surgieron en los siglos XVII, XVIII y XIX; época en la que proliferan las declaraciones de derechos (Carta de Derechos inglesa, 1689, Declaración de Derechos de Virginia, 1776, Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, en Francia, 1798 etc.) fruto del emergente individualismo que empieza a enraizar en las sociedades del momento.

En este contexto histórico es cuando se comienza a reconocer que los individuos, como tales, ostentan un elenco de derechos los cuales son

inherentes por su condición de seres humanos y que no pueden ser desconocidos por los poderes[1].

A este respecto cabe preguntarse cuál es el motivo por el que surgen estos derechos; a lo que respondemos que surgen como un freno al poder, esto es, como un tipo de mecanismo que se crea alrededor del sujeto el cual no puede ver vulnerada su esfera por el poder gubernativo. Por ello, en este momento, adquiere gran relevancia la llamada eficacia vertical de estos derechos, esto es, derechos de los particulares frente al Estado.[2]

En el momento que los Estados liberales se transforman en los denominados Estados sociales y democráticos de Derecho, ésta eficacia vertical decae, creciendo en gran medida la denominada eficacia horizontal, es decir, la que concierne a particulares frente a intromisiones de otros particulares. En éste punto, ya no hay tanta preocupación de que el poder estatal invada nuestros derechos puesto que el Estado tiene interiorizados sus límites y tiene menos interés o intención de desbordarlos que en épocas anteriores.[3]

Actualmente, existe una mayor preocupación por los posibles ataques que hagan a nuestros derechos el resto de individuos que forman la colectividad social. Debido a ello, el honor y la reputación se vienen considerando como bienes de gran importancia para la persona, y por ende, un bien de tal entidad debe ser considerado como un derecho, un bien exigible y objeto de tutela judicial.[4]

Atendiendo a las diferentes fuentes normativas que en los diversos campos del Derecho han amparado y regulado tal valor, podemos destacar normas de carácter supranacional, como las Declaraciones de Derechos, normas constitucionales, normas de naturaleza penal, que han tipificado como delitos las intromisiones en el honor ilegítimas, normas de naturaleza civil, sentencias de tribunales, etc.

Tanto el Derecho romano como el Derecho germánico, han considerado el honor como un bien jurídico, tanto por las diversas fuentes

1. En este sentido, véase la siguiente página web: **http://www.corteidh.or.cr**
2. BASTIDA FREIJEDO (2004): 179.
3. Ídem: 180.
4. MARTÍNEZ VARELA (2010): 5.

medievales como por las modernas Constituciones, tanto por el Derecho anglosajón, como por el continental. Es decir, los ordenamientos lo regulan por tratarse de un bien intrínsecamente valioso, y tal como sostiene MILLÁN PUELLES «el último fundamento de su protección es metajurídico y radica en que se trata de una pertenencia de la persona en cuanto tal, como individuo, inherente a su naturaleza y, por lo tanto, que se impone al Derecho».[5]

Esa obligación de fundamentar las relaciones jurídicas en la dignidad humana y la estimación de que el Derecho encuentra como fin a la persona misma, conducen al reconocimiento y protección de tales cualidades y derechos con los que el hombre nace a la vida y que le son inherentes a su personalidad. De tal forma el derecho a la vida, a la libertad de expresión y movimiento, a la dignidad moral, etc., se erigen como bienes asumidos por los diversos ordenamientos en la base de las construcciones jurídicas.[6]

Atendiendo al elenco de los bienes de la personalidad, el honor adquiere una especial trascendencia y es considerado como uno de los más importantes bienes jurídicos que hacen referencia a la persona. Al tratarse el derecho al honor de un bien individual y social, cualquier tipo de sistema de Derecho se interesa por regular y proteger el honor, y ello debido a su gran trascendencia tanto para la persona como para la sociedad.

Tal relevancia que ostenta el honor entendido como derecho de la persona trae causa de una dimensión social que trasciende el ámbito de lo personal; o lo que es lo mismo, el honor se aparta del plano personal y se proyecta en los demás miembros de la comunidad.[7] En este sentido, decimos que el valor jurídico del honor proviene de la consideración de que se trata de un bien de gran relevancia tanto para el individuo como para la sociedad, entendiendo así que se presenta una doble dimensión individual y social. Dimensión individual ya que tiene su origen en la persona misma y, a su vez, es un bien social en el sentido de que se dirige a los miembros de la comunidad para que tal dignidad sea

5. MILLAN PUELLES (1986): 16.
6. CASTAN TOBEÑAS (1952): 10 y ss.
7. SORIA, C. (1981): 23 y 24.

reconocida y respetada, haciendo posible de tal forma el conjunto de relaciones intersubjetivas.

Por todo ello, resulta evidente esa necesidad de que el Derecho imponga una regulación pertinente del derecho al honor. La desprotección de este derecho en un sistema jurídico como es el nuestro, tendría consecuencias negativas tanto en la dimensión individual como en la dimensión social. Para la dimensión individual, en cuanto se haría caso omiso de las manifestaciones con más relevancias de su personalidad y dignidad, y para la dimensión social, puesto que se establecería una grieta en el principio del respeto intersubjetivo que debe regir las relaciones sociales, quedándose desprotegida la paz social.

Tal necesidad de establecer una regulación jurídica acorde al honor actualmente se hace más importante, ya que en virtud de lo esgrimido por CASTÁN, debido a la relevancia que adquiere la dignidad de la persona en el mundo moderno, es cada vez más necesaria su protección y desarrollo, debido como reseña el autor precitado, a «que en la vida moderna, con su complejidad y sus progresos técnicos, han aumentado las ocasiones y los procedimientos de lesión de los atributos de la personalidad».[8]

Una vez adentrados en la dimensión jurídica del honor, creemos de gran importancia hacer mención de las diversas formulaciones jurídico-positivas del honor sin realizar un análisis demasiado minucioso. Es decir, trataremos de analizar única y exclusivamente la diversa naturaleza que adquiere el honor en el ámbito del Derecho privado, por un lado, y la que adquiere en los sectores del Derecho constitucional, por otro lado.

Dividiremos el estudio en dos apartados; a saber: primero, el honor como uno de los derechos de la personalidad, y segundo, el honor como uno de los derechos fundamentales.

8. CASTAN TOBEÑAS (1952): 61.

1.1.2 El honor como uno de los derechos de la personalidad

Los denominados derechos de la personalidad proceden del Derecho civil y, por ende, se hallan inmersos dentro del campo del Derecho privado. Sirven para designar un conjunto heterogéneo de derechos subjetivos (como puedan ser el derecho a la vida e integridad; honor, intimidad e imagen; nombre, pseudónimo y títulos nobiliarios caracterizados de forma negativa por su naturaleza no patrimonial, y de forma positiva por proteger determinados atributos de la personalidad.[9]

Pues bien, el derecho al honor personal ha sido tradicionalmente situado entre los derechos de la personalidad concretándose su contenido en garantizar al individuo el dominio y reconocimiento de su dignidad moral. Es decir, tal y como garantiza STORCH DE GRACIA, «pretende la protección de las diversas manifestaciones del sentimiento de estimación de la persona». [10]

Encuadrada en tal concepción, la doctrina ha estimado que se trata de un derecho absoluto o ejercitable *erga omnes,* que se dirige al resto de miembros de la sociedad para que su titular vea reconocida su dignidad e integridad moral por vía de indemnización. Por lo demás, los derechos de la personalidad son de ejercicio personalísimo tal y como reseña el art. 162 del Código Civil, y se erigen como límite a la autonomía de la voluntad (art. 1255 CC).[11]

Como ya puso de relieve CASTAN, aunque en el Código Civil no existe una categoría reconocida de forma expresa de derechos de la personalidad, no ha faltado nunca una tutela civil dirigida al restablecimiento de éstos, a la cesación del daño producido y al resarcimiento por los perjuicios irrogados como consecuencia de esos ataques contra la personalidad.[12] La protección de que dispone el honor presenta en el Derecho español algunos caracteres:

9. DÍEZ-PICAZO (2012): 41.
10. STORCH DE GRACIA (1987): 1 y ss.
11. DÍEZ-PICAZO (2012): 42.
12. CASTAN TOBEÑAS (1992):30.

1º. Obtención insuficiente, en vía ordinaria, del resarcimiento por los daños que se causen al honor. Tal vía consistía tradicionalmente en la mera aplicación del artículo 1902 del Código Civil.

Por tanto, tal falta de protección jurídica en que se hallaba el derecho al honor trató de paliarse a través del reconocimiento de la naturaleza del honor como uno de los derechos fundamentales regulado en el artículo 18.1 de la Carta Magna. Asimismo, se patentó la absoluta necesidad de arbitrar una regulación civilista mucho más concreta y exhaustiva a la naturaleza de este delito, quedando así elaborada y promulgada la L.O. 1/1982 de 5 de Mayo, de Protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

La implantación de esta Ley ha sido ventajosa en muchos aspectos; no obstante, la mayor parte de la doctrina sostiene que se trata de una Ley un tanto insuficiente.

2º. La falta de una regulación concreta del honor como derecho de la personalidad en el ámbito del Derecho privado ha desembocado en que la jurisprudencia juegue un papel imprescindible en el amparo de tal derecho, tratando así de establecer una serie de límites, concretándolos y delimitándolos, etc.

1.1.3. El honor como derecho fundamental

Junto al derecho a la intimidad y a la propia imagen, el derecho al honor se encuentra regulado en el art. 18 CE. En la mayoría de las declaraciones de derechos el honor, en cuanto derecho fundamental, suele estar ausente. No obstante, podemos vislumbrar una excepción en el art. 17 PIDCP, el cual ampara "los ataques ilegales a su honra y reputación" como garantía de la vida privada de la persona.

Atendiendo al Convenio Europeo de Derechos Humanos, al estudiar el contenido del art. 8 apreciamos como ostenta un contenido bastante similar al del art. 18 de la CE; pues aquél regula el derecho a la vida privada y familiar así como la inviolabilidad del domicilio. Sin embargo, hemos de dejar constancia de que el artículo 8 del CEDH no reconoce el derecho al honor, apareciendo simplemente como un límite a la libertad

de expresión en el artículo 10, bajo la consideración de "derecho a la reputación ajena".[13]

De una forma concreta, podemos afirmar que el derecho a la intimidad, incluidas aquí su dimensión familiar, la inviolabilidad del domicilio y el secreto de las comunicaciones reciben un tratamiento común hasta el punto de que se ha sostenido que el concepto "vida privada" que reseña el CEDH sea equivalente al de "intimidad personal" que utiliza la CE. Afirmamos por tanto, junto con el profesor SANTOLAYA, «la identificación, en su núcleo esencial, entre intimidad y *right of privacy*, en la expresión del célebre trabajo de Warren y Brandeis en la Harvard Law Review, que consiste en poder establecer determinadas zonas o ámbitos protegidos frente a cualquier injerencia exterior». [14]

Me posiciono en favor de la línea argumentativa que adopta el Profesor SANTOLAYA de que «nos encontramos ante manifestaciones de un mismo bien jurídico: la necesidad de garantizar la intimidad o vida privada, que la Res. 428 de 1970 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa definió como el derecho de vivir la vida de cada uno con un mínimo de interferencia. Comprende la vida privada, la familia, la vida en el domicilio, la integridad física y moral, el honor y la reputación, el evitar ser colocado bajo una falsa luz, la no revelación de hechos irrelevantes o embarazosos, la publicación no autorizada de fotografías privadas así como la protección de la divulgación de información dada y recibida por el individuo de manera confidencial...». [15]

Como ya hemos reseñado con anterioridad, el derecho al honor no se refleja expresamente en el CEDH; sin embargo, es el artículo 10 del Convenio el que en su apartado 2º hace un remisión al mismo bajo la consideración de "*reputación ajena*"; quedando así configurado el derecho al honor como un límite a la libertad de expresión.[16] Por su parte, el TEDH ha establecido una serie de criterios muy estrictos para aceptar las limitaciones de la libertad de expresión cuando ésta se ejercita en

13. SANTOLAYA (2009): 546.
14. En este sentido, véase la STC 73/1982, de 2 de diciembre, en virtud de la cual se expresa que "un ámbito o reducto en el que se veda que otros penetren" o la STC 231/1988 de un "ámbito propio reservado frente a la acción y conocimiento de los demás".
15. SANTOLAYA (2009): 546 y 545.
16. Véase en este sentido la STEDH de 14 de octubre de 2008 (Caso Petrina contra Rumania).

el marco del "debate público" (que engloba tanto el debate político en sentido estricto, como el debate sobre asuntos de interés general) que cuando se ejerce en otros contextos en los cuales la contribución al desarrollo de los principios democráticos es mucho menor.[17] El Tribunal ha confiado una protección singular a la libertad de expresión realizada por representantes populares en el marco del debate político. En ese sentido, sostiene BUSTOS GISBERT, la *political speech* es un bien digno de especial protección por su estrecha relación con la garantía de una verdadera sociedad democrática. Esto es, se ha interpretado de forma restrictiva cualquier tipo de injerencia en el ejercicio de este derecho cuando es ejercido tanto por representantes políticos,[18] como sindicales, [19]etc.

De la misma forma, se ha entendido que las críticas al gobierno tienen un enorme margen de maniobra ya que el mismo dispone de instrumentos suficientes para defenderse, como veremos posteriormente en el asunto Castells contra España de 23 de abril de 1992.

17. RAFAEL BUSTOS GISBERT (2009): 595.
18. Véanse en este sentido, entre otros, las STEDH de 23 de abril de 1992 (Caso Castells contra España), la de 27 de abril de 1995 (Caso Piermont contra Francia), la de 27 de febrero de 2001 (Caso Jerusalem contra Austria) y la de 27 de julio de 2007 (Caso Sanocki contra Polonia).
19. Véase la STEDH de 25 de noviembre de 1999 (Caso Nilsen & Johnsen contra Noruega).

1.2. Conflicto entre el derecho al honor y el derecho a la libertad de expresión e información

Como ya he señalado, el art. 18.1 CE ampara el derecho al honor, junto al derecho a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen; mientras que el art. 20.1 CE reconoce el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, escrito o cualquier otro medio de reproducción, es decir, lo que constituye la esencia de la libertad de expresión, así como la libertad de información. Los límites de estos derechos se encuentran en el art. 20.4 CE, el cual reseña que "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", esto es, el constituyente tiene constancia de que es posible que exista un conflicto entre el derecho al honor y las libertades de expresión e información.

La libertad de información otorga a cualquier persona el derecho de comunicar y recibir de forma libre información veraz, por cualquier medio de difusión. Ese ámbito lo constituyen los hechos noticiosos, susceptibles de contraste con datos objetivos, aunque habitualmente se entremezclen en un mismo acto de comunicación elementos informativos y valorativos no fácilmente separables. La libertad de información contempla información gráfica o la realizada mediante imágenes, así como el tratamiento humorístico de los acontecimientos noticiosos. Cuando es ejercida por profesionales del periodismo a través de medios de comunicación es cuando ostenta mayor protección constitucional.[20]

La STS 93/2013, de 18 de febrero de 2013 (Sala 1ª, de lo Civil) reseña que: *"La libertad de información comprende la comunicación de hechos susceptibles de contraste con datos objetivos y tiene como titulares a los miembros de la colectividad y a los profesionales del periodismo. No siempre es fácil separar la expresión de pensamientos, ideas y opiniones garantizadas*

20. LOPEZ MARTÍNEZ, J.C. (2013):5.

por el derecho a la libertad de expresión de la simple narración de unos hechos garantizada por el derecho a la libertad deinformación, toda vez que la expresión de pensamientos necesita a menudo apoyarse en la narración de hechos, ya la inversa.21 Cuando concurren en un mismo texto elementos informativos y valorativos es necesario separarlos, y solo cuando sea imposible hacerlo habrá de atenderse al elemento preponderante".[22] Tal sentencia continúa poniendo de relieve que *"La protección constitucional de las libertades de información y de expresión alcanza un máximo nivel cuando la libertad es ejercitada por los profesionales de la información a través del vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública que es la prensa, entendida en su más amplia acepción".*

En cuanto a la libertad de expresión, cabe decir que ésta reconoce el derecho a expresar y difundir libremente pensamientos, ideas y opiniones a través de la palabra, el escrito o cualquier medio de reproducción. Su ámbito no comprende la comunicación de hechos noticiosos sino la emisión de juicios de valor, pensamientos, opiniones, tanto de carácter personal como subjetivo. De ahí que su campo de actuación sea mayor, comprendiendo la crítica de la conducta de otro, inclusive la que puede molestar, y quedando excluido solamente el uso de expresiones indudablemente injuriosas, sin relación e innecesarias con las ideas u opiniones que se expresan. En el momento que informaciones y opiniones suelen presentarse juntas, siempre que sea posible deben deslindarse los aspectos informativos y valorativos. En el caso de que no sea posible hacerlo, se ha de estar al elemento preponderante.[23]

La libertad de expresión, que garantiza el artículo 20 de la CE, tiene un campo de acción más amplio que la libertad de información,[24] ya que no comprende como ésta la comunicación de hechos, sino la emisión de juicios, creencias, pensamientos y opiniones de carácter personal y subjetivo.

Pues bien, una vez expuesto de un forma sucinta ambos conceptos, hemos de dejar sentado que para la resolución del conflicto entre tales

21. Véanse en este sentido la STC 29/2009, de 26 de enero y la STC 77/2009, de 23 de marzo.
22. En este sentido véase la STC 107/1988, de 8 de junio.
23. LOPEZ MARTÍNEZ, J.C. (2013): 7.
24. En este sentido véanse la STC 104/1986, de 17 de julio y la STC 139/2007, de 4 de junio.

derechos fundamentales deben aplicarse técnicas de ponderación constitucional, atendiendo a las circunstancias del caso, esto es, se debe proceder a examinar la intensidad y trascendencia de cada derecho, en aras a elaborar una regla que priorice un derecho sobre otro y permita resolver el caso mediante su subsunción en dicha regla. Como regla general, se establece la prevalencia del derecho a la libertad de expresión e información, sobre el derecho al honor. No obstante, tal ponderación debe respetar la posición prevalente que ostenta el derecho a la libertad de información 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.[25]

Por tanto, la técnica de ponderación exige analizar los presupuestos, jurisprudencialmente exigibles, que deben concurrir para que la preeminencia en abstracto de las libertades de expresión e información no ceda, en el caso concreto, a favor del derecho al honor.[26]

Con carácter general, podemos afirmar que, en el contexto de la libertad de información, esos requisitos son tres: interés público, veracidad y carácter no injurioso de la información. En cuanto al ámbito de la libertad de expresión deben de concurrir todos ellos menos el de la veracidad, sin embargo, con carácter general para que la información prevalezca sobre el derecho al honor debe reunir los presupuestos de "interés público, veracidad y exposición no injuriosa o insultante". [27]

1.2.1. Interés público

Para refrendar la exclusión de la antijuridicidad de las intromisiones en el derecho al honor cuando se trata de informaciones que van referidas al desempeño de actividades políticas, por concurrir en tales casos el interés público, no citaremos mas sentencias que la STC 143/1991, en concreto su Fj. 3º: *"cuando la información trasmitida sea veraz y esté referida a asuntos públicos que son de interés general por las materias a que se*

25. En este sentido véanse la STS 1457/2009, de 11 de marzo de 2009 (Sala 1a , de lo Civil) y la STS 62/2013, de 5 de febrero de 2013 (Sala 1a, de lo Civil).
26. ECHARRI CASI, F.J. (2013): 4.
27. Ídem.

refieren y por las personas que en ellas intervienen", tal derecho a la información debe prevalecer. Es por ello que el fundamento de toda la argumentación ya consignada con anterioridad para hacer prevalecer el artículo 20.1 CE, cuando *"se quiere ejercer sobre ámbitos que pueden afectar a otros bienes constitucionales, como es el honor... es preciso, para que su proyección sea legítima que lo informado resulte de interés público"*.[28]

Asimismo, el interés público o general de la noticia se considera implícito en cualquier información que afecte a hechos o sucesos de relevancia penal.[29]

Por su parte, es jurisprudencia consolidada que la ponderación debe tener en cuenta si la información tiene relevancia pública o interés general en cuanto puede contribuir al debate en una sociedad democrática cuando se proyecta sobre personas que desempeñan un cargo público o tienen una personalidad política y ejercen funciones oficiales o se trata, simplemente, de satisfacer la curiosidad humana por conocer la vida de personas con notoriedad pública que no ejerzan tales funciones.[30]

Por tanto, podemos decir que el objeto de la cuestión radica en determinar el interés público de cada información u opinión en tanto en cuanto afecte a cuestiones que, principalmente, pertenecen al ámbito privado de personas con proyección pública.

Pues bien, la relevancia pública o el interés general de la información puede derivar tanto del carácter público o social de la materia noticiosa como del carácter público, de la relevancia o notoriedad social, de la persona sobre la que se informa.

Para que quede más clara la postura que adopta la jurisprudencia vigente al respecto, citamos las STS 1229/2013, de 18 de febrero de 2013 (Sala 1ª, de lo Civil), en virtud de la cual se arguye que: *"la ponderación debe tener en cuenta si la información tiene relevancia pública o interés general o se proyecta sobre personas que ejerzan un cargo público o una*

28. En el mismo sentido, véase la STC 20/1992, de 14 de febrero (en concreto su Fdj. 30).
29. Véase en este sentido la STS 1856/2004, de 8 de julio (Sala 1a, de lo Civil) y la STS 86/2010, de 13 de septiembre (Sala 1a, de lo Civil).
30. Así lo refleja la STC 115/2000, de 10 de mayo.

profesión de notoriedad o proyección pública31 pues entonces el peso de la libertad deinformación es más intenso, como establece el artículo 8.2.a) LPDH (1139/1982), en relación con el derecho a la propia imagen aplicando un principio que debe referirse también al derecho al honor. En relación con aquel derecho, la STS 17 de diciembre de 1997 (Sala 1ª, de lo Civil) (no afectada en este aspecto por la STC 24 de abril de 2002) declara que la "proyección pública" se reconoce en general por razones diversas: por la actividad política, por la profesión, por la relación con un importante suceso, por la trascendencia económica y por la relación social, entre otras circunstancias. Cuando la difusión de datos de carácter privado afecta no solo al personaje a quien corresponde el ejercicio de funciones oficiales, sino también a terceras personas, debe valorarse en qué medida la difusión de los datos relativos a éstas está justificada por razón de su carácter accesorio en relación con el personaje al que se refiere, la necesidad de su difusión para ofrecer la información de que se trate y la aceptación por el tercero de su relación con la persona afectada como personaje político. En suma, la relevancia pública o interés general de la noticia constituye un requisito para que pueda hacerse valer la prevalencia del derecho a la libertad de información cuando las noticias comunicadas redunden en descrédito del afectado».

Por su parte, la STS 438/2013, de 18 de febrero de 2013 (Sala 1ª, de lo Civil) también es importante a éste respecto ya que sostiene que *"La ponderación debe tener en cuenta si la información tiene relevancia pública o interés general en cuanto puede contribuir al debate en una sociedad democrática cuando se proyecta sobre personas que desempeñan un cargo público o tienen una personalidad política y ejercen funciones oficiales o se trata,*

31. En este sentido véanse la STC 68/2008, de 23 de junio y la STS 125066/2009, de 6 de julio de 2009 (Sala 1a, de lo Civil).

simplemente, de satisfacer la curiosidad humana por conocerla vida de personas con notoriedad pública que no ejerzan tales funciones".[32]

1.2.1. Criterio de veracidad.

El requisito de la veracidad no concurre cuando se ejerce la libertad de expresión. Es de aplicación a todo tipo de información pública y, debemos llegar a entenderlo como el resultado de una razonable diligencia por parte del informador para poder contrastar la noticia en virtud de las pautas profesionales ajustándose a las circunstancias del caso, aun cuando la información, con el transcurso del tiempo, pueda ser desmentida o no resultar confirmada. De ahí que no se excluya en caso de que la información presente errores o inexactitudes no esenciales, accesorias o meramente circunstanciales.[33]

Es por ello que decimos que, la importancia de la veracidad para el ejercicio de varios derechos fundamentales es determinante. El art. 20.1 CE queda configurado como un derecho que pende de tal límite para conseguir un amparo prevalente del sistema de protección constitucional y, consecuentemente, para la intromisión legítima en el derecho al honor.

32. Véanse en este sentido las siguientes Sentencias: (SSTEDH 1991/51, Observer yGuardian, 2004/36, Plon, Von Hannover y Alemania, SSTC 115/2000 y 143/1999 y SSTS de 5 de abril de 1994, 7 de diciembre de 1995, 29 de diciembre de 1995, 8 de julio de 2004, 21de abril de 2005 (Sala 1a de lo Civil). En éste sentido la STS 134858/2012, de 24 de julio de 2012 (Sala 1a, de lo Civil) expresa que «La posición prevalente de la libertad de información ejercida en medios de difusión pública, y su trascendencia para la formación de la opinión pública libre, no puede ser excluida a priori en función de la naturaleza y del contenido de los programas o publicaciones o en atención a su calidad informativa, pues la labor ejercitada por los medios de comunicación no solo depende de programas en los que se aborde directamente información sobre temas políticos o se promueva la expresión de opiniones sobre éstos, sino de todos aquellos que, cualquiera que sea su objeto o su formato, sean susceptibles de influir sobre la opinión pública. No puede desconocerse la existencia de publicaciones y programas de entretenimiento, en el que la información se centra exclusivamente en personajes públicos. La legitimidad o no de la información estará en el cumplimiento de los parámetros constitucionales a los que antes se ha hecho referencia». En igual sentido, SSTS 7990/2013, 18 de febrero de 2013 y 6135/2012, de 19 de enero de 2012.
33. LOPEZ MARTÍNEZ, J.C. (2013): 14.

Sin embargo, ni siquiera entiende el Tribunal Constitucional que la veracidad equivalga a "*verdad nítida*" comprobable. Esto es, tal requisito no exige que los hechos o expresiones sean verdaderos en un sentido riguroso, sino que impone un específico deber de diligencia en la comprobación razonable de su veracidad; de forma tal que dicha garantía constitucional sólo es negada en supuestos en los que se actúa con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo informado, comportándose de manera negligente o irresponsable al trasmitir como hechos verdaderos simples rumores carentes de toda constatación o meras invenciones o insinuaciones insidiosas.[34]

1.2.3. Carácter no injurioso, denigrante o desproporcionado

Atendiendo al carácter no injurioso, denigrante o desproporcionado, la información debe exteriorizarse de tal forma que no revista tales caracteres, en todo caso sea innecesario para cumplir el fin informativo si bien el requisito de la proporcionalidad no obliga a prescindir de la concisión propia de los titulares o de las demás particularidades propias del lenguaje oral o escrito, excepto en supuestos en que se contengan expresiones que estén desconectadas con el resto de la narración y susceptibles de generar dudas específicas sobre la honorabilidad de las personas. [35]

Tal carácter también lo podemos apreciar ante insinuaciones, evasivas o dejando en el aire sospechas que carecen de fundamento. Su apreciación obliga a tomar en cuenta el contexto y no los términos o expresiones aisladamente consideradas, debiendo huirse también del significado literal, de una concepción abstracta del lenguaje (estrictamente sintáctica o semántica) en beneficio de una concepción pragmática.

34. Así lo expresa el fundamento jurídico quinto de la STC 6/1988, de 21 de enero.
35. ECHARRI CASI, F.J. (2013) : 5.

Por ello, es jurisprudencia consolidada del TC que la transmisión de la noticia o reportaje no puede sobrepasar el fin informativo que se pretende dándole un carácter injurioso, denigrante o desproporcionado, porque la CE "*no reconoce un hipotético derecho al insulto*". [36]

36. En este sentido véanse las SSTC 217/2007, de 15 de enero y 39/2007, de 14 de abril.

1.3. Tutela jurisdiccional: En especial, las Medidas cautelares.

En cuanto a la tutela jurídica, las intromisiones ilegítimas en el derecho al honor de las personas constituyen un ilícito civil, pero a su vez, la conducta puede también tener trascendencia penal, como sucede en los delitos de injurias y calumnias. En este sentido GARCÍA PRADA sostiene que la construcción jurídico social del derecho al honor, llevada a cabo tradicionalmente en el campo del derecho penal, no impedía sin embargo que los conceptos esenciales de la misma no pudieran trascender a otros ámbitos jurídicos, como puedan ser el civil o el contencioso-administrativo.[37]

La promulgación de la Ley Orgánica 1/1982, supuso el reconocimiento específico de la protección civil de este derecho, pero de ninguna forma se pretendía llegar a sustituir los cauces de protección penal del derecho al honor, pues como acertadamente señalaba MUÑOZ MACHADO, el legislador en todo momento fue consciente de que el ilícito civil que en esta ley se regulaba, era al mismo tiempo ilícito penal, señalando expresamente el párrafo cuarto del preámbulo de la ley que «en los casos en que exista una protección penal tendrá ésta preferente aplicación, por ser, sin duda la de más fuerte efectividad». [38]

No obstante, en la presente investigación haré únicamente referencia a un aspecto concreto de la tutela judicial: las medidas cautelares.

Ello se debe a la gran importancia que a partir del año 2005 suscitaron la solicitud de las mismas, ya que es a partir de ese año cuando las primeras medidas cautelares son concedidas en el ámbito del derecho al honor.

Pues bien, una vez estudiados los artículos 721 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, hemos de reseñar que hay dos objetivos fundamentales cuando solicitamos una medida cautelar en el ámbito del

37. GARCIA PRADA (1993): 5.
38. MUÑOZ MACHADO (1998)

derecho al honor: **1º)** evitar que se irrogue cualquier tipo de daño o perjuicio que pudiera sufrir el sujeto durante la pendencia del proceso; y **2º)** evitar que las personas físicas o jurídicas obtengan ventaja de las infracciones en que incurren, aprovechándose generalmente de la dilatación de los procesos, conscientes de que el beneficio económico que obtendrán a lo largo del procedimiento (ya sean ingresos publicitario, índices de audiencia, etc...) resultará incomparable e infinitamente superior a cualquier tipo de condena.

En cuanto al primero de los objetivos, he de señalar que la duración del proceso es el peligro básico que intenta combatir cualquier solicitud de medida cautelar y por ello debe ir la misma encaminada a evitar el genérico peligro del daño causado por el retraso del procedimiento. Por su parte, el segundo de ellos creo que no debe ser consentido por los órganos encargados de administrar justicia, en tanto en cuanto una persona (sea física o jurídica), concretamente un medio televisivo, radiofónico o periodístico, realice un negocio a costa de los derechos de un justiciable. Pues queda claro que, atendiendo a los ingresos publicitarios y las cuotas de audiencia, las cantidades se tornan mucho mayores a la condena impuesta por el Juzgado.

Aplicado todo esto al mundo internauta, la vía legal de solicitar tales medidas sería la misma que se lleva realizando desde el año 2005, esto es, la solicitud de medidas cautelares en televisión y prensa escrita. Pues los presupuestos juridico-materiales o de fondo serían idénticos: **1º)** evitar cualquier tipo de daño al afectado durante la pendencia del proceso, y **2º)** evitar que la página web, periódico *online*, etc. ostente un beneficio económico muy superior a la futura condena.

02 El derecho al honor en internet

2.1. Consideraciones Generales

En el presente Capítulo trataré de dar una visión teórico-práctica sobre la controversia jurídica que suscita el derecho al honor en internet (portales de noticias, periódicos on line, blogs, redes sociales, etc). Para ello nos serviremos de la escasa jurisprudencia que ha ido sentando el Tribunal Supremo, el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, tratando de destacar unos "estándares" en los que queden claras las diversas posturas que adoptan los tribunales con respecto a las situaciones en que se ha visto vulnerado tal derecho.

Como bien sabemos, el uso de internet actualmente está a la orden del día; pero no sólo en el ámbito del entretenimiento o del ocio sino que, además y cada vez con más fuerza, se potencia para el ámbito laboral. Incluso los abogados, profesión que desde antaño se regía por el lápiz y el papel, estamos viendo como somos absorbidos por nuevas reformas legales orientadas a la extinción de aquéllos y dando un enfoque eminentemente tecnológico, siendo a día de hoy una de las mayores

novedades la obligatoria "firma electrónica o digital" para la presentación telemática de escritos.[39]

No obstante, como consecuencia del uso avanzado en estos últimos años de internet, se han ido generando nuevos debates legales en tanto en cuanto la implantación de nuevas herramientas de trabajo conlleva la aparición de nuevas infracciones; y digo"nuevas" porque anteriormente al no existir tales medios no se producían aquéllos quebrantamientos.

Así las cosas, no es baladí comenzar el análisis de toda la enjundia que suscita Internet, en cuanto a la aplicación del derecho se refiere. Pues para entroncar una profesión tan clásica, la cual se compone de un lenguaje rigorista y técnico, con un campo tan "moderno y avanzado" debemos ex ante comprender tanto el ámbito práctico como el ámbito teórico que nos ofrece la rama internauta, o por lo menos, tener unas nociones básicas de los conceptos red social (Facebook, Twitter, etc), blog personal o periódico online. Pues como posteriormente veremos, tratándose de uno u otro caso la responsabilidad variará.

En consecuencia, con la presente investigación y tras la exposición del aspecto histórico-dogmático del derecho al honor, quiero ofrecer un estudio sobre las intromisiones ilegítimas del derecho al honor en Internet habida cuenta del sinfín de información publicada la cual es leída por miles de personas que han navegado en el sitio web.

El objeto litigioso, tal y como diríamos en sede judicial, recae sobre los diferentes supuestos prácticos que hoy en día acaecen y las vías legales que podemos adoptar al respecto. Esto es, veremos desde rumores falsos publicados en páginas de internet, redes sociales, blogs, etc. hasta injurias que dañen la reputación o buen nombre ya sea de una persona física o de una persona jurídica.

En ese sentido, estudiaremos si prima facie el hecho de proferir algún tipo de injuria o calumnia contra cualquier persona física o jurídica puede afectar a otros ámbitos jurídicos (laboral, protección de datos, etc).

39. En este sentido, véase lo dispuesto en el Artículo 36.3 Iniciación del procedimiento por medios electrónicos, de la Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia.

2.2 Comentarios injuriosos y difamatorios en la red. ¿Prevalencia de la libertad de expresión/ libertad de información o del derecho al honor?

2.2.1 La responsabilidad jurídica de los periódicos online por los comentarios realizados por sus lectores.

Cuando vemos una noticia publicada en cualquier periódico online o en cualquier otra plataforma de internet siempre o en la mayoría de las ocasiones los lectores pueden dejar su opinión o comentario al respecto. Sin embargo, la ratio decidendi se presenta a la hora de identificar al responsable del mismo; pues esos comentarios pueden vulnerar el derecho al honor de cualquier persona, ya sea física o jurídica, puesto que lato sensu se utiliza el precedente de una noticia para posteriormente desahogarnos con ella. Llegados a ese punto nos debemos formular los siguientes interrogantes; ¿cómo podremos identificar al usuario que profiere tales declaraciones si la mayoría de ellos intervienen bajo seudónimos? ¿puede incurrir en responsabilidad algún tercero en vez del verdadero autor? ¿deben quedar impunes éste tipo de situaciones?

Esta serie de interrogantes obtendrán su respuesta y justificación legal en los siguientes apartados; atendiendo como no a la jurisprudencia existente al respecto.

Análisis de la Directiva 2000/31/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio y de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico.

Sin necesidad de exponer datos numéricos, a internet acceden diariamente millones y millones de personas; ya sea para hacer del mismo

un uso laboral, de ocio, etc. Siguiendo tal ecuación, es fácilmente comprensible que cada vez más son los derechos que se ven vulnerados en la red, pero en esta ocasión me centraré únicamente en el estudio de los perjuicios irrogados sobre los derechos personalísimos de una persona física o jurídica; en concreto, el derecho al honor.

Pues bien, a la hora de acceder a una noticia *online* en casi todas las webs, debajo de la noticia nos encontramos con un apartado titulado "Comentarios", a través del cual cualquier persona (ya sea bajo un identidad real o bajo seudónimo) puede proferir todo tipo de injurias, calumnias, etc. que dañen la honorabilidad del sujeto objeto de noticia. Es en este punto cuando nos debemos preguntar, ¿quién ostenta la responsabilidad de esas declaraciones que vulneran el derecho al honor de nuestro patrocinado y, consecuentemente, quién estará legitimado pasivamente?

Cuando queremos iniciar un proceso civil contra un medio de comunicación como consecuencia de una intromisión en el derecho al honor de un sujeto, la responsabilidad civil recaerá sobre el autor, editor y director solidariamente; por lo que la demanda se interpondrá contra cualquiera de ellos.[40] Así lo estipula el artículo 65.2 de la Ley de Prensa e Imprenta de 1966, de marzo de 1966.

Es decir, cuando se da el suceso típico en esta serie de procedimientos en que una persona (generalmente personaje público)[41] es objeto de una serie de declaraciones por parte de un periódico que rebasan la esfera más personal, éste será el responsable; sin perjuicio de que la demanda se dirija contra el autor, editor o director del periódico.

40. En particular, en materia de derechos fundamentales, el TS ha declarado (SSTS de 7 de marzo de 2013, rec. no 645/2011, con cita de STS de 31 de mayo de 2011) «que la obligación de responder por los daños causados por más de un agente, como consecuencia de la lesión al derecho fundamental ..., debe ser calificada como obligación solidaria»

41. Digo que generalmente los demandantes suelen ser "personajes públicos" ya que son las únicas personas que se encuentran diariamente sometidas a la valoración pública. Pues al trabajar en medios televisivos, radios, etc. los insultos que se profieren en su contra son vistos por millones de personas y, en consecuencia, a fin de limpiar su imagen pública se ven obligados a formular demanda. (No tanto en aras a conseguir un beneficio económico, sino a conseguir una restitución moral). Ello no quiere decir que las personas anónimas no demanden, sino que lo hacen en menor medida habida cuenta de la escasa relevancia o trascendencia pública que tendrán tales declaraciones.

Sin embargo, cuando tiene lugar una publicación en un periódico *online* existe la posibilidad de que tales noticias sean comentadas por l os usuarios; a diferencia de los periódicos físicos en que tal posibilidad nunca ha existido.

Prima facie podríamos pensar que si cualquier usuario realiza alguna declaración injuriosa contra una persona a tenor de la noticia publicada, sería éste el que única y exclusivamente respondería por los perjuicios ocasionados. A continuación, adentrándonos en la materia veremos como esa línea hoy día no es la que aplican los órganos jurisdiccionales.

Así las cosas, deberemos de analizar las fuentes legales que soportan tal controversia.

En el ámbito europeo, las normas que regulan ésta casuística es la Directiva 2000/31/CE, del Parlamente Europeo y del Consejo, de 8 de junio, relativa a determinados aspectos de los servicios de la sociedad de la información, en particular, el comercio electrónico en el mercado interior y, en E.E.U.U., el artículo 230 de la Communications Decency Act.

En esta ocasión, nos centraremos en "el cambio de dirección" que implanta la Directiva 2000/31/CE al punto de otorgar a los prestadores de servicios de la información (en adelante, ISPs) responsabilidad civil por intromisiones en el derecho al honor.

En este sentido, el artículo 14 dispone que:

1. Los Estados miembros garantizarán que, cuando se preste un servicio de la sociedad de la información consistente en almacenar datos facilitados por el destinatario del servicio, ***el prestador de servicios no pueda ser considerado responsable de los datos almacenados a petición del destinatario,*** *a condición de que:*

a) *el prestador de servicios* ***no tengaconocimiento efectivo*** *de que la actividad a la información es ilícita y, en lo que se refiere a una acción por daños y perjuicios, no tenga conocimiento de hechos o circunstancias por los que la actividad o la información revele su carácter ilícito, o de que*

b) *en cuanto tenga conocimiento de estos puntos, el prestador de servicios actúe con prontitud para retirar los datos o hacer que el acceso a ellos sea imposible.*

Con efectos *ad intra*, la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, que transpuso la Directiva 2000/31/CE a nuestro ordenamiento jurídico, establece, en su artículo 16, la concurrencia de los dos mismos requisitos para atribuir responsabilidad civil al prestador de servicios.

En concreto, el artículo 16 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, dispone que:

1. Los prestadores de un servicio de intermediación consistente en albergar datos proporcionados por el destinatario de este servicio ***no serán responsables por la información almacenada a petición del destinatario, siempre que:***

a) No tengan ***conocimiento efectivo*** *de que la actividad o la información almacenada es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, o*

b) Si lo tienen, ***actúen con diligencia para retirar los datos*** *o hacer imposible el acceso a ellos.*

Ahora bien, hemos de seguir el análisis teórico exponiendo el significado que adquiere el "conocimiento efectivo" y la "diligencia debida" para la retirada de datos.

a) "El conocimiento efectivo"

Entenderemos por conocimiento efectivo que el prestador de servicios (en este asunto el periódico *online*) ostenta el conocimiento efectivo a que se refiere el párrafo a) cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenando su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse.

A continuación, a efectos de garantizar una mejor comprensión, citaré una sentencia del Tribunal Supremo mediante la cual se pronunció sobre la responsabilidad de los ISPs como consecuencia de las intromisiones del derecho al honor; suponiendo la misma un punto de inflexión.

De forma tal, veremos el alcance jurídico del significado del precitado requisito que impone el legislador.

Este Sentencia del Tribunal Supremo, de 9 de diciembre de 2009 (RJ 2010/131), de la cual es ponente D. José Ramón Ferrándiz Gabriel, trae causa de un asunto en que un grupo de internautas desarrolló una página web crítica con los modos llevados a cabo por la Sociedad General de Autores y Editores (SGAE) como consecuencia del ejercicio de defensa de derechos de sus asociados. En este sentido, he de transcribir las críticas vertidas en la página, no antes sin mencionar que los autores de los contenidos registraron el nombre de dominio como "*www.putasgae.com*". Fue en este enlace en el cual se profirieron los siguientes descalificativos: *"ladrones", "una banda de desocupados", "oportunistas sanguijuelas", "autores de redadas fascistoides*", "*matones a sueldo", "pandillas de mafiosos" o "putos chorizos"*.

En atención a tal suceso, la SGAE interpuso demanda ante el Centro de Arbitraje y Mediación de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, a fin de cancelar el citado nombre de dominio; la cual fue estimada mediante Decisión de 18 de diciembre de 2012. El Centro resolvió que existía un claro riesgo de confusión entre el nombre de dominio y las marcas que son titularidad de la SGAE. Literalmente, el Centro declaró que también existía un flagrante ataque al honor de la SGAE por el uso de tales términos denigrantes; continuando exponiendo que el demandado no puede amparar su conducta en el ejercicio de los derechos fundamentales de libertad de expresión y del derecho a recibir información.

Consecuentemente, la SGAE y su presidente D. Eduardo Bautista García, interpusieron demanda por vulneración del derecho al honor, solicitando una indemnización de 18.000 € para cada uno de los actores, así como el cese de los insultos proferidos. Sobre tales presupuestos jurídicos se pronunció el Juzgado de Primera Instancia nº 42 de Madrid, en sentencia de 15 de junio de 2005, estimando la demanda. Con posterioridad, la parte demandada interpuso recurso de apelación, pronunciándose la Audiencia Provincial de Madrid en el mismo sentido que el tribunal anterior. En última instancia, la parte que vió rechazadas sus

pretensiones interpuso recuro de casación por infracción de los artículos 18 y 20 de la Constitución y el art. 16 de la Ley 34/2002.

La controversia jurídica giraba entorno a si se debía interpretar de forma restrictiva el concepto "conocimiento efectivo" o si, *a sensu contrario*, ese concepto jurídico indeterminado era mecedor de una interpretación más laxa y acorde a las circunstancias concurrentes.

Para la Asociación el concepto debía entenderse de forma restrictiva y únicamente alcanzar a los supuestos en los que un ISPs hubiera conocido una resolución que declarara la ilicitud de los contenidos, ordenara su retirada, imposibilitara el acceso a los mismos o resolviera la existencia de una lesión. El Tribunal Supremo, en el fundamento jurídico 4º de la Sentencia dictada sostiene que una interpretación de tal calibre *"reduciría injustificadamente las posibilidades de obtención de conocimiento efectivo de la ilicitud de los contenidos almacenados y amplía correlativamente el ámbito de exención"*. En la misma línea, continúa la Sentencia *"que* ***un conjunto de circunstancias pueden servir para acreditar la existencia de conocimiento efectivo*** *(res ipsa loquitur) y, así, evita entrar en la discusión de si la Decisión del Centro de Arbitraje y Mediación de la OMPI podría constituir una resolución de un "órgano competente", con arreglo al artículo 16.1 de la Ley 34/2002"*. Adoptando la misma postura que la Audiencia Provincial de Madrid, el TS pone de relieve que el conocimiento efectivo puede obtenerse ***"a partir de hechos o circunstancias aptos para posibilitar, aunque mediatamente o por inferencias lógicas al alcance de cualquiera, una efectiva aprehensión de la realidad de que se trate"*** (FD 4º). En este asunto, para el Tribunal, el conocimiento efectivo era más que evidente: *"tal título [putasgae], por su carácter insultante, era un medio adecuado –ex re ipsa- para revelar, junto con las circunstancias concurrentes –en especial, la realidad de un conflicto entre dicha proveedora de contenidos y la entidad de gestión de derechos de propiedad intelectual demandante, conocido por la recurrente-,* ***el tenor injurioso de los datos alojados****"* (FDJ 4º).

b) "La diligencia debida"

El otro requisito que exige la Ley para exonerar de responsabilidad a los prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos

es el referente al desarrollo de una actuación diligente para la retirada de los datos si tuvieren conocimiento efectivo de que la actividad o la información almacenada es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización.

En este tenor se pronuncian expresamente los artículos 16 y 17 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.

Como sucede en muchas ocasiones, algunos conceptos como éstos (conocimiento efectivo y diligencia debida) se caracterizan por su indeterminación y su carácter abstracto; pues el concepto "diligencia debida" puede adoptar diversas interpretaciones, según lo queramos aplicar de forma restrictiva o de forma general.

No obstante, para entender perfectamente el significado y aplicación legal que le otorga el Tribunal Supremo expondremos una sentencia del año 2013 en la cual se vulnera el derecho al honor por falta de diligencia del medio, al rehusar un fax a la parte actora.

En este asunto, la Sala 1ª del Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por D. Arturo contra Editorial Ecoprensa, S.A., por incumplimiento del "*conocimiento efectivo*" y "*diligencia debida*". La editorial tuvo conocimiento ya que la parte demandante envió burofax advirtiendo de la retirada de tales insultos vertidos en la página web **www.elconomista.es** y también por "*falta de diligencia debida*" puesto que la entidad demandada rehusó la carta enviada.

El antecedente de hecho Séptimo manifiesta que la demandada *"no agotó **la diligencia que le era exigible** como tal creador y administrador de dicho foro, pues si bien en su página de Internet se recogen los datos para ponerse en contacto con ella, la advertencia de que las personas que accedan al mismo tienen que identificarse, impidió que el actor pudiera contactar con él y alertarle de las mismas y así ejercer el control a posteriori, retirándolas de inmediato, al rehusar el burofax enviado por el actor el 02/10/08 (doc. 4 de la demanda), por lo que procede declarar su responsabilidad."*

Tal y como podemos apreciar en esta Sentencia del TS, el concepto "*diligencia debida*" se aplicará atendiendo a las circunstancias concurrentes al caso, pues en este asunto vemos como el tribunal realiza una

serie de valoraciones sobre las actuaciones concretas desempeñadas por la parte demandada.

Por todo ello, en este sentido podemos concluir que para aplicar el concepto de "diligencia debida" se deben atender a las circunstancias concurrentes al caso, sin poder dejar sentado una serie de parámetros sobre lo que es diligencia debida o no.

Análisis jurisprudencial sobre "el cambio de dirección" en la responsabilidad de los ISPs.

Una vez expuestas las líneas teóricas sobre las que se basará éste epígrafe, pasaremos a ver (por orden jerárquico) los pronunciamientos de los tribunales sobre este tipo de asuntos, y la evolución jurisprudencial seguida.

Antes de continuar, he de señalar que no se trata la presente investigación de analizar las responsabilidades de los prestadores de servicios sino que es importante analizar esta cuestión al hilo de interponer la correspondiente demanda por vulneración del derecho al honor en Internet.

Con carácter previo a la interposición de la misma, hemos de estudiar si el prestador de servicios ostenta legitimación pasiva o se halla inmerso en el régimen de exenciones que confiere el legislador. Esto es, para que el tribunal competente declare esa vulneración del derecho al honor, primero efectuará una valoración sobre si es ése medio el que ostenta la responsabilidad o no. Es por ello por lo que, con carácter previo a adentrarnos en el núcleo de la investigación, hemos expuesto el contenido teórico que rige en este tipo de controversias.

Pues bien, el año 2009 fue el punto de inflexión en los pronunciamientos de los tribunales a este respecto. Con anterioridad a tal año, se venía observando una interpretación rígida del ya estudiado art. 16 de la Ley 32/2002, de 11 de julio.

A título de ejemplo, en el asunto "Aprendizmason.org", la Audiencia Provincial de Madrid desestimó la existencia de responsabilidad del prestador de servicios aun habiendo remitido la parte actora, por vía notarial, un requerimiento al prestador de servicios notificándole un

atentado con su honor. Ante tal suceso, el tribunal declaró que *"para que el prestador de servicios incurriera en responsabilidad, era requisito previo e ineludible* ***la existencia de una resolución del órgano competente****."*[42]

En el mismo sentido se pronunció el Tribunal Supremo en el asunto conocido como "Derecho.com". A pesar de que fueron admitidas unas medidas cautelares[43] que consistieron en el cese de publicaciones en las cuales se infringía el derecho al honor del demandante, el Supremo desestimó la existencia de responsabilidad del prestador de servicios habida cuenta de que éste solamente tuvo conocimiento efectivo de la infracción desde el momento posterior al dictamen de la sentencia.

Es por ello que hasta el año 2009 la tónica seguida por los tribunales era la de que para imputar responsabilidad al prestador de servicios, debía existir una resolución judicial previa que determinase la concurrencia del ilícito y que se pusiera en conocimiento del mismo prestador. Esto es, aunque hubiera un flagrante ataque al derecho al honor de un sujeto, las demandas eran desestimadas atendiendo a la garantía del derecho a la libertad de expresión y también en aras de evitar que el prestador soportara una carga de revisar y comprobar el contenido de los comentarios vertidos en la plataforma.[44]

Posteriormente, el TS con el dictamen de la Sentencia de 9 de diciembre de 2009 (asunto *"Putasgae.com"*), marcó un cambio evidente en este tipo de asuntos. Dejando atrás la línea seguida por los tribunales españoles (interpretación restrictiva del término "conocimiento efectivo") hasta el año 2009, se instaura una interpretación más amplia de tal concepto no circunscribiendo su concurrencia a la existencia de una resolución de un órgano competente en tanto en cuanto dicho conocimiento también se puede obtener cuando la intromisión en el derecho

42. Véase la SAP, núm. 835/2005 (Sección 14a), de 20 de diciembre. (Asunto **Aprendizmason.org**).
43. En el apartado 30 del Capítulo 1 de la presente investigación se desarrolla el contenido de las medidas cautelares.
44. En la SAP núm. 835/2005 (asunto **Apredizmason.org**) se hace referencia a que no se puede otorgar la misma responsabilidad a un prestador de servicios que a un director de medio de comunicación o director (culpa in vigilando) ya que es imposible controlar el enorme volumen de información que se introduce en los ISPs, no pudiéndose equiparar la figura de los ISPs a la de un editor ya que es un mero distribuidor de la información.

al honor del sujeto en cuestión sea flagrante; en virtud de las circunstancias que rodean el asunto.

a) Ámbito europeo

Esta Sentencia (asunto "*Putasgae.com*"), que posteriormente analizaremos, marcó las pautas a seguir en materia de responsabilidad de los prestadores de servicios, dictándose diversas sentencias al calor de aquélla.

A nivel europeo, el Tribunal de Estrasburgo dictó una Sentencia en fecha 10 de octubre de 2013, conocido como el asunto "*Delfi*", la cual causó cierto revuelo por el cambio que suponía tal pronunciamiento en estos asuntos.

El supuesto de hecho parte de una situación en la que terceros ajenos al portal de internet habían proferido una serie de comentarios difamatorios que atentaban claramente contra el honor de la víctima en relación con los siguientes hechos.

En primer lugar, decir que la sociedad DELFI AS es una sociedad que está domiciliada en España, siendo titular de un famoso portal de noticias en el cual, con fecha 24 de enero de 2006, fue publicado un artículo que criticaba la modificación de rutas de las embarcaciones que ostentaba un empresa de transporte marítimo. Tal adopción generó el enfado de bastantes usuarios los cuales quedaban afectados con grandes retrasos en la construcción de varias carreteras.

Tras este suceso, en la web (cuya titularidad pertenecía a DELFI AS) se publicaron diversos comentarios de los cuales una parte se componían de insultos y expresiones difamatorias contra la empresa nombrada y su accionista.

Sin perjuicio de que DELFI AS contaba con una serie de filtros automáticos los cuales operan al contactar con comentarios de carácter ofensivo, hubo una serie de ellos que aparecían en la plataforma a tenor de los cuales los abogados de la empresa instaron la retirada de esa serie de comentarios así como una indemnización de 32.000 €, en concepto de daños y perjuicios irrogados en el derecho al honor.

En virtud de tal petición, la primera se satisfizo no ocurriendo lo mismo con la segunda, esto es, el pago de 32.000 €.

Los tribunales de Estonia estimaron que se habían sobrepasado los cauces de la libertad de expresión como consecuencia de tales comentarios, y en consecuencia, el titular no había ejercido las oportunas actuaciones para la retirada de los mismos. Además, el titular estableció previamente medidas que tendían a la supresión inmediata de los comentarios en su portal lo cual le llevó a recurrir la decisión de los tribunales nacionales ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Se trataba de una especie de filtro que interactuaba de forma automática para bloquear palabras con cierto grado difamatorio.

El TEDH ratificó la decisión anteriormente adoptada por los tribunales estonios en el sentido de que no se había producido vulneración de la libertad de expresión e información en virtud del art. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH); y reseñando que las medidas adoptadas por el titular se tornaban insuficientes.

En sentido estricto, el TEDH niega que DELFI AS ostente un carácter pasivo de su actuación,considerando que la empresa ejerce un importante grado de control sobre los comentarios publicados en su portal. Así las cosas, es preciso tener en consideración que el apartado 42 de los antecedentes de la propia Directiva establece que *"Las exenciones de responsabilidad establecidas en la presente Directiva sólo se aplican a aquellos casos en que la actividad del prestador de servicios de la sociedad de la información se limita al proceso técnico de explotar y facilitar el acceso a una red de comunicación mediante la cual la información facilitada por terceros es transmitida o almacenada temporalmente, con el fin de hacer que la transmisión sea más eficiente. Esa actividad es de naturaleza meramente técnica, automática y pasiva, lo que implica que el prestador de servicios de la sociedad de la información no tiene conocimiento ni control de la información transmitida o almacenada"*.

Por todo ello, el TEDH concluye que los comentarios vertidos en la web eran de carácter difamatorio y que ocasionaban un perjuicio en el derecho al honor tanto de la persona física como jurídica afectadas, imponiendo en consecuencia una sanción de 320 €.

Es importante señalar la equiparación que hace el TEDH entre "*administrador de un portal de noticias*" y "*editor*", ostentando ambos responsabilidad directa por los contenidos publicados por los usuarios. Esto

es, deja sentado que los portales de noticias de internet ostentan la denominada "*culpa in vigilando*", al igual que los tradicionales medios de comunicación.

En resumidas cuentas, con anterioridad al año 2009, y a efectos de declarar la responsabilidad del prestador de servicios, los Tribunales españoles exigían la existencia de un resolución previa la cual decretase la existencia de la ilicitud. En sentido opuesto, en la actualidad los Tribunales españoles no exigen una previa resolución judicial, eso sí, debe exisitir un flagrante ataque al derecho al honor del sujeto afectado, exigiéndose de forma adicional una "especial diligencia" del prestador de servicios sin necesidad de requerimiento previo, tal y como veremos a continuación en las siguientes sentencias del Tribunal Supremo.

b) Ámbito nacional

Como ya he señalado, el año 2009 tuvo lugar un cambio de criterio jurisprudencial en esta serie de asuntos.

Yendo más lejos de la simple exposición de los fundamentos que sostiene ese giro, hemos de preguntarnos; ¿por qué es en ese año y no anteriormente cuando los tribunales otorgan una mayor protección al derecho al honor en esta serie de asuntos? ¿porqué se instaura un criterio más amplio sobre la interpretación del "*conocimiento efectivo*" en el sentido de atender a las circunstancias concurrentes al caso y no a la existencia de una resolución dictada por el órgano competente? A esta serie de preguntas responderé en la "Toma de postura" que se plasma en el apartado 2.1.4.

b.1.) STS, de 9 de diciembre de 2009 (SGAE Vs Asociación de Internautas)

En relación con este asunto ya comentado en el apartado correspondiente al "conocimiento efectivo" estudiado en el punto 2.1.1. referente al Análisis de la Directiva 2000/31/CE y de la Ley 34/2002, perteneciente al Capítulo II del presente estudio, expondré únicamente la conclusión a que llega la sentencia y el cambio de dirección en esta serie de supuestos; en aras a mostrar un conclusión jurídico-valorativa al respecto.

La recurrente niega que tuviera un "conocimiento efectivo" basándose en el significado que otorga el legislador a tales palabras; alegando, en consecuencia, que ningún órgano competente había declarado con carácter previo a la demanda la ilicitud de los datos almacenados o la lesión de los derechos de los actores y, en ningún caso, ordenando la retirada de contenidos.

Corolario de lo anterior es lo que sostiene el Tribunal Supremo, al desestimar el precedente motivo. En este sentido, el TS pone de relieve que no es conforme a la Directiva una interpretación del ap. 1 del art. 16 de la Ley 34/2002 como la propuesta por la recurrente, ya que *"reduce injustificadamente las posibilidades de obtención del "conocimiento efectivo" y amplía correlativamente el ámbito de la exención"*. El TS equipara el conocimiento efectivo a través de resolución judicial al conocimiento a través de hechos o circunstancias.

Es por ello que, como he señalado anteriormente, ésta sentencia ostenta una vital importancia toda vez que prescinde de la existencia de cualquier resolución judicial para esgrimir que, aún así, el presupuesto jurídico-procesal referente al "conocimiento efectivo" concurre por el conocimiento de las publicaciones a través de "hechos o circunstancias".

Por tanto, podemos ir adelantado que se instaura un concepto más amplio y permisivo acorde a la realidad del momento.

b.2.) STS, de 10 de febrero de 2011 (Asunto Ramoncín Vs. Alasbarricadas.com)

Continuando con el tenor de la precitada sentencia, y cerciorándonos de que esa línea no fue fruto de la casualidad y que a partir del 2009 se quería adaptar estos asuntos a la nueva realidad jurídica, traigo a colación la STS, de 10 de febrero de 2011 (conocido como asunto "*Ramoncín Vs. Alasbarricadas.co*m").

El supuesto de hecho de la misma trae causa de una demanda interpuesta en protección del derecho al honor por parte de José Ramón contra D. Xorxe como consecuencia de una serie de mensajes publicados en su página web, conocida con el nombre *"Alasbarricadas.com"* inmerso en el llamado "*Foro anarquista para el debate y contacto directo entre compañer@s" en el apartado "El Rey del Pollo Frito. Ramoncín*". En tales

foros se plasmaban una serie de expresiones despectivas y vejatorias sobre su persona, tales como: «solamente abro este tema para expresar mi odio más visceral a este gilipollas», «..., pedante, creído, tocapelotas/ovarios, farandulero, feo pasado por los quirófanos, mal artista, mal politiquillo, mal presentador de programas de tv, chupacámaras, etc...», «solo siento no haber estado en el último festival que estuvo pa descalabrarle con un pedrolo del vente»(mensaje publicado el día 13 de junio de 2006) o «menudo hipócrita menos mal que hay gente que desenmascara de vez en cuando a estos mentirosos. A ver si un día de estos le da un paro cardíaco después de haberse metido todo el dinero en dietas en cocaína, menudo imbécil» (mensaje publicado el 13 de junio de 2006) o «este hombre es un grandísimo payaso. Es eskoria, la hipocresía personificada. No sé si un tiempo pasado fue mejor, pero ahora mismo sólo se merece que su queridísima SGAE se quede sin dinero que robar y que termine viviendo en su amada sociedad capitalista como un mendigo» (mensaje publicado el 29 de junio de 2006). Además se publicó en dicha página web el 5 de octubre de 2006 una fotografía manipulada del actor, en la que aparece con la cabeza cortada, que supone una grave humillación y amenaza contra el mismo.

Se solicita por parte de la persona agraviada la condena del demandado a cesar en la perturbación ilegítima en su derecho al honor, eliminando de la web *"Alasbarricadas.org"* las expresiones y fotografías referidas, así como a publicar a su costa la sentencia en los mismos medios de puesta a disposición del público (página web de internet), una indemnización de 6.000 € y las costas procesales.

El JPI estima íntegramente la demanda considerando que tanto las expresiones proferidas en la web como la fotografía adjunta, conllevan una clara y evidente lesión al honor del actor, excediendo de la mera crítica o puesta en conocimiento de los demás de una simple información, constituyendo los mensajes y expresiones claros insultos; menoscabando inclusive su fama, buen nombre y prestigio profesional.

Huelga decir que tras esta serie de vejaciones publicadas, el afectado intentó contactar con el demandado a fin de que retirase de forma inmediata las expresiones atentatorias, resultando tal intento infructuoso en

tanto que la web no contenía información alguna sobre la identidad o titular de la página o su domicilio.

El Tribunal Supremo valora los dos puntos clave en este asunto y en la mayoría de éste perfil.

1º) Si el principal responsable de las expresiones aparecidas en la web debe ser el usuario que las registró y plasmó en la web o, realmente, la responsabilidad la ostenta el prestador de servicios de la sociedad de información.

En el recurso de casación interpuesto no se niega que nos encontremos ante una intromisión ilegítima en el derecho al honor, sino que se pasa directamente a hacer valer la responsabilidad de esa vulneración, esto es, la responsabilidad del verdadero autor de las declaraciones y no del prestador de servicios, puesto que se le estaría exigiendo un deber efectivo de control de las opiniones almacenadas, en detrimento de la libertad de expresión e información de los proveedores de contenidos.

2º) Niega la recurrente que conociera de la ilicitud de las opiniones y comentarios que profirieron los usuarios hasta el momento de recibir la demanda. En su virtud, intenta hacer valer el significado que el legislador español atribuye al *"conocimiento efectivo"*, en su art. 16, apartado 1, de la Ley 34/2002 que ya hemos expuesto. En este sentido, la recurrente manifiesta que ningún órgano competente había declarado la ilicitud de las declaraciones, y en consecuencia, tampoco ordenó su retirada.

Por todo ello, tal y como hemos visto en la STS, de 9 de diciembre de 2009 y en la interpretación que se ha de dar al apartado 1 del artículo 16 de la Ley 34/2002, el TS reseña que no puede dársele una interpretación tal habida cuenta de que *"reduce injustificadamente las posibilidades de obtención de un conocimiento efectivo de la ilicitud de los contenidos almacenados y amplía correlativamente el ámbito de exención"*.

A fortiori, no cabe prescindir de que el conocimiento efectivo se obtenga por el prestador de servicios a partir de "*hechos o circunstancias*" aptos para posibilitar, aunque mediatamente o por inferencias lógicas al alcance de cualquiera, una efectiva aprehensión de la realidad de que se trate.

Tal y como dice la Audiencia Provincial de Madrid *"su ilicitud es patente y evidente por sí sola, al no depender de datos o información que no*

se encuentren a disposición del intermediario. Tanto la foto como las expresiones empleadas constituyen una intromisión en el derecho al honor del demandante notoria y manifiesta que no era precisa resolución judicial que declarase la ilicitud del contenido de las mismas."

Es ésta conclusión la que se ajusta a la doctrina ya mencionada y la que nos lleva a poder afirmar que concurrió una grave falta de diligencia del demandado en el cumplimiento de la carga prevista en la letra b) del artículo 16 de la Ley 34/2002.

b.3.) STS, de 26 de febrero de 2013 (Caso "eleconomista.es")

En la misma tesitura se pronuncia el Tribunal Supremo, en su sentencia dictada el 26 de febrero de 2013 (conocida como el caso "*eleconomista.com*"), al pronunciarse sobre la responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación de la sociedad de información en relación con la inclusión de comentarios en los foros abiertos en las páginas web de noticias.

Mutatis mutandi, ésta sentencia no discute sobre el contenido y carácter ofensivo y difamatorio de las expresiones publicadas en el foro abierto en la página web "www.elconomista.es" , titularidad de la entidad demandada para comentar la noticia "*Los usuarios de Facebook fusilarán virtualmente a Cebollero*". Pues bien, en relación con tal suceso, los términos que se emplean por los usuarios (los cuales se consideran claramente vejatorios y despectivos sobre su persona) son:«este tío es un sinvergüenza y un mercenario», «este sarnoso se comerá sus propias mierdas (causa de su sarna)...», «lo digo por si a ese cerdo o a sus patéticos esbirros», «lo que verdaderamente es, un fascista», «este tío es un indeseable», «a ver si alguien se anima y lo hecha de España por apátrida», «lo mejor es darle una hostia cuando lo veas por la calle», «el problema de este consumidor de clínicas de estética», «su obra musical e intelectual es una mierda», « Cebollero me parece un fantasma putrefacto», «... no ser un parásito como es y tratar de vivir del cuento», «se me olvidaba que hace más de 20 años este sinvergüenza no hace nada», «me parece muy bien, y si le fusilan de verdad mejor», «que asco de pavo», «es un tío patético», «deberían fusilarlo a él», «que se joda puto cocainómano de mierda», «ha sido un yonqui», «muérete ya», «es

un gran *hdp*», «impresentables como el señor Cebollero » y «si este Cebollero hubiese salido más *tontolculo, no nace*».

Por tanto, tal y como sostiene el TS, no existiendo nigún tipo de debate en relación con la prevalencia del derecho el honor sobre la liberta de expresión, la cuestión radica en determinar la eventual responsabilidad de la demandada en relación con los contenidos alojados por terceras personas en su página web, esto es, la responsabilidad derivada del alojamiento y/o almacenamiento de aquellos datos.

A tenor de tales presupuestos fácticos, el demandante ejercita la protección de su derecho al honor contra la Editorial Ecoprensa, S.A., por las opiniones vertidas en el foro abierto en su página web *"eleconomista.es"*, solicitando su retirada, la publicación de la sentencia en dicha página de Internet así como una indemnización de 20.000 €. Como era de esperar, de contrario se aduce que concurre la falta de legitimación pasiva de la demandada toda vez que los comentarios son vertidos por terceras personas que acceden a dicho foro, que es un mero prestador de servicios de intermediciación por lo que es de aplicación el art. 16 de la Ley de Servicio de la Sociedad de la Información.

Para ver sucintamente la postura tanto del tribunal de primera instancia como del de apelación, diremos que la sentencia de primera instancia estimó parcialmente la demanda condenando al demandado a publicar a su costa la sentencia en la portada de la página web *eleconomista.es* durante el plazo de diez días, a retirar los contenidos injuriosos del foro respecto del demandante, así como al pago de una indemnización de 10.000 euros al demandante. La conclusión expresa que podemos obtener de la misma es:*"si bien no quedó acreditado que el demandado tuviera conocimiento efectivo previo de las expresiones vertidas en su foro y atentatorias al derecho al honor del demandante,* ***no agotó la diligencia que le era exigible como tal creador y administrador de dicho foro para tener un conocimiento efectivo a posteriori, a pesar de que el demandante a través de los servicios jurídicos de la SGAE envió a dicho medio un burofax el día 2 de octubre de 2008 a través del que se le requería la retirada de tales comentarios ofensivos y dicho burofax fue rehusado por la demandada.****"*

Me he querido detener en el estudio de los pronunciamientos del tribunal de primera instancia y de la audiencia provincial en tanto en cuanto optan por vías diversas; pues la sentencia de segunda instancia estimó el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada (revocando la de la primera) y absolviendo a la demandada de todos los pronunciamientos de ésta. Fundamentó tal conclusión en que *"el envío de un burofax por los servicios jurídicos de la SGAE y su rechazo por la demandada* ***no son suficientes para justificar la falta de diligencia de esta en la retirada de los comentarios ofensivos*** *porque: (a) se trata de un burofax en el que no aparece como remitente el demandante, (b) por el hecho de que el burofax proviniese de los servicios jurídicos de la SGAE y el demandante hubiese sido vocal de dicho organismo no tiene por qué exigir que la demandada estuviera obligada a conocer que la misiva contenía un requerimiento del demandante, (c) aun en el hipotético caso de que se hubiese probado que el burofax hubiese llegado a conocimiento de la demandada y que su contenido era el mismo que el de la carta acompañada a la demanda, de su contenido no se puede determinar qué comentarios eran ofensivos y debían ser retirados. De manera que no puede decirse que la entidad demandada tuviera conocimiento efectivo de que los contenidos almacenados eran ilícitos a juicio del demandante y que debían ser retirados de la página web eleconomista.es."*

Me ha parecido de gran relevancia transcribir éste punto puesto que el Tribunal Supremo dictará una sentencia orientada en otro sentido jurídico.

Como ya he comentado en apartados anteriores, La Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, explicita que, a efectos de la determinación de la responsabilidad de los prestadores de servicios por el ejercicio de actividades de intermediación, *"se estará establecido en los artículos siguientes, entre ellos, el 16 y 17 que, en relación con los prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos y que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda "condición atribuible a la demanda" proclama que los mismos no serán responsables por la información almacenada a petición del destinatario y la información a la que dirijan a los destinatarios de sus servicios siempre que no tengan* ***conocimiento efectivo*** *de que la actividad o la*

información es ilícita o lesiona bienes o derechos de un tercero susceptible de indemnización o, si es que lo tienen, ***actúen con diligencia*** *para retirar los datos o hacer imposible el acceso a ellos"*.

Ésta Sentencia cita textualmente la STS, de 9 de diciembre de 2009 (la cual ya hemos analizado y es la primera sentencia que se pronuncia en el sentido de otorgar responsabilidad a los prestadores de servicios en estos asuntos) a fin de dejar sentado que la demandada no se ciñe a la línea ya instaurada desde el año 2009.

Pues esta Sala, al igual que reseña el Ministerio Fiscal en su informe, estima que las conclusiones alcanzadas por la recurrente (en este asunto, persona física que ve vulnerado su derecho al honor) son conforme a la jurisprudencia dictada por la presente Sala y atribuye el mismo valor revelador del conocimiento efectivo al contenido y naturaleza de los mensajes, "*sumamente graves y claramente ofensivos al honor del demandante*", sin que pueda alegarse en ningún caso desconocimiento por parte de la entidad demandada (Editorial Ecoprensa, S.A. cuya página web es www.eleconomista.es) en virtud del fax recibido, habida cuenta que en él se advertía con claridad la existencia de comunicaciones que vulneraban el derecho al honor, reclamándose su retirada, "*hecho que respondía a la realidad y que impide que el titutlar de la página web pueda a partir de ese momento desconocer*".

Por todo ello, la Sala 1ª del Tribunal Supremo estima que la demandada (titular de la página web y creadora del foro de debate abierto) *"debió extremar las precauciones y ejercer un mayor control sobre las opiniones y comentarios alojados, cuyas connotaciones despectivas y peyorativas para el demandante no podían pasarle inadvertidas, pese a que del contenido del burofax no se desprendiera qué comentarios eran los que se consideraban ofensivos y procurar de este modo la pronta retirada de aquellos que manifiesta e inequívocamente aparecían como gravemente injuriosos o incitadores a la violencia. No puede pasar inadvertido el papel desempeñado por el titular de la página que no solo alberga un contenido externo, sino que* ***genera la posibilidad de realizar comentarios, incorporándolos a la noticia y permite que se consideren como elemento de valoración de la misma****".*

Tal y como quedó probado, la demandada rehusó el fax que remitió la parte actora quedando así truncada la comunicación con ella y así

conseguir la interrupción de la difusión de los comentarios lesivos y ofensivos para su persona habilitando su prolongación en el tiempo, concluyendo que la entidad demandada incurrió en incumplimiento del deber de diligencia que le correspondía.

Con la exposición de tal Sentencia, queda claro como la STS, de 9 de diciembre de 2009 es el punto de inflexión en este tipo de asuntos al declarar la responsabilidad del prestador de servicios e instaurar un concepto más amplio del "conocimiento efectivo", amén de la inexistencia de resolución judicial en tal procedimiento que declarase la ilicitud de las declaraciones.

Toma de postura

Atendiendo al giro jurisprudencial acaecido, tal y como hemos visto en la exposición de las anteriores sentencias, mi opinión se sustenta en que a partir del año 2009, con la proliferación del uso de las TICs, los derechos fundamentales no pueden quedar desprotegidos como consecuencia del uso masivo de aquellas. Es por ello que, en aras a otorgar la debida protección que se merece el derecho al honor en el campo internauta, se implante un interpretación acorde al respaldo de tal derecho y no una interpretación que dificulte su debido amparo.

En mi opinión, ésta postura es de todo punto acertada ya que se adapta al cambio informático que impera en la sociedad actual; aplicando de forma magistral los conceptos de que dispone el legislador a la realidad jurídica del momento.

Pues el hecho de que prolifere, a partir de esos años, el uso de internet no es óbice para que operar en la red se convierta en una patente de corso para divulgar a diestro y siniestro todo tipo de acusaciones e informaciones sin consecuencia jurídica alguna.

2.2.2. La responsabilidad jurídica personal de quién profiere los comentarios injuriosos o difamatorios en la red

Una vez estudiada la posibilidad de vulneración del derecho al honor a través de un medio de comunicación *online*, y su difícil identificación del sujeto responsable, pasaré a estudiar la segunda posibilidad existente; esto es, la vulneración del derecho al honor a través de las redes sociales.

En este tipo de supuestos, es más fácil el reconocimiento del sujeto que profiere tales descalificaciones habida cuenta del rastro dejado por el usuario en la red. De ninguna forma, los insultos y descalificaciones ocasionadas en la red pueden quedar impunes por el mero hecho de no realizarlas presencialmente. Más bien al contrario, pues hoy en día millones de personas tienen acceso a las redes sociales y tienen vía libre para el íntegro conocimiento de tales comentarios. Consecuentemente, es más gente la que se entera de tales descalificaciones y, por ende, la deshonra y el desprestigio sufrido por la víctima todavía es mayor. Al hilo de este suceso, el Código Penal recoge un nuevo agravante para los supuestos de estos delitos cometidos con publicidad; que en ésta ocasión no entraremos a analizar.

En la Sentencia, ya estudiada, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 10 de octubre de 2013 se expresa claramente que la responsabilidad del medio de comunicación y el máximo control que debe ejercer sobre los comentarios que se viertan no es aplicable a las redes sociales.

Por tanto, como a continuación expondré, la responsabilidad recaerá sobre el sujeto activo; que es el que escribe tales comentarios. A la postre, repararé también en la siguiente cuestión; ¿qué diferencia legal existe entre que los comentarios injuriosos se profieran contra personaje público, menores de edad, políticos o, incluso, el Rey en la red social?

Como ya sabemos, la restitución de los daños irrogados por intromisiones en el derecho al honor, puede ser (atendiendo a las circunstancias

concurrentes y al caso en concreto) objeto de reclamación tanto por la vía del derecho civil (demanda de juicio ordinario por intromisión ilegítima del derecho al honor en virtud de la Ley 1/1982, de 5 de mayo de protección civil del derecho al honor, intimidad personal y familiar y propia imagen) como por la vía del derecho penal (querella por delito de injurias y calumnias, ya sea con publicidad o no, regulados en el Título XI del Código Penal, en los artículo 205 y siguientes).

Habida cuenta de las posibles vías legales a tomar, en éste apartado incidiré en primer lugar en una serie de asuntos en que el autor responderá penalmente a título personal por los daños ocasionados en el honor de otra persona a través de unas declaraciones publicadas en la red, para finalizar el apartado con un asunto civil que se turnó al Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Pamplona, tras la interposición de la correspondiente demanda de juicio ordinario sobre tutela del derecho al honor.

Declaraciones en foro de Internet

Así las cosas, fue el Juzgado de lo Penal nº 1 de Badajoz, en fecha 15 de octubre de 2013, el que condenó a un ciudadano catalán por proferir una serie de insultos contra el presidente de Extremadura D. José Antonio Monago. Tales descalificativos se publicaron en un foro de Internet, registrado con el título *"Hay catalanes que les da asco ser españoles y a veces lo comprendo"*.

Con fecha 27 de mayo de 2010, éste ciudadano catalán creó una página y escribió: «Cuando se leen las declaraciones de un gran hijo de puta como debe ser este José Antonio Monago, candidato a la presidencia de la Comunidad de Extremadura con el PP. Un cabronazo que ha sido guardia civil y un gilipollas con todas las de la Ley».

Continuaba manifestando que: «Habrá robado la familia de este mamón de Monago? Pero lo peor es que los extremeños no reaccionan, no dicen nada delante tamañas mentiras. No se avergüenzan de tener por representante a un hijo de puta así como este Monago, que miente como un bellaco y ataca a una parte de españoles sin venir a cuento...».

En sus fundamentos de derecho la sentencia sostiene que *"este manifiesto (pues no puede denominarse artículo a escritura tal) es un claro*

ejemplo de ***atentado al derecho al honor*** *de una persona, cometido en represalia por sus declaraciones como político, en su condición de diputado y senador de la Comunidad Autónoma de Extremadura, que el acusado sobradamente conoce, de ahí la utilización de esa batería de insultos, sin ninguna justificación.*

Analizando con más detalle el texto, se detecta como en realidad, aunque contiene concretas frases insultantes reiteradas, una tras otra, de manera que suman más los insultos que el contenido de la opinión, del Sr. Monago, existe un ánimo de menospreciar y menoscabar no solamente la dignidad y el honor del Sr. Monago, sino de todo el pueblo extremeño, lo cual ya resulta patético a más de intolerable".

El juez reseña claramente que *"este relato tan poco atinado no es una manifestación de la libertad de expresión, de pensamiento ideas u opiniones, en un Estado libre y democrático, sino un abuso de esa libertad de expresión, una tiranía de la palabra (amén de la comisión del delito), que recuerda las ideas de ciertos regímenes totalitarios del pasado del continente europeo, sobre determinados pueblos."*

En consecuencia, sin dejar lugar a dudas de que se superaron sobradamente los límites de la libertad de expresión, la Sentencia fijó una condena de multa de 2.555 € (12 meses a razón de 7 euros/día) y una indemnización por daños morales de 2.500 € al tratarse de un delito de injurias con publicidad ya que los términos que publicó el internauta extralimitaban claramente su libertad de expresión; más las costas del proceso.

Empero, no solamente se profieren insultos y descalificaciones en portales de internet sino que, algo que está más a la orden del día y que parece poco a poco va adquiriendo más protagonismo en el mundo de las TICs, en las redes sociales (como puedan ser Facebook o Twitter) también se publican millones de comentarios, los cuales pueden ser susceptibles en muchas ocasiones de dañar nuestro honor, intimidad y propia imagen.

Fiel reflejo de ésta serie de sucesos es la Sentencia de 6 de mayo de 2014 dictada por una Juez de lo Penal que condena a un joven por un delito de injurias a través de las redes sociales contra la ex delegada del Gobierno y actual Presidenta de la Comunidad de Madrid, Dña. Cristina Cifuentes.

Los hechos traen causa de una cita que convocó el entonces presunto autor, a través de su cuenta de Facebook, consistente en bombardear a la ex delegada del Gobierno, Cristina Cifuentes, con una frase «Calla puta que no tienes dignidad». El resultado fue que, varias decenas de personas escribieron casi al mismo tiempo a la cuenta de Cristina Cifuentes, con el hashtag *#callaputa*.

Tras tales sucesos, la agraviada interpuso denuncia ante la Policía Nacional, después de recibir tales mensajes, descubriéndose tras las pesquisas realizadas por la Policía al autor e impulsor de los insultos proferidos. La Policía Nacional, a través del Grupo de Delitos Tecnológicos de la Brigada Provincial de Policía Judicial de Madrid identificó al joven, y el Grupo de Delitos Tecnológicos de la Brigada de Barcelona lo detuvo finalmente el 14 de junio de 2012.

La Sentencia condenó al joven, conocido en la red social Twitter como *Ximicomix*, por un delito de injurias contra la exdelegada del Gobierno, Cristina Cifuentes, a través de las redes sociales. El chico fue condenado a pagar 300 euros de multa, 1.000 euros de indemnización y las costas del juicio.

La escasez de la condena se debe a un acuerdo al que se llegó por ambas partes, teniendo el acusado que reconocer los hechos imputados y pidiendo perdón a la cara de la entonces delegada en la Sala de vistas, como parte de su conformidad con la pena impuesta.

Por su parte, la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Pamplona, con fecha 15 de noviembre de 2012, declara la intromisión ilegítima en el derecho al honor de Dña. Uxue Barkos Berruezo como consecuencia de unas declaraciones vertidas en la red social Twitter.

La Sra. Uxue ostentaba el cargo de concejala y portavoz del grupo municipal Nafarroa Bai en el Ayuntamiento de Pamplona así como diputada en el Congreso. Pues bien, la misma padecía cáncer de mama por lo que tras ser intervenida quirúrgicamente para la extirpación del tumor (en éste tiempo se mantuvo al margen del ejercicio político) debía acudir a diversas revisiones médicas, seguimiento de cura quirúrgica y control de drenaje en el Centro Príncipe de Viana del Complejo Hospitalario de Navarra.

Todas estas circunstancias coincidieron con la celebración de un Pleno de Ayuntamiento a las 10 horas de la mañana, en el cual se procedería al debate sobre una moción del grupo municipal de UPN sobre explotación sexual, a fin de que el Ayuntamiento no contratara inserciones publicitarias en los medios que incluyen anuncios de servicios de prostitución.

La Sra. Uxue llegó sobre las 11 horas al Ayuntamiento, tras la finalización de la visita médica. En el momento de la llegada de la diputada los periodistas abandonaron la Sala de Plenos para dirigirse a la entrada donde procedieron a entrevistar a la Sra. Uxue. Fue en este momento cuando Dña. Ana María Pineda envió desde su Blackberry, a través de su cuenta de Twitter el siguiente mensaje: «Uxue Barcos hace su desembarco mediático xa distraer a los medios de la propuesta de UPN contra la explotación sexual de mujeres en medios».

Fue en ese instante cuando D. Iñaki Huarte Huarte retuiteó el mensaje, y con posterioridad, se procedió a la publicación del segundo: «Uxue reaparece y comparece durante moción contra prostitución en Grupo Noticias».

El tercer mensaje reseñaba: «Parece q me explico mal: Barcos saca a los medios del pleno llegando tarde, hurtando cobertura mediática a la explotación sexual del Noticias».

Itziar Gómez procedió a replicar a D. Iñaki por su retuit, a lo que éste contestó: «Itziar, es lo que me han comentado. Si no era el motivo me disculpo. Se puede saber el motivo del retraso?»

En última instancia, Itziar Gómez retuiteo a Ana María Pineda (en cerrado) expresando que lo que había publicado era una inmoralidad, a lo que Ana María Pineda contestó: "Inmoralidad aprovecharse así de cualquier cosa. De nabaí se puede esperar eso y mucho más. Nunca defrauda».

En consecuencia, Uxue Barkos promovió un procedimiento de diligencias preliminares a juicio contra Ana María Pineda e Iñigo Huarte en aras al reconocimiento de las cuentas de Twitter y a la interposición de demanda civil de protección del derecho al honor.

Practicada la diligencia preliminar, la Sra. Pineda comunicó que era cierto que era usuaria de esa cuenta y que el Sr. Huarte era usuario de la otra (éste procedió a borrar el mensaje que publicó el mismo día).

El fondo de este asunto es el examen de la prevalencia de la libertad de expresión de los Srs. Pinea y Huarte frente al derecho al honor de la Sra. Barkos en tanto que éstos manifestaron a través de Twitter una opinión sobre la conducta de aquélla a colación de su tardía llegada al Pleno. En definitiva, se transmite la idea de que la Sra. Barkos está haciendo uso de su enfermedad con fines políticos o partidistas, para sacar a los medios del pleno cuando se está debatiendo una moción del adversario político y que afecta a un grupo de información afín a su ideología.

Tal y como se expresa en el fundamento de derecho Tercero de la sentencia, *"que el significado de los tweets fue ése lo corrobora la inmediata reacción de Itziar Gómez y del propio Iñigo Huarte, que inmediatamente se disculpó y lo borró. Pues nadie se disculpa sino cuando es consciente de que ha hecho daño. Y los tweets enviados sólo si se entienden en la forma explicada hacen daño"*.

Por todo ello, la sentencia estima que *"atendidas las circunstancias del caso concreto, no se estima prevalente la libertad de expresión sobre el derecho al honor, pues aunque es cierto que las opiniones son libres y que no están*

sujetas al canon de la veracidad, la manifestación de los pensamientos, opiniones e ideas gozan de protección aunque los hechos que les sirven de soporte no sean ciertos y aunque no se haya puesto diligencia en averiguación. Así pues la conducta de los demandados no admite reproche por el solo hecho de no ser ciertos los hechos manifestados en los tweets, es decir, por ser inveraz que la Sra. Barkos llegara tarde de propósito y persiguiendo determinada finalidad; ni tampoco admite reproche por no haber intentado averiguar antes la causa del retraso, o si se prefiere por haber emitido tweets ignorando dicha causa, dejándose llevar por la intuición o el prejucio".

Hasta aquí vemos un desarrollo de la fundamentación jurídica totalmente lógico, pero la *ratio decidendi* en este asunto viene al preguntarnos: ¿El hecho de que el sujeto que es objeto de tales declaraciones sea una persona que ejerce funciones de relevancia pública (político) es óbice para que esté sujeto a una crítica más intensa que los simples particulares?

Como a continuación veremos, es cierto que los políticos ostentan una protección más débil de su derecho al honor ya que en el terreno político, como ya dejó sentado la jurisprudencia dictada al efecto, existe una crítica más permisiva respecto a aquéllos en aras de garantizar un debate político libre.

No obstante, tal y como expresa la Sala 1ª del TS, en su sentencia de 11 de marzo de 2011, *"esto no significa que estas personas no sean titulares del derecho al honor, pues también en el ámbito de lo público es necesario respetar la dignidad y la reputación ajena. El juicio crítico sobre la conducta de una persona que ejerce un cargo público puede constituir un verdadero ataque a su honor, toda vez que dicha actividad es una de las formas más destacadas de manifestación externa de su personalidad y de su relación con el resto de la colectividad, de forma que la descalificación injuriosa o innecesaria de su comportamiento puede tener un especial e intenso efecto sobre lo que los demás puedan pensar de esa persona, repercutiendo en la imagen que de ella se tenga".*

Por tanto, *"la protección del honor solo alcanza aquellas críticas que pese a estar formalmente dirigidas a esa actividad pública constituyen en el fondo una descalificación personal, al repercutir directamente en la consideración y descalificación personal, al repercutir directamente en la consideración y*

dignidad individuales, poseyendo especial relevancia aquellas ofensas que pongan en duda o comprometan su probidad o su ética en el desempeño de su actividad".

En aplicación al caso, acusar a una persona pública que padece una enfermedad grave de utilizar la misma con fines meramente partidistas, resulta claramente vejatorio, y pone en tela de juicio su ética o probidad en el desempeño de su cargo.

Por todo ello, el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Pamplona declara la vulneración del derecho al honor de Dña. Uxue, condenando a Dña. Ana Pineda a la supresión de dichas manifestaciones, a la abstención en el futuro de llevar a cabo nuevos actos de intromisión y a hacer público un mensaje a través de su cuenta de Twitter, y a mantenerlo en la web durante al menos dos meses: «Publico este tuit en cumplimiento de la Sentencia de 11/10/12 del Juzgado de 1ª Instancia nº 5 de Pamplona, que declara que los tuits que remití el 18/03/11 vulneran el honor de Dña. Uxue Barkos».

2.2.3. Vicisitudes en la protección conferida a los sujetos objeto de intromisiones ilegítimas en su derecho al honor en internet

Como ya he expuesto en los anteriores apartados, el núcleo de la investigación radica en el análisis de la incidencia que hoy día tiene el derecho al honor en Internet y las consecuencias jurídicas que pueden derivarse del uso común de las nuevas tecnologías. Pues bien, podemos decir llegados a este punto que el concepto jurídico de "honor" reviste carácter uniforme; tal y como hemos visto en las sentencias reseñadas. Uniformidad entendida en el sentido de la aplicabilidad que ejecutan del mismo los diversos tribunales; y no en el sentido estricto que reviste el término "honor" habida cuenta de que se entiende como un concepto jurídico indeterminado, investido de un claro carácter abstracto.

El hecho de que tal concepto se aplique de manera equitativa para todos los individuos, no es óbice para que la protección que se confiere en su virtud al sujeto afectado sea la misma. Esto es, no es lo mismo que

el sujeto que sufra una vulneración en su derecho al honor en Internet sea un "personaje público" que sea una "persona anónima"; como tampoco es lo mismo que se produzca esa intromisión ilegítima en un "político" que en un "informático". Pues, como a continuación explicaré, el marco legal aplicable variará en torno a un tipo de sujeto u otro.

Personajes públicos. Análisis de los famosos "memes"

En los tiempos que corren es común encontrarnos con numerosos Tweets en los cuales se insulta a un famoso por llevar a cabo una actuación que, en opinión de la persona que escribe y publica el Tweet, no es lícita. Lo que debemos plantearnos en este tipo de asuntos es; ¿hay vía libre para proferir cualquier tipo de comentario u opinión vejatoria sobre una persona famosa?

En términos jurídico-legales, a los famosos se les definde como "personajes públicos" o "personas de proyección pública". En este sentido, ha sido diversa la jurisprudencia que ha ido delimitando el concepto de personaje público; sosteniendo que la "proyección pública" se reconoce generalmente por diversas razones: por la actividad política, por la profesión, por la relación con un importante suceso, por la trascendencia económica y por la relación social, entre otras circunstancias.[45] En suma, la relevancia pública o interés general de la noticia constituye un requisito para que pueda hacerse valer la prevalencia del derecho a la libertad de información y de expresión cuando las noticias comunicadas o las expresiones proferidas redunden en descrédito del afectado.[46]

Va de suyo que frente a la crítica, informaciones o expresiones de terceras personas, el derecho al honor de una persona de proyección pública se ve más debilitado; lo cual no quiere decir que su derecho al honor sea distinto, sino que por el hecho de ser una persona con cierto prestigio público éste se presenta como un mero receptor de cualquier crítica, información o expresión. *A sensu contrario*, una persona que se mantiene en el anonimato no ostenta un derecho al honor tan

45. Véase en este sentido la STS de 17 de diciembre de 1997 (Sala 1a, de lo Civil).
46. SONIA CALAZA LÓPEZ (2011): 52.

debilitado, debido a que no se trata de un sujeto que esté expuesto a la opinión pública.

A este respecto el T.C. en su sentencia núm. 165/87, de 27 de octubre, es bastante claro al contraponer el honor de una persona privada, frente al de personalidades públicas que, al haber optado libremente por tal condición, deben soportar un riesgo de una lesión de sus derechos de la personalidad. Con posterioridad, insiste el T.C. en su sentencia núm. 107/1988, de 8 de junio, en que *"al honor de una persona de proyección pública se le debe asignar un nivel más débil de protección, frente a la libertad de expresión"*. El Tribunal Supremo también se posiciona en ésta tesitura, tal y como reseña en su Sentencia del T.S. de 24 de octubre de 1988, fundamento 5.º

En resumen, para que no se declare la vulneración del derecho al honor en Internet de un personaje público deben cumplimentarse una serie de requisitos (interés general, veracidad y carácter no injurioso). Si alguno de estos requisitos no concurre prevalecerá el derecho al honor sobre la libertad de información y expresión; por lo que si algún personaje público se encuentra con que se ha publicado en cualquier red social o en una página web algún tipo de comentario que vulnere sus reductos más personales, sin lugar a dudas puede emprender acciones legales (vía civil o vía penal, atendiendo al caso concreto); pues el hecho de que el derecho al honor se vea debilitado como consecuencia de adquirir ese carácter público no es óbice para que vea menoscabada su reputación íntima, personal y familiar, e incluso, laboral. Pues debemos de concienciarnos de que lo que es delito en el ámbito real, lo es también en el ámbito virtual.

¿Podría tener consecuencias jurídicas el hecho de publicar los famosos "memes"?

Por todos es conocido el famoso meme de Julio Iglesias que salta de un celular a otro, a través de grupos de Whatssap o de otras redes sociales, en el cual se observa una imagen suya con una frase que finaliza con "....*y lo sabes*". Pues bien, ante este suceso del cual son objeto personajes públicos (los cuales acabamos de comentar) cabe plantearnos la opción de si vulneraría el derecho al honor, intimidad y propia imagen del mismo. Es cierto que se usa de forma indiscriminada la imagen de

cualquiera de ellos para satisfacer el ocio y la diversión social, en los que "generalmente" no se observa ningún tipo de injuria, amenaza, etc. En consecuencia, cabe reseñar que como personajes públicos que son deben soportar una cierta debilidad en lo que a la protección de estos derechos se refiere; pues son ellos mismos los que normalmente ofrecen datos personales y alimentan a los medios del corazón a fin de obtener una serie de beneficios económicos. Ello no implica que, si se rebasan esos límites que ofrece la libertad de información y expresión, no podamos interponer la correspondiente demanda por intromisión ilegítima en su derecho al honor, intimidad y propia imagen; en tanto que nuestra Carta Magna no garantiza un hipotético "*derecho al insulto*".

Menores

Cada vez con más frecuencia los menores de edad hacen uso de Internet en el tiempo destinado al ocio. Es evidente que el avance tecnológico ha generado numerosas ventajas pero también grandes inconvenientes; pues son diversas las vulneraciones de derechos del menor que acaecen a través de Internet.

En aras de corregir esta serie de vulneraciones que concurren en el mundo *online*, es fácil colegir que es totalmente imposible que pueda estar todo estrictamente reglado; pues la sociedad de la información avanza mucho más veloz que el ordenamiento jurídico. A este respecto, a la conclusión que debemos llegar es que el ordenamiento jurídico se tiene que adaptar rápidamente al implante de las nuevas tecnologías habida cuenta de que las infracciones virtuales a través de aquél pueden llegar a superar con creces las infracciones reales.

Es por ello la gran preocupación que muestran las Autoridades, Instituciones, Organismos de la Unión Europea y nacionales, a la hora de combatir tales irregularidades; en tanto que los derechos fundamentales (como en este caso es el derecho al honor) deben de ser garantizados en todos sus ámbitos y, por ende, su protección debe adaptarse a la sociedad actual. Por vez primera, cuando se elaboró la Constitución en el año 1978, la Ley Orgánica de Protección del Menor en el año 1996, las Reglas de Beijing en el año 1985 o la Convención de los Derechos del

Niño de 1989, seguramente no se estaba pensando en la violación de sus derechos fundamentales a través de Internet; máxime teniendo en cuenta la inexistencia de tal medio en esas épocas.

A la postre, son estos pilares fundamentales que garantizan esos derechos del menor los que sustentarán la protección del derecho al honor del menor en la red. Pues aunque podemos vislumbrar que esos derechos se han regulado hace muchos años y que puede que la protección que ahora queramos conferir al menor de edad no sea exactamente aquélla, la esencia de esa protección seguirá siendo la misma y, en consecuencia, habrá que trabajar esa protección en Internet pero sobre la base sustancial ya regulada.

A estos efectos, me parece de gran relevancia hacer un inciso en las observaciones y recomendaciones que soslaya DANAH BOYD en "Social Network Sites: Public, Private or What?, al señalar que «más que proporcionar reglas o normas se trata de interpelar a los jóvenes, plantearles cuestiones relativas al uso de las redes sociales y a las consecuencias que pueden comportar utilizarlas».[47]

Me parece de todo punto lógico este comentario; no obstante, mi posición es un poco más rígida. "Rígida y recta" en el sentido de que, sin perjuicio de que se fomenten con más frencuencia esas interpelaciones a los jóvenes para que sean conscientes de la unión intrínseca entre los derechos personalísimos e Internet, lo primero y fundamental es implantar una serie de parámetros legales que regulen y adapten los derechos del menor (en esta investigación, el derecho al honor del menor) a las TICs y la sociedad de la información. Esto es, una vez que tenemos un perfecto marco jurídico que regula el régimen de infracciones en Internet, en relación con el derecho al honor del menor, podemos llegar a fomentar esa serie de discursos o reuniones educativas que inculquen que los menores sean conscientes de todo el entramado que supone la utilización de Internet.

Las consecuencias jurídico-legales de efectuar lo contrario, es decir, no actualizar cuanto antes el marco jurídico aplicable al uso de las

47. Vilaseu Solana, M; Privacidad, redes sociales y el factor humano, en la obra coordinada por Rallo Lombarte, A. y Martínez Martínez, R. Derecho y redes sociales. Pág. 74.

nuevas tecnologías y dejarnos guiar por criterios moralistas; que sin ninguna duda son los ideóneos pero hemos de ser conscientes de que son meras conjeturas que quedan en el limbo, son:

1º) Las vulneraciones del derecho al honor de un menor en internet caerían en saco roto habida cuenta de la inexistencia de un régimen aplicativo al caso concreto.

2º) Si nos dejamos guiar por los fiables estudios que proporciona el Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación (INTECO)[48] sobre "*Privacidad y Seguridad de la Información en las redes sociales on line*", los usuarios de internet que tienen entre 15 y 24 años representan el 36,5 % de ellos; por lo que haciendo una media ponderada sobre este dato obtenemos que los usuarios de 15 a 18 años representan el 12,16 % del total de usuarios. Sin duda es un porcentaje alto de usuarios menores de edad, lo que me lleva a afirmar que de ese doce por ciento que tendría que ser convencido a través de tales sistemas educativos de que Internet, las redes sociales y los derechos fundamentales van de la mano, difícilmente podríamos llegar al cinco por ciento. Creo que se trata de un tema demasiado ético y moral como para que impregne en ese 12 % que tiene entre 15 y 18 años. Como es lógico, a esa edad la mentalidad no es la misma que la de un adulto y los peligros quedan siempre lejos. Creo que mediante esos cursos educativos (teniendo en cuenta la mentalidad más impulsiva que se tiene a esas edades) pocos de ellos al día siguiente recordarán que tienen que prestar más atención a lo que publican en su cuenta de Twitter o Facebook. Como por ejemplo, publicar expresiones, mensajes, imágenes o fotomontajes que tengan el fin de provocar el desprestigio del menor entre sus compañeros, amigos o familiares, además del desmerecimiento propio que le puedieren provocar.

Fue en el año 2011 cuando INTECO presentó el nuevo portal de menores de la Oficina de Seguridad del Internauta, al incluir una nueva sección, http://menores.osi.es/, la cual se dirige a los menores, padres y educadores a fin de concienciar e informar sobre las buenas prácticas para un uso seguro de Internet.

48. **http://observatorio.inteco.es**

En ésta línea, y atendiendo al tema que nos ocupa en la presente investigación, se publica en tal enlace un magnífico post que resume los objetivos a perseguir en cuanto a la reforma de la ley.

El mismo trata sobre la felicidad que entraña el hecho de ser padre, madre, abuelo, abuela, etc. y el sentimiento de querer compartir tal histórico hecho con nuestros más allegados. La vía más directa de compartirlas es el uso de las nuevas tecnolgías (Twitter, Facebook, Whatsapp...), de forma tal que podamos compartir fotos y vídeos de forma rápida y sencilla a kilometros de distancia. Pero, ¿ante que consecuencias podemos encontrarnos si hacemos un mal uso de ellos?

Pues lo que al que publica (padre, madre, hermano...) puede hacerle mucha gracia, al afectado puede no hacerle tanta en un futuro. Esta serie de publicaciones estarán al alcance de cualquiera, de forma y manera que cualquier persona disponga de una información tan íntima. Posteriormente, el que la analiza puede utilizarla para cualquier fin: suplantación de identidad, fines publicitarios, ciberbullying o violaciones. Claramente éstos ámbitos exceden de la vulneración del derecho al honor del menor, pero obviamente está intimamente relacionado. Pensemos en la utilización de información publicada por un padre (entrañable foto en Instagram bañando a su hijo) que, años después, es utilizada por un tercero para realizar un comentario vejatorio en su cuenta personal de Twitter sobre ese baño, que sin lugar a dudas conculca su derecho al honor.[49]

Es el 10/03/2015 cuando la Subcomisión de Redes sociales del Congreso de los Diputados pide al Gobierno que adapte al "entorno digital" la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, intimidad personal y familiar y propia imagen. Para ello

49. Algunos colectivos, como es el caso de la Policía Alemana, están promoviendo la no publicación de imágenes y vídeos de menores para prevenir los riesgos anteriormente mencionados. ¿Cómo lo han hecho? Viralizando una campaña por redes sociales en la que lanzan un mensaje dirigido especialmente a padres y madres en el que se les invita a reflexionar antes de publicar un contenido de sus hijos en Internet. El mensaje en cuestión es el siguiente:«Quizás hoy encuentres las fotos agradables, pero dentro de unos años a tu hijo pueden resultarse embarazosas. Puede llegar a ser víctima de bullying. O poniéndonos en el peor de los casos: un pedófilo podría utilizarlas para sus propósitos publicándolas en cualquier lugar». **https://menores.osi.es**

presenta un Informe que es respaldado por todos los grupos de la cámara; el cual tiene como objetivo mejorar la seguridad en Internet de los usuarios, y en él se incluyen también las conclusiones elaboradas en otra subcomisión de redes sociales del Senado, aunque centrada en la protección de menores.

Con fecha 16/10/2015 se presenta en el Ministerio de Industria, Energía y Turismo el informe de la subcomisión de Estudio sobre las redes sociales constituida en la Comisión del Interior del Congreso de los Diputados. El informe se divide en cinco bloques, pero es el apartado regulatorio en el que se hace hincapié en la iniciación de acciones penales y civiles (adaptar el "entorno digital" a la Ley Orgánica de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad personal y familiar y a la propia imagen).

Por todo ello, con mis máximos respetos hacia las decisiones precitadas, en mi opinión se debió de seguir esas mismas líneas expuestas perfectamente pero en ordenes diferentes, esto es, en primer lugar la adaptación de la L.O. 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, intimidad y propia imagen al "entorno digital" y, con posterioridad, esa serie de campañas educativas que fomentan los buenos usos de las nuevas tecnologías en aras a garantizar el máximo respeto por los derechos fundamentales del menor, en este caso, del derecho al honor.

Pues como ya comentaba con anterioridad, mientras tienen lugar esas campañas que fomentan el correcto desempeño y seguridad adecuada en Internet, se van produciendo toda serie de infracciones que con el avance de las TICs van a más. Por tanto, se debe realizar una adaptación de la ley lo más inminente posible habida cuenta que mientras tanto esas conculcaciones gozan de total impunidad. Es verdad que con esas campañas parte de la población quedará concienciada, pero somos conscientes de que otra parte no tanto. Por ello, no podemos seguir dependiendo de la inmoralidad, inocencia, desconocimiento o falta de apreciación, por parte de la víctima, de las consecuencias que tiene el derecho al honor del menor en Internet, y poner un coto mucho más adaptado a lo que la sociedad actual exige para el sujeto que lo ataca.

Políticos

Lato sensu, los tribunales han afirmado que las expresiones insultantes o vejatorias que se viertan contra un político no quedan protegidas por la libertad de información y expresión que consagra la Carta Magna, sino que con tales manifestaciones se vulnera el derecho al honor de ellos. Sin embargo, alguna sentencia del TS expresa que, ante el desacato acaecido contra un político, se otorga el amparo a tal conducta alegando dos puntos: primero, que en tal contexto se debe restar trascendencia a determinados términos peyorativos empleados, y segundo, que el que ha incurrido en tales excesos verbales descalifican en mayor grado a su autor que a la persona que se ha visto obligada a soportar tan desaforada actitud. [50]

La misma postura se toma en los sucesos virtuales, es decir, los comentarios vertidos en las redes sociales; entendiéndose los límites a la libertad de expresión e información de un modo más amplio cuando nos encontramos en campaña política. No obstante, tal y como ya hemos visto en la reciente sentencia del asunto de Cristina Cifuentes (actual Presidenta de la Comunidad de Madrid), los insultos publicados en una cuenta de Twitter de forma expresa contra el político sin ningún tipo de fundamento son castigados; pues lo que es delito en la vida real lo es en la vida virtual.

El Rey

¿Podríamos considerar al Rey como sujeto político; en cuanto titular del derecho al honor?

Para responder a tal interrogante es imprescindible hacer referencia a la STEDH de 15 de marzo de 2011, en el caso Arnaldo Otegui contra España. En tal supuesto presenciamos, sin ningún tipo de dudas, un conflicto entre la libertad de expresión de un representante político, por un lado, y el derecho al honor de una persona pública, el Rey de España, por otro. Tal litigio trae causa de una querella interpuesta por la Fiscalía

50. Véase en este sentido, la STS 5531/2001, de 4 de junio de 2001 (Sala 1a, de lo Civil).

española contra Arnaldo Otegui (portavoz en tal época de *Sozialista Abertzaleak)* por vulnerar el honor del Rey de España como consecuencia de unas declaraciones acaecidas en una rueda de prensa en la cual, tal portavoz político tildaba a D. Juan Carlos de ser "*el responsable de los torturadores*" y de proteger "*la tortura*" e imponer su régimen monárquico por medio de la tortura y la violencia. Pues bien, Otegui fue absuelto por el TSJ del País Vasco y condenado, con posterioridad, por el TS como autor de un delito de injurias graves al Rey, Sentencia que fue objeto de ratificación por parte del TC, que desestimó el Recurso de Amparo del demandante. Asimismo, el TEDH estableció que la injerencia en la libertad de expresión de Otegui por parte del Estado español no respondió a una necesidad social imperiosa ya que la pena era desproporcionada al fin que se perseguía; por lo que España fue condenada.

Sin entrar a valorar el fondo de la fundamentación de tal sentencia del TEDH, paso directamente a analizar como el tribunal expresa en los fundamentos jurídicos de la sentencia que *"constituye sentada jurisprudencia del TEDH la de que las personas públicas han de soportar mayores críticas que las personas anónimas, por estar más expuestos al control social y periodístico, pero también lo es que este sacrificio no implica que las personas públicas no gocen del derecho al honor"*. Significa que *"disfrutan también de esta protección, incluso cuando no actúan en el marco de su vida privada, pero las exigencias de esta protección deben equilibrarse con los intereses de la libre discusión de las cuestiones políticas"*. Continúa el TEDH reseñando que (y esto es lo que realmente nos importa a colación de la cuestión planteada), aunque el Rey sea una persona pública, no deberíamos incluirlo en la categoría de político, dado que *"no se encuentra dentro de la disputa política, ni está previsto que a lo largo de su vida participe en ella"*. Es más, sus actos —salvo contadas ocasiones— son necesariamente refrendados de la forma establecida en el art. 64 CE, ya que carece de responsabilidad. El Rey no es un actor político, representa al pueblo español...

Por todo ello, como conclusión del TEDH podemos decir que en este caso, las declaraciones en litigo no cuestionaban la vida privada del rey o su honor personal, y que no implicaban un ataque personal gratuito

contra su persona. Por lo que termina concluyendo que existe de pleno una violación del artículo 10 del Convenio.

No obstante, y en lo que nos concierne el derecho al honor en Internet, el 25 de enero de 2016 se ha hecho publica la multa impuesta por el Ilmo. Juez de la Audiencia Nacional Don José María Vázquez Honrubia de 6.000 euros a la edil de Guanyar Alacant por injurias al Rey, por llamar «hijo de puta» a través de su blog personal al anterior Monarca, Juan Carlos I, y por decir que la Familia Real está formada por «vagos, estafadores, borrachos y asesinos». Según manifiesta Dña.Marisol Moreno, tales declaraciones eran consecuencia de la frustración que le produjo ver la famosa foto de D. Juan Carlo I junto a un elefante muerto, tras las caza en Botsuana. El juez, tras dictar la sentencia "*in voce*" deja constancia de que esas expresiones se enmarcan en el "*discurso del odio*" y ha reseñado que como cargo público "*debe tener exquisito cuidado*".

Ad abundantia maior, en septiembre de 2015, Moreno, militante de los movimientos animalistas, acudió a declarar como imputada a la Audiencia Nacional. Tras su comparecencia, la edil declaró sentirse "arrepentida" de los insultos que vertió en Internet. Además de la Corona, sus ataques se dirigieron contra el exministro de Justicia Alberto Ruiz Gallardón o la vicepresidenta primera del Congreso Celia Villalobos. «Qué asco me da Gallardón y todos los que votaron ayer… pero y Celia?? Si algún día me la cruzo en un bar de ambiente la mato», comentó en su perfil de Facebook el 12 de febrero de 2014.

Anteriormente, Moreno había manifestado que la Policía también le daba "*asco*", mientras que en otro de los mensajes abogaba por tirar una bomba en una plaza de toros. «Mirar esos hijos de puta… una bomba os tiraba yo a vosotros», escribió el 10 de abril de 2014 en Facebook. El arrepentimiento expresado por Moreno no impidió que el juez la llevara a juicio al entender que las expresiones dirigidas al monarca son "*absolutamente vejatorias y ofensivas*" y constituyen "*insultos directos, sin matiz ni interpretación alternativa alguna*", además de resultar "*completamente impertinentes para expresar las opiniones de que se trataba*". Para el juez De la Mata, Moreno utilizó manifestaciones "*impertinentes e innecesarias*" para expresar sus ideas, ya que la Carta Magna "*no reconoce un derecho al insulto*".

2.3. ¿Afectan los insultos (injurias) publicados en Internet (blogs, twitter, facebook, etc.) a otros ámbitos del derecho que no sea el civil o el penal?

Generalmente, cuando un particular profiere una serie de graves insultos contra otra persona sus consecuencias jurídicas, tras la interposición de la correspondiente demanda o querella, pueden ser de otro tipo. Cuando digo "de otro tipo" me refiero a que puede afectar a otras ramas del derecho que no sean la civil o la penal.

Como sabemos, en el mundo laboral y sobre todo en el ámbito de las grandes empresas, son comunes las críticas contra la empresa, trabajadores, clientes, jefe, etc. Sin embargo, ésta serie de actuaciones hace unos años se producían en privado sin que, aparte de lo interlocutores, alguien se enterase. Podríamos calificar éstas actuaciones como "privadas".

En la actualidad, se siguen produciendo tales desacatos pero en distinta sede, esto es, Internet. En concreto, son en las redes sociales de Twitter o Facebook donde con más frecuencia tienen lugar éstas actuaciones. Por ende, las mismas actuaciones que antes eran "privadas", hoy día con el implante de las nuevas tecnologías pasan a ser "públicas".

Es obvio que, en tiempos anteriores, al no tener conocimiento nada más que los contertulios de tales descalificativos mal podrían existir cualesquiera consecuencias jurídicas derivadas del inicio de acciones judiciales por parte de los agraviados. Ahora, al expresarse toda clase de sentimientos en una red social, esos insultos son conocidos públicamente; por lo que los afectados emprenderán las acciones legales que convengan.

Dándole un sentido más práctico a esta cuestión, pongamos el ejemplo de un trabajador que en su cuenta de Facebook personal publica una serie de insultos contra su jefe. ¿Podría éste proceder, además de interponer demanda de juicio ordinario por vulneración de su derecho al honor, a declarar su despido laboral? La respuesta es sí. El agraviado (jefe

o la empresa) puede proceder a declarar el despedido de aquél sujeto apoyándose en ese carácter injurioso de las declaraciones. A este respecto, el tribunal valorará la intensidad de los insultos proferidos, teniendo en cuenta para declarar que el despido es procedente si se trata de un comentario eporádico o si se han repetido varias veces. Entraría en juego la institución de la discrecionalidad judicial a la hora de valorar el trasfondo de los insultos, tal y como podemos apreciar a título de ejemplo en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sala de lo Social, Secc. 1ª., 817/2014, de 22 de mayo) en la que se declara procedente el despido disciplinario que tuvo lugar como consecuencia de unas manifestaciones publicadas en la cuenta personal de Facebook de un trabajador: «la empresa nos tiene a todos quemados perdidos....ya solo nos falta trabajar con las dos manos, con la dos piernas y con los cojones por culpa del miedo que nos incita esta jodida empresa,...mierda de empresa». El mismo 29 de marzo de 2013 se dirigió a una compañera en su muro de facebook señalando «esta señora es una lamp... de este encargado», «a esa zorra le pueden dar por culo, bueno ya tuvo su castigo en su día que le cayó una barra en la cabeza... », «esta hija de puta ha jugado con la comida de mis hijos siendo mentira todo lo que ha hecho», «es una rastrera de mierda», «una cosa sí tengo clara como a alguien se le ocurra otra vez echarme mierda encima y siendo mentira juro por lo más sagrado que le hago una corbata colombiana con un cuchillo jamonero le rajo el cuello de oreja a oreja y le saco la lengua por la raja. Este mensaje para quien lo lea o lo vea ya sabe por quien lo digo, así que a tomar por culo todos los lameculos y pelotas de mierda de esta empresa».

Según la Sentencia precitada tales declaraciones dañaban la honorabilidad de las personas refereridas, por tanto, era de aplicar lo dispuesto

en el artículo 54.2.c) del Estatuto de los Trabajadores,[51] y declarar el despido como procedente. En consecuencia, podemos dejar sentado que a través de la vulneración del derecho al honor de una persona física (empleados, jefe o cliente) o persona jurídica (empresa) por medio de la utilización de las nuevas teconologías (Twitter, Facebook, etc.) se puede proceder a despedir a una persona.

Ejemplo de todo ello es otra Sentencia del TSJ de Madrid, mediante la cual se afirma que *"la libertad de expresión ampara la crítica, pero no las injurias y las calumnias"*; argumento que sirvió de base para declarar la procedencia del despido de un profesor por utilizar su blog personal para publicar una serie de insultos. Se trataba de unos comentarios en que se mencionaban una serie de personajes ficticios (no incluían el nombre), aunque según el juez los motes y las referencias que daba hacían que fueran fácilmente reconocibles. La Sentencia señala que el profesor de literatura debería adoptar las precauciones habituales que toman los escritores y recoger la frase tan habitual en las obras de ficción de "*los personajes son imaginarios y cualquier parecido con la realidad es pura coincidencia*".[52]

51. El artículo 54.2.c) del Estatuto de los Trabajadores considera incumplimiento contractual susceptible de ser sancionado con el despido las ofensas verbales o físicas al empresario o a las personas que trabajan en la empresa o a los familiares que convivan con ellos. Esta causa de despido tiene su fundamento en la transgresión grave de la indispensable armonía en que deben desenvolverse las relaciones entre quienes integran la empresa y se encuentran por ello obligados a mantener un mutuo respeto (Véase la sentencia del Tribunal Supremo de 19.04.1983 entre otras).
El Tribunal Supremo ha puesto de relieve que la convivencia en el trabajo es precisamente el bien jurídico protegido por dicho precepto (STS de 11.10.1990), y que las ofensas verbales o físicas a las personas que trabajan en la empresa han de comportar un ataque frontal al honor del ofendido o a su integridad física de la suficiente entidad como para entender razonablemente que la convivencia entre insultante e insultado realmente no resulte ya posible en la empresa que, en cuanto comunidad humana, no está en condiciones de rendir los frutos que determinaron su constitución, como un todo unitario y coherente, si las personas que la integran carecen, por la conducta de alguna o varias de ellas, de posibilidades para continuar sus tareas ordinarias en paz y con el mutuo respeto que han de darse entre compañeros de trabajo, al menos en el ámbito físico en que se desarrolla (STS de 28.11.1988)
52. Véase en este sentido la reciente Sentencia no 3963/2015, del TSJ de Catalunya (Sala de lo Social), de 16 de junio de 2015, mediante la cual se declara que el despido es procedente a raíz de los correos cruzados que, sin lugar a dudas, vulneraban el derecho al honor de sus compañeros.

Conclusiones

Este trabajo ha sido realizado con la finalidad de elaborar un análisis de la situación del derecho al honor en Internet en el marco de la Constitución Española de 1978 y de la L.O. 1/1982, de 5 de mayo. En el desglose de este estudio han sido numerosos los interrogantes que han suscitado debates de gran relevancia, de los cuales hemos podido reflejar las siguientes conclusiones:

I

A partir del año 2009, fecha en que se masifica el uso de Internet y, principalmente, de las redes sociales, se produce un giro jurisprudencial en torno a la interpretación de la responsabilidad de los ISPs cuando nos encontramos ante una flagrante vulneración del derecho al honor. Es por ello que, en vías de conferir una protección adecuada de tal derecho al honor en el campo internauta, se implante una interpretación acorde al respaldo de tal derecho y no una interpretación que dificulte su debido amparo. Pasamos de aplicar una interpretación basada en la exigencia de una previa resolución que declare la ilicitud de la información publicada a poder declarar la responsabilidad de los ISPs atendiendo a los hechos y circunstancias del asunto en concreto. De ésta forma, quedando totalmente adaptada la interpretación de la Ley a la realidad del

momento, las innumerables vulneraciones del derecho al honor no caerán en saco roto como anteriormente sucedía.

||

Los comentarios producidos por terceros en páginas webs o periódicos *online* gozan de total impunidad en lo que a la esfera de la responsabilidad del sujeto activo se refiere; habida cuenta de que en éste tipo de asuntos será el prestador de servicios el que responda si no cumplió los requisitos exigidos. Cosa distinta será que los insultos se produzcan a través de cualquier red social en tanto que el sujeto activo será identificado y responderá personalmente de las declaraciones publicadas.

|||

El derecho al honor adquiere perfiles distintos tratándose de un sujeto u otro. Pues si hablamos de una vulneración del derecho al honor en Internet de un personaje público, éste verá más debilitado tal derecho fundamental, como ha reiterado la jurisprudencia en infinidad de ocasiones, lo cual no quiere decir que su derecho al honor sea distinto. Caso especial es el de los menores con los que hemos de tener un especial cuidado toda vez que el uso de Internet por ellos es cada vez más frecuente, lo que nos lleva a concienciarnos sobre la adaptación más rapida posible de la Ley al "entorno digital" y la implantación de charlas o reuniones educativas que fomenten que los menores sean conscientes de las posibles consecuencias a las que se enfrentan en el mundo internauta. Siendo muy común hoy día los insultos en el terreno político en Internet, la persona del político verá muy aminorada su esfera del honor ya que en el contexto político se debe restar trascendencia a los términos peyorativos empleados; lo que no significa que haya vía libre para realizar cualquier tipo de publicación contra el honor de alguno de ellos. En este sentido, la persona del Rey no se debe incluir en la categoría del político, entendiéndose ésta como una persona que desempeña un papel

público que, sin ningún género de duda, puede ver conculcado su derecho al honor.

IV

Las diversas vulneraciones del derecho al honor que tengan lugar en Internet, no solamente pueden deparar consecuencias civiles o penales; sino que también pueden ofrecer consecuencias laborales; por ejemplo. En esta línea, podemos confirmar que un ataque en Internet contra el honor de un tercero en el ámbito de la empresa puede conducirnos al despido laboral; tal y como ha quedado reflejado en diversas sentencias.

V

Atendiendo a todo lo anterior, es fundamental resaltar tres conclusiones básicas en orden jerárquico:

1º) Será más necesario que nunca la adaptación de un marco legal que equilibre los diversos derechos constitucionales que puedan entrar en colisión.

2º) Será muy importante la interpretación judicial, ya que la aplicación de las normas requerirá de interpretaciones jurisprudenciales que en la medida de lo posible habrán de unificar criterior interpretativos que faciliten la comprensión de las partes en litigio en primer lugar y de la ciudadanía posteriormente, cuando en su caso establezcan límites en el ejercicio de dichos derechos u opten por hacer valer el ejercicio de un derecho sobre otro contexto concreto.

3º) Será cada vez más necesario el fomento de la educación en el manejo de las TICs por parte de los poderes públicos, así como educar en las consecuencias de sus usos, pues el conocimiento de las TICs va a resultar básico para canalizar la participación ciudadana en cada vez más ámbitos de la vida cotidiana de esta sociedad.

Bibliografía

BASTIDA FREIJEDO, F. (2004), *Teoría General de los Derechos Fundamentales en la CE de 1978*, Tecnos, Madrid.

BUSTOS GISBERT, R. (2009) "Los derechos de libre comunicación en una sociedad democrática", GARCÍA ROCA, J. y SANTOLAYA, P. (coords.), en *La Europa de los derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

CALAZA PEREZ, S. (2011) "Delimitación de la protección civil del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen", *Revista de Derecho Político UNED*, Núm. 9.

CASTAN TOBEÑAS, J. (1952), *Los derechos de la personalidad*, Reus SA, Madrid.

CRANSTON, M. (1979) "Is there a right to privacy?" *Archivio di filosofía. Diretto da Marco M. Olivetti*, Padova.

ECHARRI CASI, F.J. (2013) "Derecho al honor versus libertad de expresión e información. A propósito del juicio de ponderación", *Diario La Ley*, Nº 8096, Navarra.

GARCÍA PRADA (1993) "Ámbito de aplicación y ejercicio de acciones derivadas de la Ley Orgánica 1/82, de protección del honor, la inti-

midad y la propia imagen", en Cuadernos de Derecho Judicial, nº 12, Madrid.

LOPEZ MARTÍNEZ, J.C. (2013), "Tratamiento jurisprudencial del conflicto entre libertades de expresión e información y derechos al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen. Criterios de ponderación", *Diario La Ley, núm. 8059*, Madrid.

LUIS MARÍA DÍEZ-PICAZO (2008), *Sistema de derechos fundamentales*, Thomson, Pamplona.

MARTINEZ VARELA, M. (2010), "*El derecho al honor y el ejercicio de la libertad de expresión e información. Mecanismos de protección: especial referencia a la vía penal*", Noticias Jurídicas, núm. 55, Madrid.

MILLAN PUELLES (1986), *Persona humana y justicia social*, Rialp SA, Madrid.

MUÑOZ MACHADO, S. (1988) *Libertad de prensa y procesos de difamación*, Ariel, Barcelona.

SANTOLAYA MACHETTI, P. (2009) "El derecho a la vida privada y familiar (Un contenido notablemente ampliado del derecho a la intimidad)", GARCÍA ROCA, J. y SANTOLAYA, P. (Coords.), en *La Europa de los derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

SORIA, C. (1981), *Derecho a la información y derecho a la honra*, ATE, Barcelona.

STORCH DE GRACIA, J.A. (1987) "Acerca del derecho a la imagen de un torero, por la difusión del video de su cogida y muerte", en *La Ley 15-5-87*, Madrid.

VILASEU SOLANA, M. (2010) "Privacidad, redes sociales y el factor humano" en la obra coordinada por Rallo Lombarte, A. y Martínez Martínez, R. Derecho y Redes sociales, Reus.

Jurisprudencia

En este anexo se reflejan todas las sentencias mencionadas a lo largo de la investigación que guardan relación con el derecho al honor, ordenadas según hayan sido dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo.

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

1. CONCEPTO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO AL HONOR

1.1. El derecho al honor: concepto

1.1.3. El honor como derecho fundamental

STEDH de 14 de octubre de 2008 (Caso Petrina contra Rumania)

STEDH de 23 de abril de 1992 (Caso Castells contra España)

STEDH de 27 de abril de 1995 (Caso Piermont contra Francia)

STEDH de 27 de febrero de 2001 (Caso Jerusalem contra Austria)

STEDH de 27 de julio de 2007 (Caso Sanocki contra Polonia)

STEDH de 25 de noviembre de 1999 (Caso Nilsen & Johnsen contra Noruega)

1.2. Conflicto entre el derecho al honor y la libertad de expresión e información.

1.2.1. Interés público

STEDH 1991/51, Observer y Guardian

STEDH 2004/356, Plon, Von Hannover y Alemania

2. EL DERECHO AL HONOR EN INTERNET

2.2.1.2. Análisis jurisprudencial sobre "el cambio de dirección" en la responsabilidad de los ISPs.

a) Ámbito europeo.

STEDH de 10 de octubre de 2013 (Asunto Delfi)

2.2.3. Vicisitudes entre los sujetos objeto de intromisiones ilegítimas en su derecho al honor en Internet.

2.2.3.6. El Rey.

STEDH de 15 de marzo de 2011 (Caso Arnaldo Otegui contra España)

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

1. CONCEPTO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO AL HONOR

1.1. El derecho al honor: concepto

1.1.3. El honor como derecho fundamental

STC 73/1982, de 2 de diciembre de 1982

1.2. Conflicto entre el derecho al honor y el derecho a la libertad de expresión e información

STC 29/2009, de 26 de enero de 2009

STC 77/2009, de 23 de marzo de 2009

STC 107/1988, de 8 de junio de 1988

STC 104/1986, de 17 de julio de 1986

STC 139/2007, de 4 de junio de 2007

1.2.1. Interés público

STC 20/1992, de 14 de febrero de 1992

STC 115/2000, de 10 de mayo de 2000

STC 68/2008, de 23 de junio de 2008

1.2.2. Criterio de veracidad

STC 6/1988, de 21 de enero de 1988

1.2.3. Carácter no injurioso, denigrante o desproporcionado

STC 217/2007, de 15 de enero de 2007

STC 39/2007, de 14 de abril de 2007

2. EL DERECHO AL HONOR EN INTERNET

2.2.3. Vicisitudes entre los sujetos objeto de intromisión ilegítima en el derecho al honor. 2.3.1. Personajes públicos

STC 165/1987, de 27 de octubre de 1987

STC 107/1988, de 8 de junio de 1988

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

1. CONCEPTO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO AL HONOR

1.2. Conflicto entre el derecho al honor y el derecho a la libertad de expresión e información.

STS 93/2013, de 18 de febrero de 2013 (Sala 1ª, de lo Civil)

STS 1457/2009, de 11 de marzo de 2009 (Sala 1ª, de lo Civil)

STS 62/2013, de 5 de febrero de 2013 (Sala 1ª, de lo Civil)

1.2.1. Interés público

STS 1856/2004, de 8 de julio de 2004 (Sala 1ª, de lo Civil)

STS 86/2010, de 13 de septiembre de 2010 (Sala 1ª, de lo Civil)

STS 1229/2013, de 18 de febrero de 2013 (Sala 1ª, de lo Civil)

STS 438/2013, de 18 de febrero de 2013 (Sala 1ª, de lo Civil)

STS 134858/2012, de 24 de julio de 2012 (Sala 1ª, de lo Civil)

STS 7990/2013, de 18 de febrero de 2013 (Sala 1ª, de lo Civil)

STS 6135/2012, de 19 de enero de 2012(Sala 1ª, de lo Civil)

2. EL DERECHO AL HONOR EN INTERNET

2.2.1. La responsabilidad jurídica de los periódicos *online* por los comentarios realizados por sus lectores.

2.2.1.1. Análisis de la Directiva 2000/31/CE, del Parlamento

Europeo y del Consejo, de 8 de junio y de la Ley 34/2002, de 11 de julio.

a) El conocimiento efectivo

STS 2010/131, de 9 de diciembre de 2009 (Sala 1ª, de lo Civil)

2.2.1.2. Análisis jurisprudencial sobre "el cambio de dirección" en la responsabilidad de los ISPs.

STS 2010/131, de 9 de diciembre de 2009 (Sala 1ª, de lo Civil) (Asunto "Putasgae.com")

b) Ámbito nacional

STS 2010/131, de 9 de diciembre de 2009 (Sala 1ª, de lo Civil)

STS 72/2011, de 10 de febrero de 2011 (Sala 1ª, de lo Civil) (Ramoncín VS Alabarricadas.com)

STS 128/2013, de 26 de febrero de 2013 (Sala 1ª, de lo Civil) (Caso eleconomista.es)

2.2.3. Vicisitudes entre los sujetos objeto de intromisiones ilegítimas en su derecho al honor en Internet.

2.2.3.1. Personajes públicos.

STS 107/1988, de 8 de junio (Sala 1ª, de lo Civil).

Lista de páginas web

http://www.westlaw.es/wles/app/nwles/search/template?tid=jurisprudencia

http://laleydigital.laley.es/content/Doctrina

http://www.boe.es

http://www.corteidh.or.cr

http://menores.osi.es

http://www.elconomista.com

FUNDACIÓN
Mutualidad

El derecho al honor en internet: análisis dogmático y jurisprudencial

Miquel Pons-Portella

Miquel Pons-Portella
Universitat Oberta de Catalunya

PRIMER PREMIO
V Premios a la Excelencia de la Cátedra Fundación Mutualidad Abogacía

2016

Índice

Abreviaturas 383
Resumen 384
Introducción 385
1. Elementos objetivos: infracciones y sanciones 399
1.1. Las correcciones especiales 406
1.2. Observaciones en materia de sanciones 416
2. Elementos subjetivos: órgano competente y sujetos pasivos 422
3. Elementos formales: procedimiento y recursos 429
Conclusión 442
Bibliografía 444
Jurisprudencia 449

Abreviaturas

ATC: Auto del Tribunal Constitucional.

EGA: Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española.

FJ/FFJJ: fundamento/s jurídico/s.

LEC: Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

LECRIM: Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

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

LJS: Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional.

Resumen

Los Tribunales de Justicia tienen reconocida por la ley la potestad de corregir disciplinariamente a los abogados por sus actuaciones ante los mismos. Se trata de una facultad de honda raigambre histórica y que se considera indispensable para el adecuado funcionamiento del Poder Judicial. Para saber exactamente cuál es la situación del abogado ante este tipo de castigos, lo que constituye el objeto de este trabajo, analizaremos las infracciones tipificadas por nuestro ordenamiento procesal y sus correlativas sanciones, así como los órganos que pueden imponerlas, las personas que pueden sufrirlas y, en último término, el procedimiento que debe seguirse para su adopción, con especial referencia a las posibilidades de recurso que ofrece tanto la legislación como la jurisprudencia.

Introducción

El abogado se halla sometido a un triple régimen de responsabilidad: civil, penal y disciplinaria. De conformidad con el art. 78 del EGA, en efecto, los letrados *«están sujetos a responsabilidad penal por los delitos y faltas que cometan en el ejercicio de su profesión»* (apartado 1), así como también *«a responsabilidad civil cuando por dolo o negligencia dañen los intereses cuya defensa les hubiere sido confiada»* (apartado 2). Además, el art. 80.1 del EGA dispone, como decíamos, que *«los abogados están sujetos a responsabilidad disciplinaria en el caso de infracción de sus deberes profesionales o deontológicos»*[1]. Al desarrollar el régimen de este tercer tipo de responsabilidad, el propio art. 80 distingue entre *«las facultades disciplinarias de la autoridad judicial»* (apartado 2) y *«las sanciones disciplinarias corporativas»* (apartado 3)2, es decir: aquellos castigos que imponen los Colegios de Abogados en virtud de *«la facultad disciplinaria»* que les reconoce el art. 4.1 h) del EGA.

Las *«facultades disciplinarias»* a las que se refiere el art. 80.2 del EGA son una manifestación de la llamada *«policía de estrados»*: el haz de poderes que ostentan los Tribunales de Justicia para, como leemos en el

1. De hecho, el mismo art. 1 del EGA, en su apartado 2, estipula que, «en el ejercicio profesional, el abogado queda sometido a la normativa legal y estatutaria, al fiel cumplimiento de las normas y usos de la deontología profesional de la abogacía y al consiguiente régimen disciplinario colegial».
2. Para la normativa anterior, véase LA FUENTE BENACHES (1993): p. 46.

art. 190.1 de la LOPJ, «*mantener el orden en la Sala*»[3]. La STC 205/1994, de 11 de julio, definió la policía de estrados como una «*potestad de ordenación*» que resulta «*indispensable para asegurar la integridad y correcto desarrollo del proceso (art. 24.1 de la Constitución), obtener el cumplimiento de las obligaciones procesales de las partes de probidad y de buena fe (art. 118), así como evitar las "dilaciones indebidas" (art. 24.2)*» (FJ 5º)[4].

En tanto que instrumento de tal policía, pues, podemos conceptuar la potestad disciplinaria de los Tribunales de Justicia como un poder para corregir los abusos o las faltas que cometan en el ejercicio de sus respectivas funciones las personas que se hallan bajo la autoridad de tales Tribunales y que, precisamente por este motivo, les deben respeto y obediencia[5]. El rol singularísimo que desempeñan los abogados en el marco del proceso implica que se hallen sometidos a un régimen peculiar de tal potestad que actualmente desarrolla el título V del libro VII de la LOPJ, cuyo análisis constituye el objeto principal del presente trabajo.

3. VACAS GARCÍA-ALÓS y MARTÍN MARTÍN (2008): tomo II, p. 1392.
4. VACAS GARCÍA-ALÓS y MARTÍN MARTÍN (2008): tomo I, p. 563.
5.AGUILERA DE PAZ (1912): tomo II, pp. 667-668; CONDE-PUMPIDO FERREIRO (1998): tomo I, pp. 1036-1037.

Digresión histórica

En una fecha tan antigua como 1856, sin embargo, el legendario jurisconsulto José María Manresa ya recordaba que «en todos tiempos nuestras leyes, si bien han procurado que los Tribunales y jueces guarden a la noble y distinguida clase de la abogacía las consideraciones debidas a la importancia de su ministerio [...], también han adoptado medidas eficaces para contener dentro del círculo de sus deberes a los letrados que falten a ellos en sus escritos e informes, castigando sus extralimitaciones y abusos»[6]. Por ello, será útil que acometamos una digresión sobre estos precedentes históricos, porque —como escribiera en una ocasión el prestigioso académico Santiago Muñoz Machado, quien reúne la doble condición de catedrático de Derecho Administrativo y abogado— «la investigación tiene que arrancarse siempre desde un conocimiento suficiente del estado de la cuestión que se pretende estudiar, identificando las ideas asentadas, las controvertidas y sus defensores. Y a partir de ahí concretar lo que se quiere añadir. Este método impedirá redescubrir océanos muchas veces visitados o imputar incorrectamente las ideas, que resultan del esfuerzo individual de muchos, a los divulgadores últimos»[7].

1. Remontémonos, así pues, hasta el siglo XIII, cuando se consolida la transformación del «vocero» en «abogado». Porque a partir de entonces, «la regulación de la abogacía es continuada», «siendo clave —señala la profesora Remedios Morán Martín— el periodo de Alfonso X»[8]. En efecto, el título IX del libro I del **Fuero Real** (1255) se intitula «de los voceros» e incluye una previsión —la ley V— de índole netamente disciplinaria. Ésta, tras enumerar varias normas deontológicas, indica finalmente: «*et qui contra esto fuere non sea jamas vocero en ningun pleito por otre*»[9]. Una década después, la **III Partida** (1265) —en la ley IX de su título VI— sancionará del siguiente modo la vulneración del secreto

6. MANRESA Y NAVARRO *et al.* (1856): tomo I, p. 160.
7. MUÑOZ MACHADO (1992): p. 15; BAÑO LEÓN (2016): pp. 50-51, nota 4.
8. MORÁN MARTÍN (2015): pp. 416-417 y 424.
9. (1836): tomo II, pp. 23-24; MANRESA Y NAVARRO et al. (1856): tomo I, p. 160.

profesional: «*et qualquier que contra esto feciere desque le fuere probado mandamos que dende adelante sea dado por home de mala fama, et que nunca pueda seer abogado nin consejero en ningunt pleyto, et demas desto quel judgador del logar le pueda poner pena por ende segunt entendiere que la meresce por qual fuere el pleyto de que fue abogado et el yerro que fizo en el maliciosamente*»[10].

2. La regulación de la abogacía hecha en las Partidas permaneció en vigor incluso después del **Ordenamiento de Alcalá** (1348), que apenas innovó nada al respecto. Mucho más prolija, si bien fragmentaria[11], será la legislación aprobada entre 1348 y 1495 tendente, «por una parte, a evitar corruptelas y, por otra, a evitar que los pleitos se dilaten por la actuación maliciosa o negligente de los abogados»[12]. Llegamos así al momento en que «la mejora de la administración de justicia en Castilla» se convierte en uno de los grandes objetivos de «la acción ordenadora de los Reyes Católicos», quienes abordan por vez primera «la regulación global del oficio en un cuerpo de preceptos específico», a saber: las célebres **Ordenanzas de abogados y procuradores** promulgadas en Madrid el 14 de febrero de 1495. Según la profesora Mª Paz Alonso Romero, «lo peculiar de la nueva regulación» es precisamente la «supervisión» judicial del ejercicio de la abogacía[13], como atestigua con meridiana claridad la ordenanza XXI: «otrosi mandamos alos del nuestro consejo e oidores dela nuestra audiencia e alos corregidores juezes e justicias de nuestros reynos [...] que tengan mucha diligencia e cuydado que en sus audiencias se guarden e cumplan estas nuestras ordenanças castigando e penando alos transgressores e culpados enellas, e procediendo enello sumariamente, solamente la verdad sabida, por que las partes ayan e alcancen cumplimiento de justicia lo mas breuemente que ser pueda sin costas e dilaciones»[14]. Es patente, en definitiva, como «los jueces tenían como parte de su oficio [...]

10. (1807): tomo II, p. 438.
11. GARRIGA ACOSTA (2015): pp. 539-540.
12. ORTUÑO SÁNCHEZ-PEDREÑO (1997): pp. 96-97 y nota 1.
13. ALONSO ROMERO (2015): p. 463.
14. ORTUÑO SÁNCHEZ-PEDREÑO (1997): p. 113, nota 47.

la obligación de controlar el ejercicio de la abogacía», lo que se hacía tanto individualmente como colectivamente[15]. Durante los siglos sucesivos, las Ordenanzas de 1495 serían «incorporadas» en el título XVI del libro II de la **Nueva Recopilación** (1567) y, posteriormente, en el título XXII del libro V de la **Novísima Recopilación** (1805)[16], de modo que aquéllas «prolongaron su vigencia hasta bien avanzado el siglo XIX»[17].

3. Precisamente, en España, el inicio del siglo XIX coincidió con el advenimiento del Estado liberal, tras el derrumbe del Antiguo Régimen. Por este motivo, durante aquel periodo se elaboraría una crecidísima cantidad de normas, muchas de las cuales se quedaron en meros proyectos o, en el mejor de los casos, tuvieron una vigencia efímera. La impronta de algunas de ellas, sin embargo, ha perdurado en el tiempo hasta fechas muy recientes, por lo que su estudio es indispensable para entender «cómo el Derecho actual ha llegado a ser de la manera que es, y no de otra manera»[18].

En una primera época, el **Reglamento de las Audiencias y Juzgados de Primera Instancia (Decreto CCI de 9 de octubre de 1812)**, el **Reglamento del Supremo Tribunal de Justicia (Decreto LV de 13 de marzo de 1814)**, el **Reglamento provisional para la Administración de Justicia en lo respectivo a la real jurisdicción ordinaria (Real Decreto de 26 de setiembre de 1835)** y el **Reglamento del Tribunal Supremo de España e Indias (Real Decreto de 17 de octubre de 1835)** reiteraron con palabras varias, por un lado, la obligación de los órganos jurisdiccionales de guardar *«a los abogados y defensores de las partes la justa libertad que deben tener, por escrito y de palabra, para sostener los derechos de sus defendidos»*; y, por el otro, el deber de los abogados de *«proceder con arreglo a las leyes y con el respeto debido a los Tribunales»*. Más complejidad presentan, en cambio, las **Ordenanzas para el gobierno interior de todas las reales audiencias de la Península e islas**

15. GARRIGA ACOSTA (2015): pp. 545 y 548.
16. MANRESA Y NAVARRO *et al.* (1856): tomo I, p. 160.
17. ALONSO ROMERO (2015): p. 461.
18. SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL (1994): p. XXV.

adyacentes (Real Decreto de 19 de diciembre de 1835)[19], cuyo título III, en el capítulo I, regula múltiples obligaciones profesionales de los abogados —el requisito de la previa colegiación (art. 189), los deberes de decoro y respeto (art. 196), la defensa gratuita de pobres (art. 198)...— que tenían que hacerse cumplir de acuerdo con lo previsto por su art. 226, que imponía a *«las audiencias en cuerpo, y cada una de las salas por su parte, y por la suya los regentes»* la obligación de *«observar y hacer observar puntualmente»* sus disposiciones. *«Para ello* —añadía el art. 227— *cada audiencia y cada sala en su caso podrá y deberá corregir de plano con reprensión, apercibimiento, multa o suspensión temporal de oficio [...] a cualquiera abogado o procurador de los que actúen en ella, siempre que voluntariamente faltaren a alguno de sus respectivos deberes, prescritos por esta ordenanza, sin perjuicio de oírles después en justicia, con arreglo a derecho, si reclamaren de la providencia, y salvo también el mandar que se forme contra ellos la correspondiente causa criminal, cuando la gravedad del caso lo exigiere».*

4. Estas Ordenanzas de 1835 son el *«antecedente inmediato»* de los **Estatutos para el régimen de los Colegios de Abogados del Reino (Real Decreto de 23 de mayo de 1838)**, con los que se pretendió extender al conjunto del Estado *«la organización colegial de la profesión, para su correcta inserción en el entramado institucional»*[20]. El art. 10 de aquellos Estatutos reconoció por primera vez la potestad disciplinaria colegial en los siguientes términos: *«si después de admitido un individuo en el Colegio cometiese faltas que le hiciesen desmerecer del honroso cargo que desempeña, la Junta de Gobierno le amonestará hasta tres veces; y si esto no bastase, dará cuenta en Junta General de Abogados para que ésta determine lo que más convenga al decoro de la profesión y del Colegio. Si el interesado no se conformase con la resolución de la Junta, podrá acudir al Tribunal competente a usar de su derecho»*[21].

19. SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL (1994): pp. 396 y 521; MANRESA Y NAVARRO *et al.* (1856): tomo I, p. 160.
20. BARCIA LAGO (2007): p. 444.
21. 1859): p. 42.

5. Dos décadas más tarde sería aprobado nuestro primer código procesal civil, la **Ley para el Enjuiciamiento Civil aprobada por Real Decreto de 5 de octubre de 1855**[22], cuya regulación sobre el particular que nos ocupa comenzaba, en el art. 43, determinando la facultad del *«Tribunal Supremo, las Audiencias y jueces»* para corregir disciplinariamente a los abogados *«por las faltas que cometan en el desempeño de sus funciones»*. Manresa, que critica veladamente la falta de explicitud de la nueva Ley —una verdadera norma penal en blanco— en contraposición a «otras disposiciones antiguas y modernas»[23], indica agudamente que el art. 43 se refiere en exclusiva a las faltas cometidas por los abogados «en el ejercicio de sus funciones ante los Tribunales», porque «si la falta fuese de otro género, si recayese sobre la conducta del abogado en el desempeño de su noble profesión, en todos aquellos actos que no se ejercen directamente ante los Tribunales, entonces la corrección corresponderá a la Junta de Gobierno del Colegio»[24]. El art. 44 graduaba las correcciones disciplinarias siguiendo exactamente el mismo patrón del art. 227 de las Ordenanzas de 1835 —a saber: apercibimiento o prevención, reprensión, multa pecuniaria y suspensión—, pero concretando el máximum de la multa (1.000 reales) y la suspensión (un mes). Desde la perspectiva procedimental, el art. 45 determinaba que, *«contra cualquier providencia en que se impusiere alguna de estas correcciones, se oirá en justicia al interesado, si lo solicitare dentro de los tres días siguientes al en que se haya notificado»*. Resuelta la *«audiencia en justicia»*, de carácter no devolutivo a la luz del art. 46, quedaba expedita la vía de la apelación, si la providencia originaria *«fuere de un Juez»*, ante la Audiencia; o de la súplica, si fuere *«de una Sala de Audiencia, para ante la que siga en orden en la misma»* (art. 47).[25]

6. Esta escueta normativa de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 sería desarrollada *in extenso* por la **Ley de 15 de septiembre de 1870 provisional sobre organización del Poder Judicial**, cuyo título XIX

22. SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL (1994): pp. 524-525.
23. MANRESA Y NAVARRO et al. (1856): tomo I, p. 160.
24. MANRESA Y NAVARRO et al. (1856): tomo I, pp. 159-160.
25. MANRESA Y NAVARRO et al. (1856): tomo I, pp. 166-170.

instituyó una novedosa *«jurisdicción disciplinaria»* a la que quedaban sujetos, entre otros, *«los abogados y procuradores»* (art. 731.3).[26] Las infracciones tipificadas por el art. 756 eran (1) faltar oralmente, por escrito o de obra al respeto debido a los Juzgados y Tribunales en el ejercicio profesional de la abogacía, (2) descomponerse contra algún colega de manera grave e innecesaria para la defensa del cliente y (3) desobedecer al que presidiere el Tribunal después de haber sido llamado al orden en las alegaciones orales. Sin embargo, el art. 762 también facultaba a los Juzgados y Tribunales para imponer a los abogados *«las correcciones que correspondan, con arreglo a las leyes, por faltas o excesos en el ejercicio de sus cargos, que no sean de los comprendidos en el art. 756»*. Así, por ejemplo, el art. 656 de la misma Ley que venimos comentando castigaba la conducta del abogado nombrado de oficio que *«faltare a la defensa en causa criminal sin justa causa»*. Las respectivas correcciones, que debían ser impuestas *«siempre por el Juzgado, Tribunal o Sala de justicia donde se siguieren los autos que dieren lugar a ellas, o en los que se hubieren propasado en la defensa oral»* (art. 758), serían pronunciadas *«de plano, sin tomar en cuenta más que lo consignado en los escritos o en la certificación que en el mismo acto hubiera extendido el secretario de orden del presidente, tanto de lo que se considerare digno de corrección como de las explicaciones dadas»* (art. 759). Según el art. 760, por último, tal resolución sería apelable ante la Audiencia correspondiente, si bien contra las correcciones acordadas por una Audiencia o por el Tribunal Supremo sólo cabría *«recurso de súplica ante la misma Sala que las hubiese impuesto»*.

7. Tras esta acabada regulación de 1870, la doctrina criticó que el **Real Decreto de 3 de febrero de 1881 de promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Civil**, que permanecería en vigor hasta los albores del corriente siglo XXI, volviese a regular —como efectivamente hizo en el título XIII de su libro I— *«las correcciones disciplinarias»*. Algunos

26. Lo que no era incompatible, según el art. 859 de la misma Ley, con que los Colegios de Abogados se ocupasen de la «disciplina de los colegiados». De conformidad con el art. 863, de hecho, los estatutos de cada Colegio debían establecer «las correcciones disciplinarias en que pueden incurrir [los colegiados], en lo que no caiga bajo la jurisdicción disciplinaria de los Juzgados o Tribunales».

autores lo consideraron *«una injerencia injustificable y que revela la falta de criterio eminentemente científico y de sujeción a los buenos principios»*.[27] Manresa se alzó en defensa de la opción tomada por el Legislador al advertir que el código procesal civil de 1881 solamente regulaba las correcciones que tuvieren relación *«con la sustanciación de los juicios, en cuyo procedimiento ha de haberse cometido la falta a que pueden aplicarse»*.[28] Ello se hace patente en la única infracción nueva que introdujo la norma que estamos estudiando: *«cuando [los abogados] faltaren notoriamente a las prescripciones de esta ley en sus escritos y peticiones»* (art. 443.1). Por lo que se refiere a las sanciones, el art. 449 incorporó la advertencia (apartado 1), la *«privación total o parcial de honorarios, o de los derechos correspondientes a los escritos o actuaciones en que se hubiere cometido la falta»* (apartado 5) y la *«suspensión del ejercicio de la profesión [...], que no podrá exceder de tres meses, pudiendo extenderla hasta seis en caso de reincidencia»* (apartado 6)[29]. Asimismo, el recurso de audiencia en justicia —que no había sido contemplado por la Ley de 1870— fue regulado de un modo más prolijo en los arts. 452 y siguientes: se tramitaría por el cauce de los incidentes o, en el caso de los Juzgados Municipales, a través de juicio verbal; el plazo para su interposición sería de cinco días a contar desde aquel *«en que se le hubiera notificado [la corrección al interesado] o tenido noticia oficial de aquélla»*; la postulación no era preceptiva; y, en virtud del art. 456, las sentencias serían apelables, excepción hecha de las dictadas por las Audiencias y el Tribunal Supremo, contra las que *«no habrá ulterior recurso»*. Apuntamos, por último, que el art. 458 preveía que las correcciones *«que se impongan a abogados o procuradores, se comunicarán al decano del Colegio a que pertenezcan, para la anotación correspondiente y lo demás que proceda»*.

27. MANRESA Y NAVARRO (1883): tomo II, p. 314; AGUILERA DE PAZ (1912): tomo II, pp. 667-668.
28. MANRESA Y NAVARRO (1883): tomo II, p. 315; AGUILERA DE PAZ (1912): tomo II, p. 668. Según GIMENO SENDRA et al. (2000): tomo II, p. 661, el «criterio doctrinal» actual es que «la regulación de la potestad disciplinaria de los Tribunales de Justicia debe efectuarse con carácter general para toda clase de procedimientos en una disposición legal de carácter orgánico y no específicamente procesal».
29. MANRESA Y NAVARRO (1883): tomo II, pp. 345-349.

8. Al poco tiempo, vería asimismo la luz nuestra primera y única **LECRIM**. Mediante su art. 258, explica de nuevo Manresa, *«los distinguidos jurisconsultos que redactaron esta Ley y el ministro que la aprobó, distintos de los que intervinieron en la de Enjuiciamiento Civil, encontraron tan conforme a los buenos principios el título XIII [...] que lo aceptaron por completo, acordando que sin la menor alteración se apliquen sus disposiciones en los juicios criminales»*[30]. Pero a todo ello nos referiremos con detalle más adelante, dado que esta normativa todavía permanece hoy en vigor.

9. En otoño de 1984 empezó su tramitación ante las Cortes la vigente **LOPJ**, que constituyó la primera gran novedad del ordenamiento procesal español desde finales del siglo XIX[31]. El Proyecto de Ley Orgánica presentado por el Gobierno ante el Congreso de los Diputados dedicaba su libro V a *«las personas e instituciones que cooperan con la Administración de Justicia»* y a *«los que la auxilian»* y el título V del mismo a *«las sanciones que pueden imponerse a los que intervienen en los pleitos o causas»*.[32] Durante su elaboración parlamentaria, tanto en el Congreso como en el Senado, los preceptos en cuestión sólo experimentaron cambios técnicos.[33] Así, el único aspecto que trascendió —primero a la Comisión de Justicia e Interior[34] y después al Pleno del Congreso[35]— fue la

30. MANRESA Y NAVARRO (1883): tomo II, p. 318.
31. Si bien es cierto que en el apartado 80.3 de la base 21a de la **Ley 42/1974, de 28 de noviembre, de Bases, Orgánica de la Justicia**, que sería derogada por la propia LOPJ sin haber sido nunca desarrollada, se contempló que «en el texto articulado de la Ley [Orgánica de la Justicia] se regulará la materia de las correcciones disciplinarias, sin perjuicio de las facultades de los Colegios de Abogados, y se requerirá el informe de éstos para la imposición de todas aquellas que no deban exigirse de plano».
32. *Boletín Oficial de las Cortes Generales* (Congreso), serie A, 19.09.1984, núm. 118-I, pp. 1372 y 1434.
33. Se eliminó la posibilidad de castigar a los abogados que «faltaren notoriamente a las prescripciones de la Ley en sus escritos y peticiones», se cambió el modo de cuantificar la sanción de multa y se suprimió la de «suspensión en el ejercicio de la profesión hasta un mes» y, por último, se reforzó el carácter potestativo del recurso de audiencia en justicia. Véase al respecto el Boletín Oficial de las Cortes Generales (Congreso), serie A, 23.02.1984, núm. 118-I-1, pp. 1448/13-1448/14; serie A, 22.06.1985, núm. 118-IV, pp. 1448/411-1448/412.
34. *Diario de Sesiones* (Congreso), 08.03.1985, núm. 276, pp. 8712, 8719, 8721- 8722 y 8725.
35. *Diario de Sesiones* (Congreso), 28.03.1985, núm. 196, pp. 8995 y 8999.

propuesta del diputado vasco Juan María Bandrés Molet en el sentido de «*sustraer de las facultades del juez la decisión disciplinaria sobre los abogados y procuradores que ejercen en su jurisdicción*», que no prosperó.

Muy tempranamente tras la entrada en vigor de la LOPJ, el Tribunal Constitucional ya tuvo ocasión de pronunciarse acerca del novísimo régimen disciplinario de los abogados. Así lo hizo en la **STC 38/1988, de 9 de marzo**[36], en donde se afirma que tal normativa «*no constituye sólo una regulación de la potestad disciplinaria atribuida a los jueces o las Salas sobre dichos profesionales, "que cooperan con la Administración de Justicia"* —según el epígrafe del libro V—, *sino también un reforzamiento de la función de defensa que les está encomendada. De ahí que resulte preciso cohonestar dos exigencias potencialmente opuestas, pero complementarias. Es la primera [...] [el] respeto a la libertad del abogado en la defensa del ciudadano [...]. La segunda requiere, en reciprocidad, el respeto por parte del abogado de las demás personas que también participan en la función de administrar justicia*». Por ello, «*en todo procedimiento sancionador dirigido contra un abogado*» tendrán que entrar «*en juego y deberán ser tenidos en cuenta no sólo el respeto debido a [...] 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 Constitución, así como la libertad de expresión de que es titular el abogado en cuanto tal*» (FJ 2º).

10. Una década después, en noviembre de 1998, el Gobierno presentó ante el Congreso de los Diputados el Proyecto de Ley que se acabaría convirtiendo en la vigente **LEC** y en cuya exposición de motivos se explica la opción del Legislador por reforzar «*notablemente las facultades coercitivas de los Tribunales [...] para sancionar comportamientos procesales manifiestamente contrarios al logro de una tutela efectiva. Se trata [...] de disposiciones armónicas con el papel que se confía a las partes,*

36. En realidad, con anterioridad, el ATC 163/1982, de 5 de mayo, y la STC 95/1987, de 8 de junio, ya habían resuelto los recursos interpuestos contra sendas correcciones disciplinarias impuestas a abogados. Sin embargo, la primera de estas dos resoluciones declaró inadmisible el amparo por extemporáneo, mientras que la segunda lo denegó al constatar el grave «error de planteamiento procesal» en que incurrió el recurrente al interponer, contra la providencia de imposición, un recurso de súplica en lugar de la preceptiva audiencia en justicia.

a las que resulta exigible asumir con seriedad las cargas y responsabilidades inherentes al proceso, sin perjudicar a los demás sujetos de éste y al funcionamiento de la Administración de Justicia» (apartado VI)[37]. Así las cosas, el título VIII del libro I del Proyecto llevaba por título *«de las correcciones disciplinarias»* y contenía tres preceptos: el primero estaba destinado a las «correcciones disciplinarias intraprocesales» y se limitaba a una remisión a la LOPJ, el segundo establecía la *«comunicación de las sanciones impuestas a abogados y procuradores al Colegio Profesional respectivo y, por último, el tercero regulaba la «responsabilidad disciplinaria de los jueces y magistrados y de los secretarios, oficiales, auxiliares y agentes»*[38].

Durante la fase de enmiendas en el Congreso, el Grupo Parlamentario Federal Izquierda Unida planteó «*suprimir la totalidad del título VIII»* arguyendo que *«la regulación de las correcciones disciplinarias se encuentra prevista en la LOPJ»*; en este mismo sentido, el Grupo Parlamentario Catalán (CiU) pidió eliminar el precepto relativo a la comunicación de las sanciones a los Colegios Profesionales al considerar también que *«este aspecto debe ser regulado en la LOPJ»*[39]. Finalmente, la ponencia encargada de informar sobre el Proyecto propuso a la Comisión de Justicia e Interior *«la incorporación de la enmienda de supresión de todo el título VIII del Proyecto de Ley»* y, a su vez, de *«un nuevo título, en sustitución del anterior, bajo la rúbrica "De la buena fe procesal". Este nuevo título* —añadían por último los ponentes— *estará integrado por un solo artículo»*[40]: de este modo, en efecto, fue

37. FERNÁNDEZ BALLESTEROS et al. (2000): tomo I, p. 994; TORIBIOS FUENTES (2012): p. 466.
38. *Boletín Oficial de las Cortes Generales* (Congreso), serie A, 13.11.1998, núm. 147-I, pp. 1 y 63-64. Según VACAS GARCÍA-ALÓS et al. (2008): tomo II, p. 1391, «el Anteproyecto de la LEC recogía nueve artículos para regular esta materia, que en el Proyecto se redujeron a tres y que en el texto final se ha quedado en el art. 247 [...]. El Informe del CGPJ al Anteproyecto fue muy crítico con esta regulación, considerando que debía permanecer en la LOPJ».
39. *Boletín Oficial de las Cortes Generales* (Congreso), serie A, 26.03.1999, núm. 147-9, pp. 518 (enmienda núm. 1180) y 653 (enmienda núm. 1630); serie A, 13.04.1999, núm. 147-10, pp. 681-682.
40. *Boletín Oficial de las Cortes Generales* (Congreso), serie A, 27.07.1999, núm. 147-12, pp. 734 y 835.

concebido el actual art. 247 de la LEC,[41] que sería aprobado sin más cambios por las Cortes.[42]

11. Una mención final debemos hacer a la **Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la LOPJ**, con la que se acometieron cambios meramente gramaticales y/o de numeración del título sobre «las sanciones que pueden imponerse a los que intervienen en los pleitos o causas», del que además se alteró la ubicación. Sin embargo, la reforma no afectó el sentido de las disposiciones modificadas. Así llegamos hasta la normativa que actualmente regula la potestad disciplinaria de los Tribunales de Justicia: se trata, como hemos apuntado al principio, del título V del libro VII de la LOPJ, que engloba los arts. 552 a 557.

41. XIOL RÍOS (2008): tomo I, p. 1266, nota 2.
42. *Boletín Oficial de las Cortes Generales* (Congreso), serie A, 29.12.1999, núm. 147-17, p. 1768.

Planteamiento del análisis

Para el estudio de las correcciones que los órganos del Poder Judicial pueden imponer a los abogados —que acometeremos poniendo en relación la normativa en vigor, tanto la LOPJ como las leyes procesales,[43] con la doctrina y la jurisprudencia[44]— distinguiremos entre los tres elementos habituales en la ciencia del Derecho, a saber: (1) los objetivos, que son las infracciones tipificadas y las sanciones para ellas previstas; (2) los subjetivos, que son el órgano competente para imponer correcciones disciplinarias y las personas que pueden sufrirlas; y, por último, (3) los formales, que son el procedimiento para ejercitar la potestad y los recursos que pueden interponerse contra el acto de imposición.

43. Dado que el art. 546.3 de la LOPJ dispone, en su primer inciso, que «las correcciones disciplinarias por su actuación ante los Juzgados y Tribunales se regirán por lo establecido en esta ley y en las leyes procesales».
44. Para conocer la jurisprudencia anterior a la vigente Constitución, a la que no nos referiremos, véase MAJADA (1980): tomo II, pp. 929-932.

01 Elementos objetivos: infracciones y sanciones

1. El art. 552 de la LOPJ señala que los abogados *«podrán ser corregidos a tenor de lo dispuesto en este título, siempre que el hecho no constituya delito»*,[45] en caso de que *«incumplan las obligaciones que les impone esta ley o las leyes procesales»*.

La norma se configura, de este modo, como «una suerte de precepto sancionador en blanco que obliga a acudir a la propia LOPJ [...] y a las distintas leyes procesales [...] para conocer los deberes u obligaciones que imponen» a los abogados.[46] Tal interpretación queda corroborada por el encabezamiento del art. 553, según el cual los abogados *«serán*

45. La STC 38/1988, ya comentada, declaró que, «tratándose de conductas no constitutivas de delito, el régimen sancionador aplicable a los abogados y procuradores por su actuación forense habrá de ser el de [...] la LOPJ, con preferencia sobre el establecido con carácter general para las conductas constitutivas de falta. Así lo exige no sólo el carácter de régimen especial [...] [de a LOPJ], que ha de prevalecer en su aplicación frente al régimen sancionador de las faltas, sino también, y sobre todo, porque el régimen de corrección disciplinaria [...] lo ha sido al servicio de bienes y valores constitucionales [...] y, como hemos señalado, ofrece a los abogados por hechos cometidos en el ejercicio de sus funciones de representación y defensa una mayor garantía que la del juicio de faltas, cuya posibilidad puede provocar en dicho ejercicio una reserva excesiva, limitadora en mayor o menor medida de su libertad de expresión y defensa, sin que ello signifique obviamente que puedan rebasar el límite que resulta del debido respeto, en este caso, a la Administración de Justicia» (FJ 30). En la doctrina, elogió este pronunciamiento REBOLLO PUIG (1988). Tal jurisprudencia sería reiterada en la STC 92/1995, de 19 de junio, y en la STC 113/2000, de 5 de mayo.

46. VACAS GARCÍA-ALÓS et al. (2008): tomo II, p. 1393.

también corregidos disciplinariamente por su actuación ante los Juzgados y Tribunales» cuando incurran en cualquiera de los comportamientos allí enumerados. El empleo del adverbio «también» denota claramente como el art. 552 de la LOPJ, lejos de ser una mera disposición introductoria o programática, constituye la primera y más importante infracción disciplinaria de los abogados: el incumplimiento de sus deberes procesales.[47] Sin embargo, el modo como está redactado el precepto podría suscitar dudas acerca de si respeta el derecho fundamental a la legalidad sancionadora que protege el art. 25.1 de la Constitución[48]. Debemos preguntarnos, en concreto, si el art. 552 de la LOPJ cumple con la llamada «garantía material» de dicho principio, que —según leemos en la STC 242/2005, de 10 de octubre— *«aparece derivada del mandato de taxatividad o de lex certa y se concreta en la exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, que hace recaer sobre el Legislador el deber de configurarlas en las leyes sancionadoras con la mayor precisión posible para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo proscrito y prever, así, las consecuencias de sus acciones»*. Para su admisibilidad, en la misma resolución del Tribunal Constitucional se exige que *«la norma punitiva permita predecir con suficiente grado de certeza las conductas que constituyen infracción y el tipo y grado de sanción del que puede hacerse merecedor quien la cometa, lo que conlleva que no quepa constitucionalmente admitir formulaciones tan abiertas por su amplitud, vaguedad o indefinición, que la efectividad dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria del intérprete y juzgador»* (FJ 2º). A luz de tal jurisprudencia, parece evidente que la remisión en

47. En apoyo de esta tesis debemos aludir también al art. 554.1 de la LOPJ, que al enumerar las sanciones, como veremos a su debido tiempo, dispone que «pueden imponerse a las personas a que se refieren los dos artículos anteriores», es decir: tanto a los infractores del art. 552 como a los del art. 553. Así lo entiende también FERNÁNDEZ BALLESTEROS et al. (2000): tomo I, p. 995.

48. Compartimos plenamente el criterio de VACAS GARCÍA-ALÓS et al. (2008): tomo II, pp. 1399-1400 en el sentido de que a las correcciones disciplinarias que estamos estudiando les «son de aplicación todas las normas, garantías y reservas de las leyes punitivas. Todos los derechos fundamentales que puedan quedar afectados o que están involucrados desde el momento en que aparece el "derecho sancionador" han de quedar perfectamente reconocidos. Así, a la hora de regular la exigencia de responsabilidad disciplinaria han de respetarse los principios de legalidad, tipicidad, culpabilidad, proporcionalidad y presunción de inocencia, como más relevantes».

blanco que efectúa el art. 552 de la LOPJ es correcta por cuanto limita su aplicabilidad a aquellos casos en que, primero, un abogado incumpla alguna de sus obligaciones legales; y, segundo, tal deber se halle previsto en la LOPJ o en alguna de las «leyes procesales». Así, un abogado podrá incurrir en responsabilidad disciplinaria de conformidad con el precepto estudiado cuando, por ejemplo, vulnere el secreto profesional (art. 542.3 de la LOPJ).

Como queda dicho, el art. 553 de la LOPJ añade al anterior cuatro conductas que sí se tipifican de modo expreso y preciso, a saber:

- *«Cuando en su actuación forense faltaren oralmente, por escrito o por obra, al respeto debido a los jueces y Tribunales, fiscales, abogados, secretarios judiciales o cualquier persona que intervenga o se relacione con el proceso».*
- Como indicábamos al principio, el art. 190.1 de la LOPJ dispone que *«corresponde al Presidente del Tribunal o al juez mantener el orden en la Sala, a cuyo efecto acordará lo que proceda».* La infracción disciplinaria tipificada por el art. 553.1, pues, debe entenderse como un instrumento útil para llevar a cabo esta obligación del presidente, del juez o, incluso, del hoy llamado letrado de la Administración de Justicia[49], de conformidad con lo previsto por el art. 190.3 de la propia LOPJ. Dentro del ámbito del proceso civil, el art. 186.1 de la LEC insiste en que quien presida tiene el deber de *«mantener, con todos los medios a su alcance, el buen orden en las vistas, exigiendo que se guarde el respeto y consideración debidos a los Tribunales y a quienes se hallen actuando ante ellos»*. También en la LECRIM hallamos una disposición análoga en el primer párrafo de su art. 684: *«el Presidente tendrá todas las facultades necesarias para conservar o restablecer el orden en las sesiones y mantener el respeto debido al Tribunal y a los demás poderes públicos»*; en este caso, además, se contempla una corrección especial a la que nos referiremos en su momento.

49. Véase la Disposición Adicional 1a de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la LOPJ.

- *«Cuando llamados al orden en las alegaciones orales no obedecieren reiteradamente al que presida el acto».*
- A este respecto es importante advertir que el art. 186.2 de la LEC autoriza al presidente, juez o letrado de la Administración de Justicia para *«agilizar el desarrollo de las vistas, a cuyo efecto llamará la atención del abogado o de la parte que en sus intervenciones se separen notoriamente de las cuestiones que se debatan, instándoles a evitar divagaciones innecesarias, y si no atendiesen a la segunda advertencia que en tal sentido se les formule, podrá retirarles el uso de la palabra».* Así pues, la sanción tipificada por el art. 553.2 de la LOPJ y sus consecuencias se conceptúan como una solución final tras el fracaso de los dos medios —apercibimiento y retirada de la palabra— previstos por el precepto que se acaba de transcribir. En un sentido más amplio, el segundo párrafo del art. 684 de la LECRIM también dispone que *«el Presidente llamará al orden a todas las personas que lo alteren»*, previendo a continuación varias correcciones especiales que analizaremos más adelante.
- *«Cuando no comparecieren ante el Tribunal sin causa justificada una vez citados en forma».*
- Es muy interesante la utilización —que no aplicación— del art. 553.3 de la LOPJ hecha por el Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo en su Sentencia de 15 de junio de 2016 al reflexionar sobre los efectos de la incomparecencia injustificada del procurador al acto de la vista. En efecto, según el Alto Tribunal, *«la inasistencia del procurador al acto del juicio, cuando le consta el señalamiento y no alega causa justificada para ello, podrá comportar incumplimiento de deberes profesionales de carácter estatutario y de las obligaciones propias de la relación de apoderamiento, con las consecuencias a que haya lugar* —incluso el art. 553.3 de la LOPJ prevé la incomparecencia como generadora de posible responsabilidad disciplinaria exigible por el Tribunal—, *pero no ha de suponer la privación al litigante de toda posibilidad de defensa en juicio cuando el mismo está presente y asistido técnicamente por abogado»* (FJ 2º). Este pronunciamiento, es patente, nos recuerda

la importancia de una correcta administración de la potestad disciplinaria por parte de los Tribunales de Justicia.

- *«Cuando renuncien injustificadamente a la defensa o representación que ejerzan en un proceso, dentro de los siete días anteriores a la celebración del juicio o vistas señaladas».*
- El art. 26.1 del EGA prevé con toda claridad la *«plena libertad»* de cualquier abogado para *«aceptar o rechazar la dirección del asunto, así como de renunciar al mismo en cualquier fase del procedimiento, siempre que no se produzca indefensión al cliente»*. En este último inciso se halla la clave de la infracción tipificada por el art. 553.4 de la LOPJ: si el abogado renunciase sin justa causa dentro de los siete días anteriores a un juicio o a una vista, su patrocinado quedaría en situación de indefensión ante una actuación procesal tan próxima en el tiempo. De hecho, el art. 13.3, párrafo último, del Código Deontológico de la Abogacía Española determina expresamente que *«el abogado que renuncie a la dirección letrada de un asunto habrá de realizar los actos necesarios para evitar la indefensión de su cliente»*. Cuando se trate de una renuncia justificada, en cambio, puede formalizarla sin límite de tiempo, como se desprende de una interpretación *a sensu contrario* del propio art. 553.4 de la LOPJ. Según los varios apartados del art. 13 del mencionado Código Deontológico, serían justa causa para tal renuncia las discrepancias con el cliente, la afectación de la plena libertad e independencia del abogado en su labor de defensa procesal, el peligro de violación de la obligación de secreto profesional o el conflicto de intereses.[50]

2. Al regular la punición que corresponde a las infracciones que se acaban de explicar, el art. 554.1 de la LOPJ —siguiendo la tónica de los dos preceptos anteriores— no utiliza el vocablo «sanción», que es el usual en nuestro Derecho y el que, por añadidura, aparece en la rúbrica del título V del libro VII de la LOPJ, sino que opta por «corrección». Debemos considerarlo como una concesión a nuestra tradición procesal,

50. 51 VACAS GARCÍA-ALÓS et al. (2008): tomo II, pp. 1396-1397.

como hemos visto, dado que tales correcciones no dejan de ser, a todos los efectos, verdaderas sanciones.

Por un lado, el apartado a) del art. 554.1 de la LOPJ prevé la posibilidad de corregir al abogado con un *«apercibimiento»*[51], que consiste *«en advertir al infractor de la incorrección de su conducta y de las consecuencias que pueden pararle en caso de reincidir (consistentes en la imposición de una sanción más grave)»*.[52] En el contexto de la propia LOPJ, el apercibimiento forma parte del catálogo de sanciones que pueden imponerse a los letrados de la Administración de Justicia, de conformidad con el art. 468 quáter.1 a), y a los funcionarios al servicio de la Administración de Justicia, en virtud del art. 538 a). Asimismo, el art. 81.2 b) del EGA también prefija la *«amonestación por escrito»* como una de las sanciones que pueden aplicar los Colegios de Abogados en uso de sus facultades disciplinarias. Sobre la materialización práctica del «apercibimiento», es interesante esta antigua práctica propia del proceso penal de la que da cuenta Majada: *«el órgano jurisdiccional recoge a veces en la parte dispositiva de alguna resolución un "aviso", dirigido a determinados funcionarios judiciales, abogados o procuradores, con la indicación de que "en lo sucesivo" se abstengan de expresarse o actuar como lo hicieron en la ocasión de referencia»*.[53]

Por el otro lado, el apartado b) del mismo art. 554.1 de la LOPJ contempla también como corrección una *«multa cuya máxima cuantía será la prevista en el Código Penal como pena correspondiente a las faltas»*. Sin embargo, las faltas fueron suprimidas definitivamente por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica

51. Según VACAS GARCÍA-ALÓS et al. (2008): tomo II, p. 1398, esta es «la sanción prevista como común o general [...], dado que para la sanción de multa se dispone en la norma una serie de parámetros a los que se debe ajustar el órgano sancionador».
52. Diccionario del español jurídico, Real Academia Española, Consejo General del Poder Judicial, 2016. Accesible en Internet a través de <**dej.rae.es**>.
53. MAJADA (1980): tomo II, p. 915; CONDE-PUMPIDO FERREIRO (1998): tomo I, p. 1038. Lo más sensato, en efecto, consiste en considerar tal modo de proceder una verdadera sanción de «apercibimiento», dado que —según la doctrina emanada de la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 28 de abril de 1998— «la costumbre no es fuente del Derecho procesal: no hay una opinio iuris seu necessitatis del juez ni de las partes, de la repetición de actos en el ámbito del proceso, ni hay usos jurídicos que tengan la consideración de tales (FJ 20).

10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, cuya Disposición Adicional 2ª establece —en su último inciso— que *«las menciones contenidas en las leyes procesales a las faltas se entenderán referidas a los delitos leves»*. Interpretando, pues, el art. 554.1 b) de la LOPJ a la luz de esta previsión, llegamos a la conclusión de que la corrección disciplinaria de multa podría tener una cuantía máxima de 36.000 euros[54]. Para la graduación de este importe tendrá que atenderse, según el art. 554.2 de la LOPJ, *«a la gravedad, antecedentes y circunstancias de los hechos cometidos»*.[55]

54. Los delitos leves son aquellos que tienen prevista una pena leve, de acuerdo con la definición dada por el art. 13.3 del Código Penal; y, según su art. 33.4 g), la pena de multa que puede imponerse al responsable de un delito leve es «de hasta tres meses». El art. 50.4 del Código indica, por último, cómo deben computarse los meses y cuál es la cuantía máxima y mínima de la cuota diaria a pagar.

55. Según VACAS GARCÍA-ALÓS et al. (2008): tomo II, p. 1398, «se exige un esfuerzo de motivación añadido en el que se habrá de analizar de manera especial la gravedad de los hechos, sus antecedentes y circunstancias».

1.1. Las correcciones especiales

El art. 557 amplifica el ámbito de aplicación del título V del libro VII de la LOPJ a aquellos casos en los que *«fuere procedente alguna de las correcciones especiales previstas en las leyes procesales para casos determinados»*. En tales supuestos, dispone el precepto de referencia, *«se aplicará, en cuanto al modo de imponerla y recursos utilizables, lo que establecen los dos artículos anteriores»*.

Entonces, para que nuestro trabajo sea completo, es preciso que también incluyamos entre las infracciones que pueden ser reprimidas disciplinariamente por los Tribunales de Justicia estas correcciones especiales a las que se refiere el art. 557 de la LOPJ.

1. Antes que nada, debemos considerar el art. 191 de la propia LOPJ, en virtud del cual *«los que perturbaren la vista de algún proceso, causa u otro acto judicial, dando señales ostensibles de aprobación o desaprobación, faltando al respeto y consideraciones debidas a los jueces, Tribunales, Ministerio Fiscal, abogados, procuradores, secretarios judiciales, médicos forenses o resto del personal al servicio de la Administración de Justicia, serán amonestados en el acto por quien presida y expulsados de la Sala o de las dependencias de la Oficina judicial, si no obedecieren a la primera advertencia»*. El art. 192 añade todavía que *«los que se resistieren a cumplir la orden de expulsión serán, además, sancionados con multa cuyo máximo será la cuantía de la multa más elevada prevista en el Código Penal como pena correspondiente a las faltas»*.

El art. 191 de la LOPJ resulta aplicable, según su propio tenor literal, a cualesquiera asistentes a *«la vista de algún proceso, causa u otro acto judicial»*. Es verdad, por ello, que el *«sujeto infractor»* en este caso puede *«ser un tercero, una persona perteneciente al público presente en el acto en*

cuestión»,[56] pero no lo es menos que también pueden serlo un abogado. El precepto no lo excluye y es muy significativo, en este sentido, que ni dos de las infracciones tipificadas por el art. 191 de la LOPJ —perturbación del orden de una vista y *«señales ostensibles de aprobación o desaprobación»*[57]— ni una de sus posibles sanciones —la expulsión[58]— se hallen previstas en el título V del libro VII de la propia LOPJ.

Es evidente, en definitiva, que un abogado que se condujese del modo previsto en el art. 191 —en clara infracción de los deberes de *«respeto»* y *«trato considerado y cortés»* que le imponen los arts. 36 y 43 del EGA— y no atendiese las advertencias que se le dirigiesen debería ser expulsado inmediatamente de la Sala, aunque sea a costa de suspender el acto en aras al derecho de defensa de la parte por aquél patrocinada[59]. En última instancia, se le podría castigar con la multa que determina el art. 192. Todo ello *«sin perjuicio* —apunta el art. 191— *de la responsabilidad penal en que incurran»*.

2. La LEC contempla numerosas correcciones especiales, como tendremos oportunidad de ver, pero todas pueden reconducirse sin dificultad a lo dispuesto por su art. 247[60], cuya incorporación en fase parlamentaria a la LEC ya hemos estudiado. Éste, tras proclamar en su apartado 1 que *«los intervinientes en todo tipo de procesos deberán ajustarse en sus actuaciones a las reglas de la buena fe»*, prevé que si *«alguna de las partes ha actuado conculcando las reglas de la buena fe procesal»* le podrá ser

56. VACAS GARCÍA-ALÓS et al. (2008): tomo I, p. 566. Es muy significativo, en este sentido, el tajante carácter del primer inciso del último párrafo del art. 684 de la LECRIM cuando somete a «todos los concurrentes al juicio oral, cualquiera que sea la clase a que pertenezcan, sin excluir a los militares», a «la jurisdicción disciplinaria del Presidente».
57. El art. 191 de la LOPJ también castiga a «los que perturbaren la vista de algún proceso, causa u otro acto judicial [...] faltando al respeto y consideraciones debidas a los jueces, Tribunales, Ministerio Fiscal, abogados, procuradores, secretarios judiciales, médicos forenses o resto del personal al servicio de la Administración de Justicia». En este punto es evidente que se produce un solapamiento con el art. 553.1 de la LOPJ, que sería de aplicación preferente en virtud del conocido principio «lex specialis derogat legi generali».
58. Para una opinión distinta, VACAS GARCÍA-ALÓS et al. (2008): tomo I, p. 564.
59. Véanse los apartados 5o y 6o del art. 188.1 de la LEC.
60. FERNÁNDEZ BALLESTEROS et al. (2000): tomo I, p. 994.

impuesta *«una multa que podrá oscilar de ciento ochenta a seis mil euros, sin que en ningún caso pueda superar la tercera parte de la cuantía del litigio»*.[61]

La buena fe es un concepto jurídico indeterminado, como tanto la jurisprudencia como la doctrina han puesto de manifiesto[62], lo que no es óbice para su empleo en la tipificación de infracciones *«siempre que la concreción de tales conceptos sea factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia, que permitan determinar con suficiente grado de certeza las conductas que se sancionan»*.[63] Ahora bien, tal indeterminación jurídica está en el origen de *«la dificultad de objetivar el concepto de buena fe»*, la cual no deja otro remedio que *«acudir a la casuística para conocer situaciones en las que se ha apreciado su inobservancia, partiendo de la base de que se trata de casos que en similares circunstancias no tienen igual consideración por parte de los Tribunales»*.[64]

Pero más allá del art. 247, como decíamos, la LEC tipifica muchas más correcciones especiales.[65] Así, el art. 112.1 permite reprender con multa de 180 a 6.000 euros al recusante de mala fe;[66] el art. 176 prevé sancionar con multa de 30 euros por día de retraso al litigante que se demore en la gestión de un exhorto; el art. 183.6 autoriza a imponer una multa de hasta 600 euros al abogado, al litigante, al testigo o al perito que haya solicitado un nuevo señalamiento de vista con dilación injustificada o sin fundamento alguno; el segundo párrafo del art. 190.2 obliga a castigar con multa de 150 a 600 euros al recusante que no formalice por escrito dentro del plazo previsto la recusación verbal en caso de cambio en el personal juzgador después de señalada la vista; el segundo

61. La cual multa podrá imponerse, en su caso, «además del rechazo de la petición o del incidente» en virtud del art. 247.2 de la LEC, tal y como observa CORDÓN MORENO et al. (2011): tomo I, p. 1209.
62. CORDÓN MORENO et al. (2011): tomo I, pp. 1204-1206.
63. NUÑO JIMÉNEZ y PUERTA SEGUIDO (2016): epígrafe 4a.
64. XIOL RÍOS (2008): tomo I, pp. 1270-1271.
65. Para una enumeración no exhaustiva de las mismas, véase FERNÁNDEZ BALLESTEROS et al. (2000): tomo I, p. 994, JUAN SÁNCHEZ (2009): pp. 20-21 y 49 y GARBERÍ LLOBREGAT et al. (2010): tomo I, p. 998.
66. Véase, exactamente en el mismo sentido, el art. 228.1 de la LOPJ. Son de gran interés, sobre la multa contemplada en este precepto, la STC 52/1999, de 12 de abril, y la STC 129/2002, de 3 de junio.

párrafo del art. 228.2 dispone la imposición de una multa de 90 a 600 euros al solicitante de un incidente excepcional de nulidad de actuaciones promovido con temeridad;[67] el art. 270.2, en su inciso final, faculta para sancionar con multa de 180 a 1.200 euros al responsable de la presentación extemporánea de documentos en caso de que se aprecie ánimo dilatorio o mala fe en su conducta; el último párrafo del art. 286.4 permite castigar con multa de 120 a 600 euros al responsable de una alegación de hecho de nueva noticia efectuada, también, con ánimo dilatorio o mala fe; el art. 288.1 estipula como imperativa una sanción de 60 a 600 euros para *«el litigante por cuya causa no se ejecutare temporáneamente una prueba admitida»*; los arts. 292.1, 292.4 y 304 obligan a imponer una multa de 180 a 600 euros al testigo, al perito o al litigante que no comparezca en el juicio o vista al que haya sido citado; el art. 320.3 contempla la posibilidad de castigar con multa de 120 a 600 euros a quien hubiese impugnado con temeridad el valor de un documento público; el art. 344.2 permite reprender con multa de 60 a 600 euros a la parte responsable de haber tachado a un perito con temeridad o deslealtad procesal; el segundo párrafo del art. 381.2 determina, en caso de declaración testifical por escrito de una persona jurídica o una entidad pública, que el Tribunal concederá un plazo para prestarla y remitirla *«bajo apercibimiento de multa de 150 a 600 euros y de proceder, contra quien resultare personalmente responsable de la omisión, por desobediencia a la autoridad»*; y, en el caso de los juicios verbales indicados en los apartados 10º y 11º del art. 250.1, el art. 441.4 faculta para sancionar al demandado *«con multa de hasta la quinta parte del valor de la reclamación, con un mínimo de ciento ochenta euros»*, si no asiste sin justa causa a la vista, si no mantiene oposición o si la fundamenta en causas ajenas al art. 444.3.

Este amplio catálogo de correcciones especiales ha sido criticado con dureza por una parte de la doctrina al considerar que induce a *«confusión»*: *«no se alcanza a entender, a la luz de esta genérica regulación sobre el principio de la buena fe procesal y la posibilidad de sancionar su inobservancia a través de multas pecuniarias, [...] que, en otros lugares de la LEC, a dicha regulación se superponga otra específica que, y esto es lo peor, regula*

67. Véase, exactamente en el mismo sentido, el art. 241.2 de la LOPJ.

de manera diversa un mismo fenómeno [...]. Tales preceptos son claros exponentes de una pésima técnica legislativa, pues, amén de lo perturbadora que resulta la tipificación de conductas específicas que pueden ser perfectamente englobadas en la regulación de la conducta general, es ya el colmo que para las primeras haya previsto el Legislador multas de distinta cuantía (incluso más benignas) a las establecidas para la segunda»[68].

Disentimos completamente de tales argumentos porque, sin lugar a dudas, las correcciones especiales que tipifica de modo específico la LEC, aunque sean extraordinariamente numerosas y carezcan de sistematicidad, gozan de un nivel de seguridad jurídica muy superior al de su art. 247, en el que la utilización de un concepto jurídico indeterminado como «buena fe», sin ser propiamente incorrecto, genera un evidente déficit en lo que a la tipicidad se refiere. En efecto, la conocida exigencia de *lex certa*[69] queda colmada en todas las correcciones que quedan enumeradas y la disparidad de sus respectivas sanciones, por cierto, obedece a una elemental aplicación del principio de proporcionalidad, es decir: la adecuación que debe existir entre la gravedad de la infracción y su castigo[70].

3. De modo semejante a la LEC, la LECRIM —que, es importante recordarlo, permanece en vigor desde el 3 de enero de 1883— combina una disposición sancionadora general, el ya comentado art. 258, único precepto del título XIII del libro I del código procesal penal, con un amplio y heterogéneo conjunto de correcciones especiales para situaciones concretas.

Según el art. 258, pues, *«son también aplicables las disposiciones contenidas en el título XIII del libro I de la Ley de Enjuiciamiento Civil a cuantas personas, sean o no funcionarios, asistan o de cualquier modo intervengan en los juicios criminales, siendo los jueces municipales, los jueces de instrucción, los Tribunales de lo criminal y el Supremo quienes, respectivamente, en su caso, podrán imponer las correcciones disciplinarias correspondientes»*.

68. GARBERÍ LLOBREGAT et al. (2010): tomo I, pp. 993 y 998.
69. NUÑO JIMÉNEZ y PUERTA SEGUIDO (2016): epígrafe 4 a).
70. NUÑO JIMÉNEZ y PUERTA SEGUIDO (2016): epígrafe 7.

Como ha puesto de manifiesto la doctrina, esta remisión del art. 258 de la LECRIM debe entenderse hecha *«hoy en día a la regulación disciplinaria procesal contenida en la LOPJ, tanto en cuanto a los asistentes, testigos, peritos, partes u otras personas que asistan o participen en los juicios penales [...] como en cuanto a los abogados y procuradores»*[71]. Así pues, todo lo explicado sobre el título V del libro VII de la LOPJ también resulta aplicable en el ámbito de la LECRIM dado que se trata de la *«legislación básica»*[72] a la que se remite su precepto de referencia.

Sin embargo, no podemos olvidar que esta disposición tiene —como ya afirmara Enrique Aguilera de Paz en 1912— carácter supletorio: «desde luego deja a salvo las correcciones disciplinarias especiales establecidas por la ley en distintas prescripciones de la misma, para casos determinados, pues como pudiera suceder que se incurriera en algunas otras faltas no corregidas especialmente por ella, se creyó conveniente y aún necesaria la consignación de la regla general y supletoria sancionada en este artículo»[73]. Puesto que, hoy por hoy, tal tipo de razonamiento jurídico resulta totalmente incompatible con los más elementales principios del derecho sancionador, la doctrina más moderna opta por explicar la prótasis del art. 258 de la LECRIM —*«sin perjuicio de las correcciones especiales que establece esta Ley para casos determinados»*— afirmando que *«parte de la existencia de correcciones disciplinarias previstas de manera concreta en el propio texto de la LECRIM»*.[74]

Es necesario, por todo ello, que pasemos a examinar las correcciones especiales que todavía hoy tipifica la LECRIM en relación con los abogados, dado que muchas de ellas —a pesar de lo afirmado por algún autor[75]— no pueden darse aún por «obsoletas». Los arts. 70, 71 y 77 castigan con multa económica y, en su caso, con «la responsabilidad personal subsidiaria correspondiente, por vía de sustitución y apremio», al que promoviere una recusación con temeridad o mala fe; el apartado 5 del segundo párrafo del art. 175 prevé *«multa de 200 a 5.000 euros»* para

71. GIMENO SENDRA et al. (2000): tomo II, p. 661.
72. GIMENO SENDRA et al. (2000): tomo II, p. 667.
73. AGUILERA DE PAZ (1912): tomo II, p. 669.
74. CONDE-PUMPIDO FERREIRO (1998): tomo I, p. 1037.
75. CONDE-PUMPIDO FERREIRO (1998): tomo I, p. 1036; GIMENO SENDRA et al. (2000): tomo II, p. 667.

el que no concurriere al *«primer llamamiento»* y, *«si fuese ya el segundo el que se hiciere»*, se contempla un *«apercibimiento de ser perseguido como reo del delito de obstrucción a la justicia»*; para el caso de que *«el proceso estuviere en poder de alguna persona»*, el art. 215 estipula la *«imposición de multa de 25 a 250 pesetas a quien diere lugar a la recogida, si no lo entregare en el acto o lo entregare sin despachar cuando estuviere obligado a formular algún dictamen o pretensión»*, pudiéndose llegar hasta el procesamiento por desobediencia si no se devolviese el *«proceso despachado» ni tras «un segundo término prudencial»*; el incumplimiento del deber de denunciar delitos públicos es sancionado con multa económica, *«que se impondrá disciplinariamente»*, por los arts. 262 y 259; el art. 301, tras su modificación por la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, estipula que *«el abogado o procurador de cualquiera de las partes que revelare indebidamente el contenido del sumario, será corregido con multa de 500 a 10.000 euros»*, que también se impondrá a *«cualquier otra persona que no siendo funcionario público cometa la misma falta»*; los arts. 420, 446 y 464 tipifican las sanciones económicas que deberán afrontar los testigos y los peritos que no cumplan debidamente sus obligaciones procesales durante la fase de sumario; la negativa a exhibir *«objetos y papeles que se sospeche puedan tener relación con la causa»* es multada por el art. 575, *«y cuando insistiera* —añade el precepto— *en su negativa, si el objeto o papel fueren de importancia y la índole del delito lo aconseje, será procesado como autor del de desobediencia a la autoridad, salvo si mereciera la calificación legal de encubridor o receptador»*; *«los peritos y testigos citados que no comparezcan, sin causa legítima que se lo impida», al juicio oral serán castigados con la multa determinada por el art. 661, que también contempla la posibilidad del procesamiento por «delito de obstrucción a la justicia»*; el art. 684, al que ya nos hemos referido anteriormente, permite al Presidente del Tribunal imponer multas, expulsar[76] e incluso ordenar la detención en el acto de cualquier persona que alterare *«el orden en las*

76. En su Sentencia de 2 de noviembre de 2010, la Sección 8a de la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha enjuiciado un «acuerdo verbal» de expulsión de un abogado: «no tiene duda la Sala —leemos en esta Sentencia— de que se trata de una decisión adoptada por quien presidía el juicio en el ejercicio de las funciones de policía de estrados que le confiere el art. 684 de la LECRIM y que [...] constituye una corrección especial de las contempladas en el art. 557 de la LOPJ» [FJ 70].

sesiones» o no mantuviere *«el respeto debido al Tribunal»*; de conformidad con el art. 716, *«el testigo que se niegue a declarar incurrirá en la multa de 200 a 5.000 euros, que se impondrá en el acto»*, y en caso de que persistiere en su negativa *«se procederá contra él como autor del delito de desobediencia grave a la autoridad»*; para el supuesto de que resulten ser falsos los hechos aducidos como fundamento de un recurso de queja, el art. 870 dispone que *«la Sala podrá imponer al particular recurrente, de forma motivada, una multa que podrá oscilar de 180 a 6.000 euros respetando en todo caso el principio de proporcionalidad y teniendo en cuenta las circunstancias del hecho de que se trate, así como los perjuicios que se hubieren podido causar al procedimiento o al resto de partes procesales»*; el art. 894 prevé, en su último párrafo, que al letrado que no concurra a la vista del recurso de casación le serán impuestas *«las correcciones disciplinarias que [la Sala] estime necesarias, atendida la gravedad e importancia del asunto»*; y, finalmente, el art. 967.2 estipula que, *«cuando los citados como partes, los testigos y los peritos no comparezcan»* en un juicio de faltas *«ni aleguen justa causa para dejar de hacerlo»*, se les podrá sancionar *«con una multa de 200 a 2.000 euros»*.[77]

4. Por lo que se refiere a las leyes procesales aplicables a las llamadas jurisdicciones especializadas —la contencioso-administrativa y la laboral—, advertimos en primer lugar como la **Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contenciosoadministrativa** es absolutamente «parca» a la hora de regular la potestad disciplinaria de los órganos jurisdiccionales pertenecientes a este orden[78]. El art. 48 —en sus apartados 7, 8, 9 y 10— regula con detalle la «multa coercitiva» que debe imponerse en caso de que no se haya efectuado debidamente el trámite de remisión del expediente propio del recurso contencioso-administrativo. Se trata, empero, de una corrección que sólo resulta aplicable a las administraciones públicas y a sus empleados o respon-

77. A diferencia de JUAN SÁNCHEZ (2009): pp. 21-22 y 49, no incluimos en la enumeración las correcciones especiales que pueden imponerse a los funcionarios al servicio de la Administración de Justicia y que encontramos tipificadas en los arts. 295, 346 y 770.1, entre otros.
78. JUAN SÁNCHEZ (2009): p. 23.

sables[79]. En relación con el procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona regulado por el título V de la propia Ley, el art. 116.1 se remite al propio art. 48, de modo que debemos llegar a la misma conclusión que antes. Entonces, cualquier corrección disciplinaria a un abogado que actúe ante los órganos de la jurisdicción contenciosoadministrativa debería fundarse en las reglas de la LOPJ o, en su caso, de la LEC, que rige como supletoria «en lo no previsto» por la Ley 29/1998 de conformidad con su Disposición Final 1ª.

Mucho más interés presenta, en cambio, la **LJS**, cuyo art. 75.4 viene a reproducir el régimen disciplinario establecido por el art. 247.3 de la LEC[80]. Según el precepto de referencia, pues, los órganos del orden jurisdiccional social pueden imponer, *«ponderando las circunstancias del hecho, la capacidad económica y los perjuicios causados al proceso y a otros intervinientes o a terceros, una multa que podrá oscilar de ciento ochenta a seis mil euros, sin que en ningún caso pueda superar la cuantía de la tercera parte del litigio», tanto a quienes vulneren «las reglas de la buena fe» como a quienes formulen «pretensiones temerarias»*[81]. Ello debe entenderse sin perjuicio de que, en virtud del art. 75.3 de la LJS, *«si se produjera un daño evaluable económicamente»*, el perjudicado reclamare su indemnización *«ante el Juzgado o Tribunal que estuviere conociendo o hubiere conocido el asunto principal»*.[82]

El último párrafo del art. 75.4 de la LJS determina, a su vez, que *«de apreciarse temeridad o mala fe en la sentencia o en la resolución de los recursos de suplicación o casación, se estará a lo dispuesto en sus reglas*

79. Por ende, como apunta SANTAMARÍA PASTOR (2010): p. 531, dada su «innegable severidad», parece claro que «este complejo procedimiento coactivo [...] será utilizado en muy contadas ocasiones».
80. FOLGUERA CRESPO et al. (2011): p. 351; MERCADER UGUINA (2015): pp. 523 y 525. Para la situación anterior, bajo la vigencia del Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, véase JUAN SÁNCHEZ (2009): pp. 22-23.
81. MERCADER UGUINA (2015): p. 525: «no es fácil ofrecer un elenco cerrado de las conductas que quedan integradas en el supuesto del precepto».
82. Según FOLGUERA CRESPO et al. (2011): p. 354, «no ha lugar a considerar la improcedencia de la sanción si ha mediado resarcimiento por esta vía, y a la inversa. El principio non bis in idem no se aplica en este caso, el resarcimiento no tiene carácter sancionador a diferencia de la sanción pecuniaria por temeridad o mala fe y el destinatario del importe de uno y otro pronunciamiento es enteramente distinto».

respectivas». Nos encontramos, en efecto, ante unas nuevas correcciones especiales al estilo de las que ya hemos estudiado en la LEC y en la LECRIM. El art. 97.3, en primer término, prevé que en sentencia la multa podrá ser impuesta «motivadamente» y dentro de los límites que ya hemos estudiado *«al litigante que obró de mala fe o con temeridad, así como al que no acudió al acto de conciliación injustificadamente»*. En fase de suplicación, el art. 204.2 contempla que *«la sentencia de la Sala confirmará o no, en todo o en parte»*, la multa que en su caso se hubiere impuesto en la sentencia recurrida; *«la Sala* —añade aún el mismo precepto— *podrá imponer dichas sanciones y medidas a los recurrentes de apreciarse temeridad o mala fe en la actuación de las partes o su representación procesal durante el recurso».* Idéntica solución adopta el art. 217.2 para la sentencia resolutoria el recurso de casación[83].

Para que este inventario de las correcciones especiales de la LJS sea completo es preciso que nos refiramos también al art. 48.2, que, para *«el caso de la entrega material de las actuaciones», estipula que si las mismas no fueren devueltas en «el plazo concedido para su examen»* se impondrá por decreto del letrado de la Administración de Justicia una *«multa de veinte a doscientos euros diarios. Pasados dos días* —añade aún la disposición— *sin que los mismos hayan sido devueltos, el secretario judicial ordenará su recogida; si al intentarlo no le fueran entregados en el acto, dará cuenta al juez para que disponga lo que proceda por el retraso en la devolución»*; y, asimismo, al art. 132.2, que obliga a imponer en sentencia la sanción económica de los arts. 75.4 y 97.3 de la LJS a la empresa demandante que hubiese impugnado un laudo arbitral con la voluntad de *«obstaculizar o retrasar el proceso electoral»*.

83. FOLGUERA CRESPO et al. (2011): p. 355.

1.2. Observaciones en materia de sanciones

1. A la hora de regular la potestad disciplinaria, la LEC opta en exclusiva por las sanciones económicas al considerarlas *«una herramienta útil para mantener el respeto a las reglas del juego limpio en el proceso, tanto mediante la aplicación de correcciones a quien ejecuta comportamientos inadmisibles, como mediante la disuasión de los indecisos»*[84]. Lo mismo podemos decir de las otras leyes procesales, como ha quedado patente en el epígrafe anterior.

Pero no todas las multas que aparecen en nuestras leyes de procedimiento tienen naturaleza *punitiva* —es decir: sancionadora—, dado que también es frecuente el uso de las llamadas *multas coercitivas*. Así lo recuerda un pasaje del preámbulo de la LJS: *«la Ley de Procedimiento Laboral de 1990 ya fue pionera en el establecimiento de apremios pecuniarios y multas coercitivas para obtener la ejecución de lo resuelto, pero las mismas solamente se establecieron en el proceso de ejecución. Las normas posteriores, contenidas tanto en la Ley reguladora de la Jurisdicción ContenciosoAdministrativa como en la LEC del año 2000, han posibilitado, con carácter general, la aplicabilidad de dichos mecanismos también al proceso declarativo y a la fase de recurso. Con tal finalidad se ha incluido esta posibilidad general en esta Ley»* (apartado VI).

Así pues, en atención a que su *«naturaleza no es punitiva sino coercitiva»*[85], hemos excluido de nuestro estudio los arts. 589.3, 591.2, 676.3 y 776 de la LEC, así como todo el capítulo III del título V de su libro III[86]; el apartado a) del art. 112 de la Ley 29/1998, que sólo resulta aplicable a

84. FERNÁNDEZ BALLESTEROS et al. (2000): tomo I, p. 994.
85. TORIBIOS FUENTES (2012): p. 466.
86. JUAN SÁNCHEZ (2009): pp. 39-40; TORIBIOS FUENTES (2012): p. 466.

«autoridades, funcionarios o agentes»; y, por último, el art. 75.5 y, por remisión de éste, el art. 241 de la LJS[87].

2. Por otro lado, en ocasiones, el ordenamiento ha previsto otras *«consecuencias procesales»*[88] o *«reacciones»* distintas a las multas ante *«la conducta torcida, temeraria o de mala fe de las partas procesales»*.[89] Es el caso paradigmático, pero no único, de la condena en costas en supuestos como el previsto por el art. 394.2 de la LEC, o sea: cuando una de las partes haya litigado *«con temeridad»*.

El art. 450 de la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 dispuso que *«también será considerada como corrección disciplinaria la imposición de costas a los funcionarios antes expresados, en los casos en que lo autoriza la ley»*. Según José María Manresa, con esta previsión se quería *«poner término a las dudas que antes ocurrían sobre los recursos y procedimientos que debían emplearse para reclamar contra esa condena en costas el funcionario a quien había sido impuesta, habiéndose dado casos de llegar estas cuestiones hasta el Tribunal Supremo por recurso de casación, después de sustanciadas y falladas, unas veces por los trámites del juicio ordinario y otras por los de los incidentes. Ahora ya no cabe esa duda: considerada dicha imposición de costas como corrección disciplinaria, claro es que procede la audiencia en justicia»*[90].

Este mismo razonamiento debe conducirnos hoy a rechazar que la condena en costas pueda ser considerada como una punición. De hecho, el profesor Ricardo Juan Sánchez ha afirmado que «en nuestro sistema procesal no existen estrictamente sanciones "procesales", en el sentido de sanciones cuyos efectos recaen directamente sobre el proceso»[91]. Recordemos, en efecto, que el art. 397 de la LEC prevé expresamente el caso de que mediante un recurso de apelación *«se impugne la condena o*

87. Según MERCADER UGUINA (2015): p. 526, «apremios pecuniarios o multas coercitivas aparecen [...] como instrumentos para forzar al voluntad rebelde al cumplimiento. Esta diferencia permite establecer la compatibilidad de estas medidas con las sanciones por mala fe o temeridad».
88. TORIBIOS FUENTES (2012): p. 466.
89. GARBERÍ LLOBREGAT et al. (2010): tomo I, p. 999.
90. MANRESA Y NAVARRO (1883): tomo II, p. 349.
91. JUAN SÁNCHEZ (2009): p. 24.

la falta de condena en las costas de la primera instancia». Esta «consecuencia procesal», pues, no se halla sujeta al régimen de recursos propio de las correcciones —regulado por el art. 556 de la LOPJ, al que se remite el art. 247.5 de la LEC—, como ocurría en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, sino al régimen ordinario de nuestro sistema procesal civil[92].

3. Una última observación tenemos que dedicar a la previsión del art. 247.4 de la LEC: según este precepto, el órgano jurisdiccional, en caso de que entendiera que se ha producido una *«actuación contraria a las reglas de la buena fe»*, dará traslado *«de tal circunstancia a los Colegios Profesionales respectivos por si pudiera proceder la imposición de algún tipo de sanción disciplinaria»*[93]. Todo ello sin perjuicio de que además, como ya hemos explicado, pudiera multar a la *«parte»* con arreglo al apartado 3 del mismo art. 247.

Así pues, por esta vía, como ha puesto de manifiesto la doctrina,[94] no se exonera al abogado de su responsabilidad, sino que se *«deja en manos de los respectivos Colegios Profesionales la apertura del correspondiente expediente que puede acarrear importantes sanciones disciplinarias y que, por otro lado, dejarán abierta la vía contencioso-administrativa para que, en su caso, resuelva un Tribunal»*. Es claro, entonces, que este *«traslado»* por sí

92. A mayor abundamiento debemos tener en cuenta también que, en ocasiones, nuestro sistema procesal contempla la posibilidad de que se condene en costas y se imponga una multa simultáneamente: así, en caso de desestimación del incidente excepcional de nulidad de actuaciones, según el segundo párrafo del art. 228.2 de la LEC, o en la sentencia del proceso laboral ordinario (art. 97.3 de la LJS), así como en vía de suplicación (art. 204.2 de la LJS) o de casación (art. 217.2 de la LJS). Si la condena en costas tuviere carácter sancionador, tales preceptos infringirían el conocido principio non bis in idem.

93. Como ya hemos visto, el último párrafo del art. 458 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 contemplaba que «las [correcciones disciplinarias] que se impongan a abogados o procuradores se comunicarán al decano del Colegio a que pertenezcan, para la anotación correspondiente y lo demás que proceda. Donde no existan estas corporaciones, se anotarán en el registro del Tribunal o Juzgado». El art. 246 del Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil, al que también nos hemos referido, seguía esta misma pauta al prever que «las sanciones que se impongan a Abogados y Procuradores se comunicarán al Decano del Colegio a que pertenezcan, para la anotación correspondiente y lo demás que proceda». Véase, sobre este último precepto, el Boletín Oficial de las Cortes Generales (Congreso), serie A, 13.11.1998, núm. 147-I, p. 64.

94. XIOL RÍOS (2008): tomo I, pp. 1268-1269.

mismo no tiene naturaleza sancionadora,[95] pero sí tiene *«naturaleza jurisdiccional»*, por lo que se le puede aplicar tanto el procedimiento como el régimen de recursos que contempla el mismo art. 247.[96] Además, su adopción es compatible con la imposición por el mismo Tribunal de una sanción disciplinaria en virtud de la LOPJ.[97]

La Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, introdujo sendos cambios en la LECRIM para posibilitar que el trámite que acabamos de explicar, en primer lugar, cuando resultaren falsos los hechos que hayan sido alegados como fundamento de un recurso de queja (último párrafo del art. 870); y, en segundo lugar, para comunicar al Colegio respectivo la inasistencia de un letrado a la vista del recurso de casación[98] (último párrafo del art. 894).[99]

A este respecto, también es interesante traer a colación lo dispuesto por el apartado d) del art. 86 del Reglamento 1/2000, de 26 de julio, del Consejo General del Poder Judicial, de los Órganos de Gobierno de Tribunales, que atribuye a los Jueces Decanos la función de *«supervisar*

95. GARBERÍ LLOBREGAT et al. (2010): tomo I, p. 999. TORIBIOS FUENTES (2012): p. 468 reflexiona sobre el modo de efectuar el «traslado»: «se materializa a través de la remisión de oficio al Colegio Profesional en cuestión, al que se adjuntarán los concretos particulares del procedimiento (escrito, documentos, grabaciones de actos orales, etc.) en el que conste la actuación contraria a las reglas de la buena fe». A propósito, MERCADER UGUINA (2015): pp. 525-526 considera aplicable el art. 247.4 de la LEC en el orden social.
96. Así lo ha entendido la Sala Tercera del Tribunal Supremo en su Sentencia de 22 de julio de 2008, en la que también se enfatiza que «son actuaciones diferentes, de un lado, el traslado al Colegio de Abogados [...]; y, de otro, el expediente disciplinario que a consecuencia de ello haya sido tramitado» (FFJJ 40 y 50).
97. VACAS GARCÍA-ALÓS et al. (2008): tomo II, p. 1393.
98. GIMENO SENDRA et al. (2000): tomo II, p. 673, hace notar, con toda razón, que esta conducta ya se halla tipificada en el art. 449.3 de la LOPJ, si bien en ésta no se prevé la posibilidad de dar traslado de su comisión al Colegio respectivo.
99. Mención aparte merece el último párrafo del art. 520.5 de la LECRIM: éste, para el caso de que el abogado de oficio de un detenido no comparezca en el centro de detención dentro del plazo previsto para ello, dispone que «el Colegio de Abogados designará un nuevo abogado del turno de oficio que deberá comparecer a la mayor brevedad y siempre dentro del plazo indicado, sin perjuicio de la exigencia de la responsabilidad disciplinaria en que haya podido incurrir el incompareciente». Esta previsión fue incorporada a la LECRIM, aunque con una formulación distinta, mediante la Ley Orgánica 14/1983, de 12 de diciembre. Sea como fuere, es obvio que no se trata del «traslado» que acabamos de estudiar, sino de una simple remisión al sistema disciplinario colegial.

el reparto de asuntos entre los Juzgados de la población, asistido de un secretario, y resolver con carácter gubernativo interno las cuestiones que se planteen y corregir las irregularidades que puedan producirse adoptando las medidas necesarias y promoviendo, en su caso, la exigencia de las responsabilidades que procedan». En su Sentencia de 2 de noviembre de 2015, la Sección 1ª de la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha considerado que tal precepto habilita a cualquier juez decano para efectuar un trámite análogo al prevenido por el art. 247.4 de la LEC *«por si en su caso —y sólo en su caso y dependiendo de la valoración de otros y no de la propia— hubiere lugar a apreciar una infracción de los deberes profesionales de los intervinientes, lo que supone un claro reconocimiento del propio juez decano de que no le compete [...] otra actividad que la de mero traslado y puesta en conocimiento»* (FJ 7º).

El *«traslado»* que estamos estudiando adquiere toda su significación si tenemos en cuenta la plena compatibilidad que existe entre la potestad disciplinaria de los Tribunales de Justicia y la de los Colegios Profesionales[100]: *«una y otra coexisten dada su diferente finalidad»*, afirmó la misma Sala Tercera en su Sentencia de 30 de diciembre de 2000[101] invocando expresamente el actual art. 546.3 de la LOPJ, cuyo segundo inciso determina precisamente que *«la responsabilidad disciplinaria [de los abogados] por su conducta profesional compete declararla a los correspondientes Colegios y Consejos conforme a sus estatutos, que deberán respetar en todo caso las garantías de la defensa de todo el procedimiento sancionador»*. En la aludida Sentencia, cuyos pronunciamientos han sido valorados positivamente por la doctrina[102], la Sala también deja claro que la aplicación de ambas disciplinas no conculcaría el principio non bis in idem porque *«la denominada tradicionalmente policía de estrados tiene una finalidad completamente distinta de la potestad disciplinaria atribuida legalmente a*

100. JUAN SÁNCHEZ (2009): pp. 60-63.
101. Pueden verse también, entre muchas otras, las Sentencias de 17 de febrero de 1998 y 21 de abril de 1998.
102. Véase PARDO GATO (2007a): pp. 75-86 Este autor manifiesta su «parecer favorable a la función disciplinaria colegial» e incluso afirma que «la tildada autoadministración profesional no sólo resulta beneficiosa desde la vertiente puramente económica, sino que a la postre nos va a permitir ponderar cada situación con arreglo a la lex artis» (pp. 79-80).

los Colegios y Consejos profesionales, pues mientras aquélla tiende a preservar el orden en el proceso y, como tal, viene atribuida con carácter exclusivo al juez o la Sala ante los que se tramita, ésta tiende a la defensa y amparo de la ética y buen hacer en el oficio» (FJ 2º). Sin perjuicio de sus diferentes finalidades, empero, no debemos olvidar que la posición tradicional de la Sala es que la policía de estrados *«tiene carácter preferente sobre la potestad disciplinaria de los Colegios de Abogados sobre sus colegiados»*[103].

103. Véase el FJ 30 de la Sentencia de 21 de abril de 1998, ya citada.

02 Elementos subjetivos: órgano competente y sujetos pasivos

1. El art. 555.1 de la LOPJ dispone que *«la corrección se impondrá por la autoridad ante la que se sigan las actuaciones»*.

En origen, el art. 451.1 era más restrictivo al permitir tal imposición sólo *«por el Juez o por la Sala ante la que se sigan las actuaciones»*. Esta modificación introducida, como queda explicado, por la Ley Orgánica 19/2003 es coherente con la distribución que se hace en el art. 190 —también reformado en aquella ocasión— de la llamada policía de estrados. De modo principal son el *«Presidente del Tribunal»* o el *«juez»* quienes deben *«mantener el orden en la Sala»* (apartado 1), pero *«estas mismas obligaciones recaerán sobre el Secretario en todas aquellas actuaciones que se celebren únicamente ante él en las dependencias de la Oficina Judicial»* (apartado 3)[104].

104. VACAS GARCÍA-ALÓS et al. (2008): tomo I, p. 563, lo considera «razonable» en atención al «nuevo elenco de cometidos que les atribuye [a los secretarios judiciales] la LOPJ tras la reforma de 2003, [...] que exigirá de él realizar actuaciones procesales con presencia de las partes, sus representantes y defensores». Ciertamente, hoy ya son muy numerosos los actos presenciales que lleva a cabo en solitario el letrado de la Administración de Justicia. Así, por ejemplo, la reciente Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, cuyo art. 2.3 atribuye a los secretarios judiciales el impulso y la dirección de todos los expedientes y la decisión de muchos de ellos. En este último caso, la «comparecencia» que regula el art. 18 se debe celebrar, con asistencia del solicitante y todos los interesados en el expediente de jurisdicción voluntaria, ante el letrado de la Administración de Justicia que sea competente.

Así pues, el concepto *«autoridad»* que emplea el art. 555.1 de la LOPJ engloba, por un lado, con carácter general, al presidente de los órganos jurisdiccionales colegiados o al titular —juez o magistrado— de los unipersonales; y, por el otro, en defecto de estos, al hoy llamado letrado de la Administración de Justicia.

A su vez, el art. 258 de la LECRIM ha originado muchas dudas porque en la actualidad ya no existen ni los *«jueces municipales»* ni los *«Tribunales de lo criminal»* a los que aquel precepto todavía alude. Mientras que esta última expresión podemos fácilmente entenderla referida, con la excepción del Tribunal Supremo, a todos los órganos colegiados que ejercen su jurisdicción en el ámbito penal —o sea: Audiencias Provinciales, Tribunales Superiores de Justicia y Audiencia Nacional—, la interpretación de *«jueces municipales»* parece más compleja. En la doctrina se identifican dos posibilidades exegéticas: *«jueces de Paz»*[105] o *«jueces de Primera Instancia»*[106]. En atención a que estos últimos, en virtud del art. 87.1 de la LOPJ, ostentan un haz de competencias mucho mayor que el propio de los Juzgados de Paz (art. 100.2 de la LOPJ), la solución más razonable sería la segunda. Pero éste es, en el fondo, un debate perfectamente prescindible por cuanto la moderna interpretación doctrinal del art. 258 de la LECRIM, en el sentido de que su remisión debe entenderse hecha a la LOPJ, aparte de solventar el hándicap de la referencia a una norma derogada, permite que, en virtud del comentado art. 555.1, también queden facultados para ejercer la potestad disciplinaria los titulares de los cuatro tipos de órganos jurisdiccionales a los que modernamente han sido atribuidas competencias penales —Juzgados de lo Penal, Juzgados de Vigilancia sobre la Mujer, Juzgados de Vigilancia Penitenciaria y Juzgados de Menores— y que, por una evidente razón cronológica, no aparecen mencionados en el art. 258.

En la práctica se ha suscitado el dilema de si conculca los derechos fundamentales del abogado que la «autoridad» a la que se refiere el art. 555.1 de la LOPJ actúe como *«Juez y parte en el procedimiento sancionatorio»*, ejerciendo —como alegaba la recurrente en la STC 157/1996, de 15 de octubre— *«simultáneamente funciones de instrucción y de decisión»*. Aunque

105. CONDE-PUMPIDO FERREIRO (1998): tomo I, p. 1038.
106. GIMENO SENDRA et al. (2000): tomo II, p. 666.

es pacífico que —siguiendo la STC 197/2004, de 15 de noviembre— *«las garantías anudadas al derecho al proceso equitativo se aplican al procedimiento administrativo sancionador»*[107], tal aplicación no puede ser *«automática»*[108], sino que debe tener en cuenta *«las modulaciones requeridas en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del art. 24.2 de la Constitución y la seguridad jurídica que garantiza el art. 9.3 de la Constitución»* (FJ 2º). Así, la aludida STC 157/1996 ya se cuidó de advertir que en la imposición de una corrección disciplinaria *«no cabe hablar de la presencia de una fase de instrucción»*: el Alto Tribunal argumenta que, de conformidad con la LOPJ, no se producen *«actuaciones encaminadas a preparar la resolución correctora y practicadas para averiguar y hacer constar la comisión de un acto merecedor de corrección»*;[109] no existe, *«en suma, una actividad investigadora que pudiera redundar en la perdida de imparcialidad del criterio judicial»*.[110] La misma STC 157/1996 añade aún que *«tampoco concurren en el Juez de Instrucción las condiciones de Juez y parte [...] [porque] no es el honor o la dignidad de la persona titular de un órgano judicial [lo que se discute], sino el respeto debido al Poder Judicial en tanto que institución y, por tanto, al margen de las personas que eventualmente desempeñen la magistratura»* (FJ 2º)[111].

107. Así lo afirmaba MAJADA (1980): tomo II, pp. 917-918, según el cual, «como principio general, ha de entenderse que las actuaciones sobre correcciones disciplinarias, por su carácter sancionador, pueden ser analógicamente equiparadas a las jurisdiccionales de índole penal». En el mismo sentido, véase también CONDE- PUMPIDO FERREIRO (1998): tomo I, p. 1038.
108. VACAS GARCÍA-ALÓS et al. (2008): tomo II, pp. 1399-1400.
109. Según el Tribunal, «la audiencia de la interesada no se enmarca en un proceso de averiguación de la perpetración de un acto sancionable, sino que constituye un trámite legalmente obligado a los fines de que la misma pueda alegar en su descargo frente a un acto cierto e indubitado a se. A la vista de las alegaciones, el órgano judicial podrá concluir que la conducta enjuiciada es merecedora de la corrección legalmente prevista [...]; pero ésa es ya una conclusión decisoria que parte de una realidad (el acto o la conducta enjuiciada) que no precisa de investigación alguna para su constatación en cuanto tal realidad. Las alegaciones sirven al fin de la conformación del criterio judicial en relación con la calificación jurídica de aquella realidad, pero no al de su delimitación fáctica. No cabe hablar, en fin, de confusión entre instrucción y decisión» (FJ 20).
110. Ello se debe, según VACAS GARCÍA-ALÓS et al. (2008): tomo II, p. 1401, a que «estos procedimientos están diseñados para reaccionar rápida y eficazmente contra las conductas incorrectas de los Abogados». Véase también GIMENO SENDRA et al. (2000): tomo II, pp. 671-672.
111. Para su crítica, véase JUAN SÁNCHEZ (2009): pp. 137-140.

2. A la luz de la rúbrica del título V del libro VII de la LOPJ, los sujetos pasivos de la potestad disciplinaria que éste regula podrían ser, con carácter general, todos *«los que intervienen en los pleitos o causas»*. Sin embargo, el art. 552 limita sustancialmente este amplio ámbito subjetivo al prever que *«podrán ser corregidos a tenor de lo dispuesto en este título»* únicamente *«los abogados y procuradores que intervengan en los pleitos y causas»*. Ello concuerda con lo prevenido por el art. 193.2 de la misma LOPJ, que establece su no aplicación a *«los abogados y procuradores de las partes, respecto de los cuales* —apostilla el mismo precepto— *se observará lo dispuesto en el título V del libro VII»*[112].

3. La situación se complica, empero, cuando nos trasladamos a las correcciones especiales a que se refiere el art. 557 de la LOPJ y que hemos estudiado con detalle en un epígrafe anterior.

Así, por ejemplo, el principal hándicap interpretativo que genera el art. 247 de la LEC es precisamente su ámbito subjetivo en la medida que utiliza hasta tres expresiones distintas para definir quiénes se hallan sujetos al deber de *«respeto a las reglas de la buena fe procesal»*: *«intervinientes en todo tipo de procesos»* (apartado 1), *«partes»* (apartado 3) y *«profesionales intervinientes en el proceso»* (apartado 4). Así pues, nuestra duda en este caso estriba en determinar si un abogado puede ser sancionado con la multa que contempla el art. 247.3 de la LEC o si, por el contrario, ésta sólo resulta aplicable a las *«partes»* en sentido estricto, es decir: a quienes comparecen y actúan *«en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso»* (art. 10 de la LEC). En realidad, esta incógnita parece haber sido asumida por el propio Legislador cuando, mediante la Ley 13/2009, introdujo con el nuevo art. 247.5 de la LEC una remisión a

112. El mismo art. 193 es muy preciso, en su apartado 1, al circunscribir su aplicabilidad en exclusiva a testigos y peritos, así como a quienes comparezcan como parte o en su representación.

la LOPJ, que en ausencia de dudas sería completamente prescindible a la luz del art. 557 de esta última.[113]

La escasa jurisprudencia menor recaída sobre este asunto parece decantarse por la posibilidad de castigar pecuniariamente a los abogados en virtud del art. 247 de la LEC. En su Auto núm. 306/2006, de 20 de julio (recurso de apelación núm. 306/2006), la Sección 10ª de la Audiencia Provincial de Madrid ya declaró que tales sanciones económicas se imponen *«tanto a la propia parte como a su defensor técnico»* (FJ 2º). Asimismo, en la posterior Sentencia núm. 619/2006, de 7 de diciembre (recurso de apelación núm. 356/2006), la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Málaga afirmaría que *«la imposición de una multa a la Sra. Letrada mediante una resolución dictada en forma de auto, se esté o no de acuerdo con la misma, encuentra su apoyo legal en el art. 247 de la LEC»* (FJ 4º). Por último, la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Castellón, en su Sentencia núm. 66/2007, de 26 de marzo (recurso de apelación núm. 221/2006), ha interpretado el art. 247 de la LEC en el sentido de que *«concede al Tribunal la facultad de imponer una sanción económica al particular o al profesional, sin perjuicio de derivar al Colegio Profesional el tanto de culpa por atentar contra las obligaciones de la deontología profesional en el ejercicio de su profesión»* (FJ 2º)[114].

Pese a ello, la doctrina sigue inclinándose mayoritariamente por considerar inaplicable el art. 247.3 de la LEC a los abogados, cuyos *«actos tipificados como infracciones disciplinarias y los contarios a la buena fe procesal [...] se han de sancionar en los términos que resultan [...] de la LOPJ»*[115]. En la jurisprudencia, ha apoyado esta posición la Sección 3ª de la

113. Véase GARBERÍ LLOBREGAT et al. (2010): tomo I, p. 998 y, especialmente, CORDÓN MORENO et al. (2011): tomo I, p. 1209 y TORIBIOS FUENTES (2012): pp. 467-468, quienes además consideran que esta modificación confirma la naturaleza «administrativa» de tales sanciones.
114. XIOL RÍOS (2008): tomo I, p. 1274.
115. FERNÁNDEZ BALLESTEROS et al. (2000): tomo I, p. 996. En fechas más recientes, XIOL RÍOS (2008): tomo I, pp. 1267-1269 y, tras la reforma de la Ley 13/2009, GARBERÍ LLOBREGAT et al. (2010): tomo I, pp. 999-1000. La posición contraria es sostenida, a partir de la referida Ley 13/2009, en TORIBIOS FUENTES (2012): p. 467: «pese a que la regulación legal es confusa, parece razonable sostener que, además de a las partes, cabrá imponer multa a los profesionales intervinientes, independientemente de las sanciones disciplinarias en las que hayan podido incurrir».

Audiencia Provincial de Murcia, en cuyo Auto núm. 66/2004, de 22 de julio (recurso de apelación núm. 130/2004), leemos: *«de imponer alguna sanción no cabe hacerlo a su representación procesal, pues de ser ésta la acreedora de reprensión por su conducta, operaría el art. 247.4, debiendo dar cuenta a su Colegio Profesional»* (FJ 1º)[116].

Pero nuestras leyes procesales incluyen muchas otras correcciones especiales en las que permanece la duda de si el abogado puede ser su sujeto pasivo. Sólo son claros el art. 183.6 de la LEC, los arts. 301 y 894 de la LECRIM y los arts. 204.2 y 217.2 de la LJS[117], en el que tal posibilidad se contempla expresamente, y también aquellos preceptos que incluyen la expresión *«parte»* o sus sinónimos (recusante[118], litigante, solicitante, demandante o demandado, recurrente...), en los que se descarta la hipótesis de sancionar al abogado. Plantean ciertas dudas, en cambio, todas aquellas disposiciones en donde se emplean vocablos ambiguos como «responsable» o incluso perífrasis perfectamente indeterminadas que encuentran su máxima expresión en el art. 258 de la LECRIM —es obvio que los abogados, en tanto que intervinientes *«en los juicios criminales»*, se hallan englobados en él[119]— o en el primer inciso del art. 75.4 de la LJS: *«todos deberán ajustarse en sus actuaciones en el proceso a las reglas de la buena fe»*. No es en absoluto difícil argumentar que el «responsable» de presentar un documento tras la preclusión del trámite con ánimo dilatorio o mala fe (art. 270.2 de la LEC) o el promotor de

116. XIOL RÍOS (2008): tomo I, p. 1274.
117. Estos dos últimos preceptos permiten a la Sala que resuelva un recurso de suplicación o un recurso de casación, respectivamente, imponer una multa «a los recurrentes de apreciarse temeridad o mala fe en la actuación de las partes o su representación procesal durante el recurso».
118. En Auto de 16 de febrero de 1998, que luego sería confirmado por la STC 129/2002, el Pleno de la Sala Tercera del Tribunal Supremo afirmó que la legitimación activa para recusar en el proceso contencioso-administrativo sólo corresponde «a las partes y al Ministerio Fiscal, no a los letrados defensores de las partes, ya que parte procesal [...] solo es el sujeto titular del derecho o interés que se actúa en el proceso mediante el ejercicio de la acción, lo que no corresponde a la posición procesal del letrado defensor que solo actúa en el proceso prestando su asistencia técnico profesional a la parte colaborando en este aspecto a la consecución de la Justicia» (FJ 20).
119. CONDE-PUMPIDO FERREIRO (1998): tomo I, p. 1037; GIMENO SENDRA et al. (2000): tomo II, pp. 665-666

una recusación con temeridad o mala fe (art. 70 de la LECRIM) es el abogado que defiende a la parte respectiva.

En supuestos de esta índole, pues, cabría corregir directamente al letrado mediante una interpretación de la ley que no violenta para nada su tenor literal. Pero ello nos pondría ante una realidad que se impone por pura evidencia: «*en la mayoría de los casos la actuación contraria a la buena fe no será motivada por la parte sino por quien defiende sus intereses que es quien ostenta la dirección técnica y decide cómo actuar en determinadas situaciones*»[120]. ¿Cómo solucionar esta disyuntiva en la que nos sitúan, por un lado, la literalidad de las leyes procesales y, por el otro, la realidad forense? «*En nuestro ordenamiento procesal, la parte tiene sobrados mecanismos para reparar los perjuicios que se le irroguen por la negligente actuación del letrado que defienda sus intereses, incluida la acción de responsabilidad civil*».[121]

120. XIOL RÍOS (2008): tomo I, p. 1269. Piénsese, por citar algunos ejemplos en el contexto de la LEC, en una recusación de personal juzgador (arts. 112.1 y 190.2), en la interposición de un incidente excepcional de nulidad de actuaciones (art. 282.2) o en la formulación de una tacha (art. 344.2).
121. XIOL RÍOS (2008): tomo I, p. 1269.

03 Elementos formales: procedimiento y recursos

1. Según el art. 555.2 de la LOPJ, una corrección disciplinaria «*podrá imponerse en los propios autos o en procedimiento aparte*».

En cualquiera de los dos casos, añade el mismo precepto, «*por el secretario se hará constar el hecho que motive la actuación correctora, las alegaciones del implicado y el acuerdo que se adopte por el juez o por la Sala*»[122]. El último párrafo del art. 247.3 de la LEC, tras la Ley 13/2009, se expresa exactamente en el mismo sentido[123]. Se trata, sin embargo, de disposiciones casi redundantes si tenemos en cuenta que, de conformidad con el art. 454.1 de la propia LOPJ, los letrados de la Administración de Justicia «*son responsables de la función de documentación que les es propia, así como de la formación de los autos y expedientes, dejando constancia de las resoluciones que dicten los jueces y magistrados*».

122. VACAS GARCÍA-ALÓS et al. (2008): tomo II, p. 1399 apunta que «el precepto no es coherente con la posibilidad de que sea el propio secretario judicial el que adopte el acuerdo, ya que al regular la constancia de los trámites procedimentales se omite que el acuerdo se haya dictado por el propio secretario, lo que es perfectamente posible», como ya hemos explicado. En cambio, el art. 194.1 de la LOPJ sí que permite tal hipótesis, aunque su aplicación no parece posible a los abogados en virtud del art. 557 de la propia LOPJ.

123. La redacción anterior del precepto había suscitado dudas en la jurisprudencia menor sobre la necesidad de dar audiencia al sancionado. Véase, al respecto, XIOL RÍOS (2008): tomo I, pp. 1270 y 1274-1275. En la actualidad, por el contrario, según TORIBIOS FUENTES (2012): p. 468, «no parece posible, ni mucho menos, la imposición de plano de multa alguna».

En virtud de lo dispuesto por el art. 244.2 de la LOPJ, la decisión sobre *«las advertencias y correcciones que por recaer en personas que estén sujetas a la jurisdicción disciplinaria se impongan en las sentencias o en otros actos judiciales»* adoptará la denominación de *«acuerdo»*. Así, el art. 247.3 de la LEC establece la necesidad de que la multa sea impuesta, justamente, *«en pieza separada, mediante acuerdo motivado»*.[124] En cambio, la multa prevista por el art. 75.4 de la LJS tiene que adoptarse *«mediante auto, en pieza separada, de forma motivada y respetando el principio de proporcionalidad»*.

De hecho, la LJS contempla *«varias vías para la imposición de estas sanciones»*. El art. 75.4, como acabamos de ver, estipula *«un procedimiento específico [para] cuando la sanción se imponga de forma autónoma»*[125], lo que es posible *«en cualquier momento del proceso, así como en los procesos preparatorios o previos al mismo de carácter jurisdiccional»*[126]. A su vez, la multa correspondiente puede imponerse en sentencia de conformidad con el art. 97.3 de la LJS, o sea: *«a solicitud de parte o de oficio»* y, en todo caso, *«previa audiencia en el acto de la vista de las partes personadas»*; si se considerase *«de oficio la posibilidad de dicho pronunciamiento una vez concluido el acto de juicio, se concederá a las partes un término de dos días para que puedan formular alegaciones escritas»*. Entendemos que tales exigencias procedimentales también se aplicarán cuando se impongan *«dichas sanciones y medidas»* en la sentencia resolutoria del recurso de suplicación (art. 204.2 de la LJS) o del de casación (art. 217.2 de la LJS).

La necesidad de dar audiencia al abogado infractor antes de acordar su sanción deriva con toda claridad, como hemos visto, de la exigencia

124. GARBERÍ LLOBREGAT et al. (2010): tomo I, p. 997: «lo que parece excluir la posibilidad de que el Juzgado o Tribunal irrogue a la parte la multa que le parezca adecuada en la misma resolución donde rechace o inadmita la pretensión formulada por aquélla de forma abusiva, fraudulenta o de mala fe». Más adelante leemos también que «parece fuera de toda duda la necesidad de que la imposición de estas multas de carácter pecuniario se encuentre debida y hasta detalladamente fundamentada. Pero tampoco puede albergarse ningún reparo al hecho de que, tal exigencia específica, en cuanto entraña la realización de un especial esfuerzo motivador a cargo de unos Juzgados y Tribunales que, como tónica general en nuestro país, se encuentran en su mayor parte sobrecargados de trabajo, conllevará en la práctica el que los órganos judiciales se lo piensen dos veces a la hora de imponer esta sanción» (p. 998).
125. MERCADER UGUINA (2015): p. 526.
126. FOLGUERA CRESPO et al. (2011): p. 355.

contenida en el art. 555.2 de la LOPJ de que el letrado de la Administración de Justicia haga constar *«las alegaciones del implicado»*. Sin embargo, la STC 205/1994, a la que ya nos hemos referido, entendió en su día[127] que *«ninguna violación del derecho de defensa se ha producido por la circunstancia de haberse impuesto de plano la sanción, ya que, ante la propia Sección que la acordó, mediante el recurso de audiencia en justicia, y ante la Sala de Gobierno, por la vía del recurso de alzada, pudo formular las alegaciones que tuvo por convenientes, en defensa de su derecho»*. Así, según el Alto Tribunal, la transcendencia de los fines que persigue la policía de estrados *«puede requerir que, en ocasiones, se ejerza ésta y se impongan las sanciones que lleve aparejada su inobservancia de forma inmediata en el tiempo a la infracción. Por ello, en casos como el presente, las alegaciones que en su defensa pueda hacer la parte deben realizarse en vías de recurso, a posteriori, sin que el carácter pospuesto del derecho a la defensa suponga merma de los derechos contenidos en el art. 24 de la Constitución»* (FJ 5º). Una parte de la doctrina ha justificado esta línea jurisprudencial afirmando que la audiencia en justicia permite ejercitar el derecho de defensa *«con mayor serenidad, sosiego y ponderación ante el propio órgano jurisdiccional que ha impuesto la sanción y que puede reconsiderarla a la vista de las alegaciones realizadas [...] durante este trámite específico»*[128].

2. El **recurso de audiencia en justicia** que hoy regula el art. 556 de la LOPJ es verdaderamente una *«figura histórica»*[129] que ya hallamos, como hemos observado, en el art. 227 de las Ordenanzas de 1835, según el cual los abogados sancionados debían ser oídos *«después en justicia,*

127. El acto contra el que se dirige el recurso de amparo fue dictado el 20 de diciembre de 1986, cuando se hallaba en vigor la versión original de la LOPJ, cuyo art. 451.2 equivalía al actual art. 555.2.
128. GIMENO SENDRA et al. (2000): tomo II, p. 669.
129. Esta expresión fue utilizada por el diputado socialista Francisco Granados Calero durante los debates previos a la aprobación de la LOPJ. En concreto, este parlamentario defendió «mantener una figura histórica, que es el recurso de audiencia en justicia, que ha merecido no pocas discusiones y puntos de vista confrontados en el seno de la ponencia y dentro de nuestro propio Grupo y que, finalmente, nos hemos decidido a mantener cambiando la obligatoriedad de acudir al mismo, por la mera posibilidad que va a tener el abogado sancionado disciplinariamente por un juez de acudir a este previo recurso de audiencia en justicia o de ir directamente a la impugnación de la sanción que se le haya notificado». Diario de Sesiones (Congreso), 08.03.1985, núm. 276, p. 8719.

con arreglo a derecho, si reclamaren de la providencia».[130] La trascendencia de formular correctamente esta audiencia fue puesta de manifiesto en la STC 95/1987, de 8 de junio, con la que el Alto Tribunal denegó el amparo solicitado por un abogado que, contra la imposición de una corrección, interpuso *«un recurso de súplica, cuando debió solicitar la audiencia en justicia, que era lo procedente. Como este Tribunal Constitucional ha señalado reiteradamente, la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva se produce cuando el justiciable no obtiene una decisión sobre el fondo del asunto, siempre que se hayan utilizado las vías procesales adecuadas. Si el cauce procesal seguido es erróneo no cabe atribuir al órgano judicial, que rechaza por improcedente el remedio procesal utilizado, una violación del citado derecho a la tutela judicial efectiva que reconoce el art. 24.1 de la Constitución»* (FJ 1º).

Antes de entrar propiamente en el estudio de la regulación positiva del recurso de audiencia en justicia es preciso que aludamos al art. 247.5 de la LEC, según el cual *«las sanciones impuestas al amparo de este artículo se someten al régimen de recursos previstos en el título V del libro VII de la LOPJ»*. Por lo tanto, todo lo que diremos en lo sucesivo también sirve para las correcciones disciplinarias que se impongan en virtud del art. 247.3 de la LEC.

Como hemos apuntado, en el fondo, la incorporación de este apartado 5 en el art. 247 de la LEC por obra de la Ley 13/2009 era prescindible si tenemos en cuenta lo dispuesto por el art. 557 de la LOPJ, que como es bien sabido extiende la aplicabilidad de sus arts. 555 y 556 a *«las correcciones especiales previstas en las leyes procesales para casos determinados [...] en cuanto al modo de imponerla y recursos utilizables»*. De hecho, tanto la doctrina como la jurisprudencia anteriores a la mencionada reforma de 2009 ya habían alcanzado tal conclusión[131]. Ni antes ni después de aquella reforma, entonces, ha sido admisible legalmente la apelación contra correcciones disciplinarias, como puso de manifiesto con gran

130. Véase también el art. 59 del Reglamento provisional para la Administración de Justicia en lo respectivo a la real jurisdicción ordinaria, si bien en este caso la audiencia en justicia procedía contra las sanciones impuestas a los «jueces inferiores ordinarios». MANRESA Y NAVARRO et al. (1856): tomo I, p. 166.
131. XIOL RÍOS (2008): tomo I, p. 1270.

claridad la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza en su Auto núm. 87/2003, de 12 de febrero: «*si bien el art. 247.3 de la LEC no regula el procedimiento para la imposición de multas a la parte que hubiese actuado conculcando las reglas de la buena fe procesal y, en particular, el régimen de recursos contra la resolución sancionadora, ha de tenerse en cuenta lo establecido en [...] [la LOPJ]. En aplicación de dicha normativa de carácter imperativo o ius cogens procede, conforme a lo preceptuado en el art. 37.1 de la LEC, abstenerse de conocer del recurso interpuesto contra el acuerdo de imposición de dicha sanción pecuniaria, [...] declarando la nulidad de pleno derecho de lo actuado en el presente rollo de apelación por falta de jurisdicción*» (FFJJ 1º y 2º)[132].

Se trata de una solución totalmente distinta a la que contempla la LJS para el caso de que, conforme al art. 97.3 de la LJS, se imponga una multa en sentencia, dado que en tales supuestos, como ya hemos avanzado, «*su revisión se sujeta a las vías de recurso que correspondan contra ella*»[133], a saber: suplicación (art. 204.2 de la LJS) y/o casación (art. 217.2 de la LJS).

Precisamente la LJS, en el segundo párrafo de su art. 75.4, también opta por regular un recurso de audiencia en justicia específico para «*aquel al que se hubiere impuesto la multa prevista en el párrafo anterior*». En concreto, establece que «*la audiencia en justicia se pedirá en el plazo de los tres días siguientes al de la notificación de la multa, mediante escrito presentado ante el juez o Tribunal que la haya impuesto. La audiencia será resuelta mediante auto*». Esta audiencia peculiar del proceso laboral también se aplica en el caso contemplado por el art. 75.5 de la LJS, lo que viene a confirmar una paradoja que ya detectamos en la LEC, a saber: que la audiencia en justicia también procede, en ocasiones, contra las multas coercitivas.

Así, el art. 591.3 de la LEC, según la redacción dada al mismo por la Ley 13/2009, dispone que «*las sanciones impuestas al amparo de este ar-*

132. XIOL RÍOS (2008): tomo I, p. 1276.
133. FOLGUERA CRESPO et al. (2011): p. 355.

tículo[134] *se someten al régimen de recursos previstos en el título V del libro VII de la LOPJ»*. Esta última previsión resulta especialmente paradójica por cuanto la posibilidad de formular audiencia en justicia no se contempla para ninguna otra de las multas coercitivas establecidas por la LEC.

Consideremos, finalmente, el art. 556 de la LOPJ, cuyo primer inciso dispone que *«contra el acuerdo de imposición de la corrección podrá interponerse, en el plazo de cinco días, recurso de audiencia en justicia ante el secretario judicial, el juez o la Sala, que lo resolverán en el siguiente día»*[135]. Comentando la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, Manresa definió la audiencia en justicia como *«una solicitud de reposición o mejora»*[136]. Ciertamente, este recurso presenta muchas similitudes con el de la reposición que hoy regula, por ejemplo, el capítulo II del título IV del libro II de la LEC. De un modo especial por su carácter devolutivo —es decir: porque se resuelve por el órgano autor de la resolución que se impugna— y por la brevedad de sus plazos: cinco días para interponerlo y un solo día para resolverlo. Debemos añadir, también, que la audiencia en justicia es claramente potestativa (*«podrá interponerse»*), por lo que el abogado podrá optar por formularla o por acudir directamente al recurso de alzada.

3. Porque, ciertamente, el segundo inciso del mismo art. 556 de la LOPJ dispone que, *«contra este acuerdo o contra el de imposición de la sanción, en el caso de que no se hubiese utilizado el recurso de audiencia en justicia, cabrá recurso de alzada, en el plazo de cinco días, ante la Sala de Gobierno, que lo resolverá previo informe del secretario*

134. El art. 591.2 de la LEC determina que «el Tribunal, previa audiencia de los interesados, podrá, en pieza separada, acordar la imposición de multas coercitivas periódicas a las personas y entidades que no presten la colaboración que el Tribunal les haya requerido con arreglo al apartado anterior».
135. El art. 194.2 de la LOPJ regula la audiencia en justicia aplicable a las sanciones impuestas a testigos y peritos, entre otros, de conformidad con los arts. 191, 192 y 193. Tal regulación es idéntica a la que estamos estudiando, salvo en lo que al plazo se refiere, que en el art. 194.2 queda reducido a tres días.
136. MANRESA Y NAVARRO et al. (1856): tomo I, p. 168.

judicial, del juez o de la Sala que impuso la corrección, en la primera reunión que celebre»[137].

Esta alzada puede interponerse contra el acuerdo resolutorio de la audiencia en justicia o, como hemos dicho, directamente contra el acuerdo de imposición de la corrección disciplinaria, dado que aquél tiene naturaleza potestativa.

La competencia para conocer de la alzada pertenece siempre a la Sala de Gobierno respectiva, en lo que debemos entender como una excepción de la regla general del art. 560.1.9ª de la LOPJ, que atribuye al Consejo General del Poder Judicial la resolución de *«los recursos de alzada que se interpongan contra cualesquiera acuerdos»* de *«los órganos de gobierno de Juzgados y Tribunales»*. Ello se debe a *«que la sanción se impone en el ejercicio de la policía de estrados, que no es ejercicio puro de funciones gubernativas»*, que son las que corresponden de modo general a las Salas de Gobierno. Lo confirma, por añadidura, que *«también cabe este mismo recurso de alzada cuando la autoridad que impone la sanción es el secretario judicial, cuya dependencia orgánica no es desde luego de las Salas de Gobierno [...]. La explicación ha de residir en que es la función que se ejercita, la de policía de estrados, la que se toma en consideración, y no la del órgano que impone la sanción»*.[138]

Es muy interesante, a este respecto, la reflexión de la STC 190/1991, de 14 de octubre[139], sobre la naturaleza de las Salas de Gobierno, que *«es generalmente un órgano gubernativo con funciones de gobierno de sus*

137. El inciso final del segundo párrafo del art. 75.4 de la LJS prevé que contra el auto resolutorio del recurso de audiencia en justicia «cabrá recurso de alzada en cinco días ante la Sala de Gobierno correspondiente, que lo resolverá previo informe del juez o Sala que impuso la multa». En este caso, pues, el precepto no plantea diferencias sustanciales en relación con el art. 556 de la LOPJ, al igual que ocurre con el segundo inciso del art. 194.2 de la propia LOPJ.
138. VACAS GARCÍA-ALÓS et al. (2008): tomo II, p. 1402.
139. Para su crítica, véase LAFUENTE BENACHES (1993): pp. 53-57. Asimismo, JUAN SÁNCHEZ (2009): pp. 112-118, quien demuestra que sus argumentos están construidos a partir de la Ley de 15 de septiembre de 1870 provisional sobre organización del Poder Judicial.

respectivos Tribunales, pero ello no impide que en determinados supuestos pueda ejercer funciones jurisdiccionales actuando como una instancia judicial capaz de satisfacer las exigencias previstas en el art. 24 de la Constitución [...]. Cuando conoce de las correcciones disciplinarias impuestas por los Juzgados y Tribunales a los abogados y procuradores por las actuaciones realizadas en el curso de un proceso actúa como un órgano imparcial, compuesto por jueces y magistrados (art. 149.2 de la LOPJ), que lejos de ejercer funciones de gobierno y administración sobre los Tribunales (previstas en el art. 152 de la LOPJ) enjuicia y revisa la legalidad de la sanción impuesta por un órgano judicial en el curso del proceso. Dicha función se estructura en la vigente LOPJ no como el ejercicio de funciones gubernativas, sino como un mecanismo de revisión y tutela que permite al sancionado rebatir la procedencia en derecho de la corrección disciplinaria impuesta» (FJ 5º)[140].

4. Este argumento —a saber: la naturaleza peculiar de las Salas de Gobierno al resolver la alzada contra una corrección disciplinaria— es uno de los que emplea tradicionalmente la jurisprudencia a la hora de vedar el acceso de las sanciones impuestas a los abogados por los Tribunales de Justicia a la **jurisdicción contencioso-administrativa**[141]. La doctrina ha sido enormemente crítica con esta *«posición contraria a la admisión del recurso contenciosoadministrativo frente al acuerdo del recurso de alzada adoptado por la Sala de Gobierno»*[142] y, para remediarlo, ha hecho propuestas de verdadero mérito[143] que, esto no obstante, han sido reiteradamente desautorizadas por una jurisprudencia que ya parece completamente asentada[144]. Lo demuestra el reciente Auto de 14 de julio de 2016 con el que la Sección 1ª de la Sala Tercera del Tribunal Supremo confirma la inadmisión del recurso interpuesto contra la

140. GIMENO SENDRA et al. (2000): tomo II, p. 670.
141. Véase, dentro de la jurisprudencia más reciente, el FJ 2o de la Sentencia de la Sección 8a de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2010.
142. LAFUENTE BENACHES (1993): p. 57.
143. Véase, muy especialmente, JUAN SÁNCHEZ (1999). El mismo autor ha insistido posteriormente en sus tesis en JUAN SÁNCHEZ (2009): pp. 15-18 y passim.
144. Sin embargo, JUAN SÁNCHEZ (2009): p. 69 afirma que «la jurisprudencia de las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia no sigue este criterio», aunque aporta muy pocos ejemplos al respecto.

sanción acordada a un abogado por su *«manifiesta improsperabilidad»*, *«pues es criterio ya consolidado de este Tribunal [...] que las correcciones disciplinarias impuestas por los jueces y Tribunales en el curso de un procedimiento y las resoluciones revisoras de las mismas adoptadas en alzada por las respectivas Salas de Gobierno, son actos cuya naturaleza es jurisdiccional y no administrativa, que por esta razón quedan excluidos del control contencioso-administrativo»*.

En efecto, la cuestión de la naturaleza —jurisdiccional o administrativa— de las correcciones especiales, que nos reconduce al debate sobre cuál es el rol que corresponde a las Salas de Gobierno, se halla justo en el centro de este debate jurisprudencial de la Sala Tercera que ya se cerró, en realidad, durante la década de 1990.

La Sentencia de 3 de diciembre de 1990 ha sido, hasta la fecha, la única que ha optado con claridad por la naturaleza administrativa de tales castigos, revocando de este modo el criterio mantenido en la instancia *«entre otras razones porque deja sin control judicial un acto sancionador dictado por un puro órgano administrativo, como lo es la Sala de Gobierno [...], con lo que se contradice el art. 24 de la Constitución y el art. 106.1 de la misma»*. De hecho, el Alto Tribunal subraya *«el carácter de puros órganos administrativos de las Salas de Gobierno* —no obstante estar compuestas por jueces— *y la necesidad de que su actuación sea controlada en vía contencioso-administrativa siempre». «Si se quieren ver las cosas sin prejuicios distorsionadores* —leemos más adelante en la misma Sentencia— *hay que aceptar que el juez tiene asignadas dos tipos de funciones: funciones de autoridad, que actúa mediante la sentencia, en la que da solución a los conflictos intersubjetivos planteados por las partes; y funciones de potestad, que son de impulso, dirección y constancia, así como las de ejecución. Funciones judiciales o de judicación, por un lado, y funciones de administración o de gestión, de otra. Entre éstas las de policía de Sala»*, que por lo tanto —concluye esta Sentencia— es susceptible de recurso contencioso-administrativo (FJ 3º).

A los pocos meses, la misma Sala Tercera del Tribunal Supremo mantuvo la posición contraria en su Auto de 20 mayo de 1991: *«al resolver la alzada [...], la Sala de Gobierno no había adoptado un acuerdo gubernativo administrativo sancionador, ni actuaba en su dimensión gubernativa*

sino como órgano estrictamente jurisdiccional. Y es que existen, en efecto, otras funciones gubernativas de carácter jurisdiccional que, aunque prima facie pudieran también parecer gubernativas, se encuentran en conexión tan íntima y necesaria con la función jurisdiccional, cuyo ejercicio aseguran y a la que instrumentalmente sirven, que resultan atraídas por su «vis atractiva» y deben ser consideradas jurisdiccionales». Así, la Sala puede definir el acuerdo recurrido como *«un acto jurisdiccional de dirección procesal, que no puede ser considerado como sanción gubernativa o de carácter puramente administrativo, a los efectos de su control en vía contenciosa»* (FJ 3º). El razonamiento del Auto acaba contraponiendo la regla del art. 158.2 de la LOPJ —*«los actos de las Salas de Gobierno [...] serán recurribles en alzada ante el Consejo General del Poder Judicial»*— con la excepción del art. 556 de la misma LOPJ: *«lo que debe considerarse exclusión que no resulta contraria a la Constitución, ya que cobra su verdadero sentido si se parte de la afirmación del carácter también jurisdiccional de los recursos establecidos [...]. Tanto el procedimiento de imposición de la sanción procesal de una multa de entidad [...], como los controles posteriores (recurso de audiencia en justicia y, en fin, alzada ante la Sala de Gobierno, actuando al efecto como órgano jurisdiccional) deben ser considerados como revisión jurisdiccional que, con todas las garantías que exige el art. 24 de la Constitución, cumple adecuadamente la necesidad de revisión jurisdiccional [...] y hace improcedente sostener un nuevo control de tales actos en este orden contencioso-administrativo, por no poderse enjuiciar actividad jurisdiccional de otro órgano de igual naturaleza»* (FJ 4º).

Recurrido en amparo este Auto de 20 mayo de 1991, la STC 205/1994, que ya hemos mencionado varias veces, retomó lo declarado en la STC 190/1991 para rechazar la *«existencia de la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva que se afirma producida por la declaración de incompetencia de la jurisdicción contencioso-administrativa»*. Según el Tribunal Constitucional, *«las correcciones disciplinarias impuestas por los jueces y Tribunales a los Abogados en el curso de un procedimiento, haciendo uso de la llamada "policía de estrados", así como las resoluciones revisoras de las mismas, no son actos materialmente administrativos, sino resoluciones jurisdiccionales dictadas en un proceso con todas las garantías, con lo que se satisface el derecho del interesado a la tutela judicial. Por consiguiente, la*

resolución judicial en la que se declara la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo, no atenta contra el derecho fundamental a obtener tutela judicial efectiva "ni desde la perspectiva a obtener una resolución razonada con base en la legalidad ordinaria, ni como medio necesario para acceder a la revisión judicial"» (FJ 4º)[145].

Al poco tiempo de la STC 205/1994, en Auto de 20 de septiembre de 1994, la Sección 6ª de la Sala Tercera del Tribunal Supremo decidió, tras constatar que «el tratamiento jurisprudencial de la cuestión no ha resultado pacífico y coincidente» (FJ 2º), *«el criterio que en definitiva hayamos de adoptar "como solución genérica"»* y que fue, como no podría haber sido de otro modo, que la imposición de cualquier corrección disciplinaria era *«un acto jurisdiccional de dirección procesal excluido del control contencioso-administrativo»* (FJ 3º). La siguiente resolución dictada por la propia Sala en esta materia —la Sentencia de su Sección 6ª de 19 de julio de 1996— reforzaría tal posición al recordar, como ya hemos explicado, que *«el Tribunal Constitucional [...] ha aceptado la jurisprudencia de esta Sala en el sentido de que la resolución judicial en la que se declara la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo* —en cuanto pudiera ser considerado como medio necesario para acceder a la revisión judicial— *no atenta contra el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva proclamado por la Constitución»* (FJ 7º)[146].

5. Descartada, por todo lo que acabamos de explicar, la posibilidad de recurrir la imposición de una corrección disciplinaria ante la jurisdicción contencioso-administrativa, al abogado sancionado, tras agotar

145. Los recurrentes alegaron expresamente contra el cambio de jurisprudencia introducido por el Auto de 20 de mayo de 1991: «el cambio de criterio —respondió el Tribunal— se justifica razonadamente de modo suficiente en el Auto impugnado, sentando, como criterio firme y para todos los casos, el de que no puede examinar el orden contencioso-administrativo lo actuado por un órgano judicial perteneciente a otro orden jurisdiccional. En consecuencia, debe concluirse que no se ha producido la denunciada desigualdad en la aplicación de la ley» (FJ 4o).

146. La Sala Tercera ha seguido aplicando esta jurisprudencia de un modo continuado desde entonces en sus Sentencias de 29 enero de 2002, 31 enero de 2002, 5 febrero 2002, 22 julio de 2008, 24 marzo de 2009, 18 marzo de 2010, 2 noviembre de 2010, 4 noviembre de 2014, 28 noviembre de 2014 y 2 noviembre de 2015.

los recursos que regula el art. 556 de la LOPJ, sólo le queda una posibilidad: acudir en **amparo** ante el Tribunal Constitucional.[147]

De hecho, este Tribunal ha otorgado hasta en diez ocasiones[148] el amparo solicitado por un abogado tras haber confirmado la respectiva Sala de Gobierno la corrección disciplinaria que se le había impuesto. Sin embargo, lo cierto es que han sido aún más numerosos los casos —un total de 13— en que se ha desestimado el correspondiente recurso[149] o en que, directamente, no ha sido ni admitido a trámite[150]. Dentro de este último grupo, si bien en la práctica totalidad de los supuestos la inadmisión fue acordada por carecer la demanda de contenido constitucional[151], merecen ser destacados el ATC 208/1999 —en que se inadmite el recurso por su *«carácter prematuro»* al haberse interpuesto antes de resuelta la alzada ante la Sala de Gobierno[152]— y, especialmente, el ATC 40/2006 —en que se acuerda la inadmisión, también, porque «la queja referida a la eventual vulneración del derecho al juez imparcial» no se planteó *«"tan pronto como, una vez conocida la violación, hubiere lugar para ello", en el recurso de audiencia [en justicia] [...]. No habiendo dado oportunidad a que el Tribunal a quo se pronunciara sobre la eventual lesión del derecho al juez imparcial, es evidente que la queja no*

147. CHAVES GARCÍA, José Ramón, «Cuando el juez desenfunda las correcciones disciplinarias», disponible en <https://delajusticia.com/2014/12/02/cuando-el-juez- desenfunda-las-correcciones-disciplinarias/> (consultado el 19 de febrero de 2017).
148. Lo hizo por primera vez en la STC 157/1996, de 15 de octubre y, posteriormente, en la STC 184/2001, de 17 de septiembre, la STC 235/2002, de 9 de diciembre, la STC 117/2003, de 16 de junio, la STC 65/2004, de 19 de abril, la STC 22/2005, de 1 de febrero, la STC 232/2005, de 26 de septiembre, la STC 155/2006, de 22 de mayo, la STC 24/2007, de 12 de febrero, y la STC 145/2007, de 18 de junio. Para una exposición de conjunto de esta jurisprudencia, véase JUAN SÁNCHEZ (2009): pp. 71-108.
149. Se trata de la STC 226/2001, de 26 de noviembre, la STC 79/2002, de 8 de abril, y la STC 197/2004, de 15 de noviembre.
150. Así ha ocurrido con el ATC 261/1995, de 27 de septiembre, el ATC 208/1999, de 28 de julio, el ATC 101/2000, de 10 de abril, el ATC 299/2000, de 13 de diciembre, el ATC 43/2002, de 14 de marzo, el ATC 385/2003, de 1 de diciembre, el ATC 171/2005, de 22 de abril, el ATC 40/2006, de 13 de febrero, el ATC 55/2009, de 23 de febrero, y el ATC 178/2010, de 29 de noviembre.
151. Es decir: por haberse estimado el supuesto de inadmisión del art. 50.1 c) de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, antes de su modificación por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo.
152. Esta corrección disciplinaria sería enjuiciada finalmente en la STC 184/2001.

puede prosperar, porque desconoce la obligación de haber invocado el derecho fundamental en la vía judicial previa» (FJ 2º).

De este modo queda clara la importancia, para que el amparo pueda tener visos de prosperar, de agotar los recursos del art. 556 de la LOPJ[153] y de denunciar ya en esta sede la vulneración del derecho fundamental que luego va a discutirse ante el Tribunal Constitucional. Se trata, en definitiva, de dar cumplimiento a lo dispuesto por el art. 44 de la Ley Orgánica 2/1979 para el recurso contra un *«acto u omisión de un órgano judicial»*, como es el caso que nos ocupa. Desde la reforma de 2007, además, cualquier abogado recurrente también tendría que justificar la «especial trascendencia constitucional» de su asunto, en los términos prevenidos por el apartado b) del art. 50.1 de la misma Ley Orgánica, lo que sin lugar a dudas complicará en el futuro la viabilidad de esta opción procesal[154].

153. Véase, al respecto, la STC 129/2002 y, especialmente, su voto particular.
154. Según JUAN SÁNCHEZ (2009): p. 17, «a la vista de este artículo, nos atrevemos a decir que muchos de los recursos planteados por los letrados sancionados —y que han sido resueltos favorablemente a estos— no habrían sido admitidos a trámite». Con posterioridad a la Ley Orgánica 6/2007 fue dictado, es cierto, el ATC 178/2010, pero como se argumenta en su FJ 10 la legislación aplicable aún era la anterior.

Conclusión

La potestad de los Tribunales de Justicia para corregir disciplinariamente a los abogados que comparecen y actúan ante ellos se ha justificado desde siempre argumentando que, si no la tuvieren, *«se vería frecuentemente menoscabada y en desprestigio su propia autoridad»*.[155] Es claro, empero, que la consecución de este objetivo, cuya necesidad nadie discute, no puede ir en detrimento del libre ejercicio de la abogacía. Por ello, deben ser motivo de pesar y, sobre todo, de reflexión, las manifestaciones hechas durante el VII Congreso de la Abogacía Española (Sevilla, 1999) en el sentido de que *«la policía de estrados "es utilizada en ocasiones para coartar injustamente los derechos de los abogados"»*.[156]

Para evitar que este fenómeno puntual se convierta en un verdadero problema, y que una institución históricamente útil como las correcciones disciplinarias acabe pereciendo por su odiosa aplicación, en primer lugar debiera reconsiderarse su sistema de revisión y control: ¿es razonable que la Sala Tercera del Tribunal Supremo persista, pese a las unánimes críticas de la doctrina, en la negativa de la jurisdicción contencioso-administrativa a enjuiciar estas sanciones? ¿Es razonable que, tras la alzada ante la Sala de Gobierno, ya no le quede otra opción

155. AGUILERA DE PAZ (1912): tomo II, p. 668.
156. PARDO GATO (2007a): p. 82.

al abogado sancionado que recurrir en amparo, aunque sea ésta —como no se ha cansado de insistir el Tribunal Constitucional— una posibilidad procesal de *«naturaleza subsidiaria [...] frente al cometido originario de jueces y Tribunales de dar protección a los derechos fundamentales»*[157]? A este respecto, sin embargo, no podemos dejar de encarecer la necesidad de que todos los abogados conozcan con exactitud los recursos que tienen derecho a formular cuando son corregidos y, de un modo singular, la brevedad de los plazos para interponerlos.

En segundo lugar, es obvio que sólo una intervención del Legislador permitiría resolver muchos de los déficits jurídicos que actualmente presenta un sistema disciplinario que puede llegar a suponer multas de 36.000 euros. De entrada, tenemos que lamentar el alto grado de indeterminación y las continuas remisiones en blanco de muchas de las infracciones tipificadas en las leyes procesales, en contraposición al claro y preciso régimen disciplinario colegial que regula el EGA en su título VIII. Éste es el camino por donde tendría que avanzar una legislación que tampoco puede cesar en su lucha contra la falta de sistematicidad y la dispersión normativa. En ello se juega, también, un mejor y más libre ejercicio de la abogacía.

Una mirada al pasado siempre es de utilidad: en el caso que nos ocupa, ciertamente, podemos encontrar una fructífera inspiración para resolver los problemas actuales en las disposiciones aprobadas sobre esta misma materia durante las primeras décadas del siglo XIX. Porque, como hemos visto al comenzar este trabajo, a la vez que reconocían la *«justa libertad» de los abogados «para sostener los derechos de sus defendidos»*, también les advertían de su deber de *«proceder con arreglo a las leyes y con el respeto debido a los Tribunales»*. En el punto medio se halla la virtud.

157. Véase el FJ 7o de la STC 58/2016, de 17 de marzo.

Bibliografía

AGUILERA DE PAZ, Enrique (1912): Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento criminal, Madrid, Hijos de Reus, Editores.

ALONSO ROMERO, María Paz (2015): «La abogacía en Castilla (siglos XII-XVII)», en MUÑOZ MACHADO, Santiago, director, Historia de la abogacía española, Cizur Menor, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, tomo I, pp. 445-490.

BAÑO LEÓN, José María (2016): «La contribución de Santiago Muñoz Machado al Derecho Público español», en BAÑO LEÓN, José María, coordinador, Memorial para la reforma del Estado: Estudios en homenaje al Profesor Santiago Muñoz Machado, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, tomo I, pp. 49-72.

BARCIA LAGO, Modesto (2007): Abogacía y ciudadanía: biografía de la abogacía ibérica, Madrid, Dykinson.

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, director (1998): Enjuiciamiento criminal. Ley y legislación complementaria. Doctrina y jurisprudencia, Madrid, Trivium.

CORDÓN MORENO, Faustino, MUERZA ESPARZA, Julio J., ARMENTA DEU, Teresa, TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel, coordinadores (2011): Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, 2ª edición, Cizur Menor,

Navarra, Aranzadi. (1859): Estatutos para el régimen de los Colegios de Abogados del Reino, con los decretos y reales órdenes que los aclaran, modifican o derogan, Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación.

FERNÁNDEZ BALLESTEROS, Miguel Ángel, RIFÁ SOLER, José María, VALLS GOMBAU, José Francisco, coordinadores (2000): Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, Barcelona, Iurigum Ed., Atelier.

FOLGUERA CRESPO, José Ángel, SALINAS MOLINA, Fernando, SEGOVIANO ASTABURUAGA, María Luisa, directores (2011): Comentarios a la Ley reguladora de la jurisdicción social, 2ª edición, Valladolid, Lex Nova.

GARBERÍ LLOBREGAT, José, director, TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA, José María, CASERO LINARES, Luis (2010): Los procesos civiles: comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, con formularios y jurisprudencia, Barcelona, Bosch.

GARRIGA ACOSTA, Carlos Antonio (2015): «Los abogados castellanos (siglos XIII-XVII)», en MUÑOZ MACHADO, Santiago, director, Historia de la abogacía española, Cizur Menor, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, tomo I, pp. 491-554.

GIMENO SENDRA, Vicente, CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido, GARBERÍ LLOBREGAT, José (2000): Los procesos penales. Comentarios a la Ley de enjuiciamiento criminal, con formularios y jurisprudencia, Barcelona Bosch.

JUAN SÁNCHEZ, Ricardo (1999): «La impugnación de las sanciones disciplinarias impuestas a abogados y procuradores por jueces y magistrados. ¿Una auténtica "jurisdicción disciplinaria"?», La Ley. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, tomo I, pp. 1566-1576.

JUAN SÁNCHEZ, Ricardo (2009): Sanciones a abogados y procuradores. Con ocasión de su actuación ante la Administración de Justicia, Valencia, Tirant lo Blanch.

LAFUENTE BENACHES, Mercedes (1993): «La responsabilidad disciplinaria de los abogados», Poder Judicial, núm. 29, pp. 45-57. (1807): Las Siete Partidas del Rey Don Alfonso X, el Sabio, cotejadas con varios códices antiguos por la Real Academia de la Historia, Madrid, Imprenta Real.

MAJADA, Arturo (1980): Práctica procesal penal: adaptada a las Leyes de Enjuiciamiento criminal y demás disposiciones penales y procesales complementarias, Barcelona, Bosch.

MANRESA Y NAVARRO, José María, MIGUEL, Ignacio y REUS, José (1856): Ley de Enjuiciamiento Civil, comentada y explicada para su mejor inteligencia y fácil aplicación; con los formularios correspondientes a todos los juicios y un repertorio alfabético de las voces comprendidas en la misma, Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación y Jurisprudencia.

MANRESA Y NAVARRO, José María (1883): Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación.

MERCADER UGUINA, Jesús R., director (2015): Ley reguladora de la jurisdicción social comentada y con jurisprudencia, Las Rozas, Madrid, La Ley.

MORÁN MARTÍN, Remedios (2015): «De voceros a abogados. El abogado en las Cortes históricas castellano leonesas», en MUÑOZ MACHADO, Santiago, director, Historia de la abogacía española, Cizur Menor, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, tomo I, pp. 415-441.

MUÑOZ MACHADO, Santiago (1992): «Prólogo», en MESTRE DELGADO, Juan Francisco, La extinción de la concesión de servicio público, Madrid, La Ley, pp. 13-17.

NUÑO JIMÉNEZ, Irene y PUERTA SEGUIDO, Francisco Eusebio (2016): «Derecho administrativo sancionador. Principios de la potestad sancionadora», Gabilex: Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha, núm. 5, pp. 142-190. (1836): Opúsculos legales del rey don Alfonso el Sabio, publicados y cotejados con varios códices antiguos por la Real Academia de la Historia, Madrid, Imprenta Real.

ORTUÑO SÁNCHEZ-PEDREÑO, José María (1997): «Las ordenanzas de abogados de los Reyes Católicos», Revista jurídica de la Región de Murcia, núm. 23, pp. 95-114.

PARDO GATO, José Ricardo (2007a): Colegios de abogados y sanciones disciplinarias: doctrina jurisprudencial, Cizur Menor, Navarra, Thomson Civitas.

PARDO GATO, José Ricardo (2007b): «Las sanciones disciplinarias impuestas por los colegios de abogados: su revisión judicial. (Un análisis doctrinal a partir de los motivos más comunes de impugnación de una sanción colegial)», Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, núm. 11, pp. 641-680.

REBOLLO PUIG, Manuel (1988): «A propósito de la potestad disciplinaria de los jueces sobre abogados y procuradores. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 38/1988, de 9 de marzo», Poder Judicial, núm. 10, pp. 83-92.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso (2010): La Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa. Comentario, Madrid, Iustel.

SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, José (1994): Historia de las instituciones político-administrativas contemporáneas (1808-1975), Madrid, Dykinson.

TORIBIOS FUENTES, Fernando, director (2012): Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil, Valladolid, Lex Nova.

VACAS GARCÍA-ALÓS, Luis y MARTÍN MARTÍN, Gervasio (2008): Comentarios a la Ley Orgánica del Poder Judicial, 1ª edición, Cizur Menor, Navarra, Thomson Aranzadi.

XIOL RÍOS, Juan Antonio, coordinador (2008): Enjuiciamiento civil. Comentarios y jurisprudencia. Ley 1/2000, de 7 de enero, Las Rozas, Madrid, Sepín.

ZABIA DE LAMATA, Juan (1993): «Sanciones judiciales a letrados. Comentario a la Sentencia n. º 29/1993, de 25 de enero, del Tribunal

Superior de Justicia de Cataluña», Revista Jurídica de Cataluña, núm. 3, pp. 203-204.

Jurisprudencia

Tribunal Constitucional

Sección 4ª, Auto núm. 163/1982, de 5 de mayo: recurso de amparo núm. 77/1982.

Sala 2ª, Sentencia núm. 95/1987, de 8 de junio: recurso de amparo núm. 429/1985.

Sala 1ª, Sentencia núm. 38/1988, de 9 de marzo: recurso de amparo núm. 860/1986.

Sala 2ª, Sentencia núm. 190/1991, de 14 de octubre: recurso de amparo núm. 438/1989.

Sala 1ª, Sentencia núm. 205/1994, de 11 de julio: recurso de amparo núm. 2379/1991.

Sala 2ª, Sentencia núm. 92/1995, de 19 de junio: recurso de amparo núm. 2479/1992.

Sección 2ª, Auto núm. 261/1995, de 27 de septiembre: recurso de amparo núm. 136/1994.

Sala 1ª, Sentencia núm. 157/1996, de 15 de octubre: recurso de amparo núm. 2563/1993.

Sala 2ª, Sentencia núm. 52/1999, de 12 de abril: recurso de amparo núm. 1533/1994.

Sección 3ª, Auto núm. 208/1999, de 28 de julio: recurso de amparo núm. 4351/1998.

Sección 1ª, Auto núm. 101/2000, de 10 de abril: recurso de amparo núm. 424/1998.

Sala 1ª, Sentencia núm. 113/2000, de 5 de mayo: recurso de amparo núm. 4435/1996.

Sección 4ª, Auto núm. 299/2000, de 13 de diciembre: recurso de amparo núm. 1319/1999.

Sala 2ª, Sentencia núm. 184/2001, de 17 de septiembre: recurso de amparo núm. 5001/1998.

Sala 2ª, Sentencia núm. 226/2001, de 26 de noviembre: recurso de amparo núm. 3325/1998.

Sección 1ª, Auto núm. 43/2002, de 14 de marzo: recurso de amparo núm. 1500/1999.

Sala 1ª, Sentencia núm. 79/2002, de 8 de abril: recurso de amparo núm. 4839/1999.

Sala 1ª, Sentencia núm. 129/2002, de 3 de junio: recurso de amparo núm. 1369/1998.

Sala 2ª, Sentencia núm. 235/2002, de 9 de diciembre: recurso de amparo núm. 6257/2000.

Sala 2ª, Sentencia núm. 117/2003, de 16 de junio: recurso de amparo núm. 2087/2001.

Sección 4ª, Auto núm. 385/2003, de 1 de diciembre: recurso de amparo núm. 3194/2002.

Sala 2ª, Sentencia núm. 65/2004, de 19 de abril: recurso de amparo núm. 6655/2001.

Sala 1ª, Sentencia núm. 197/2004, de 15 de noviembre: recurso de amparo núm. 542/2001.

Sala 2ª, Sentencia núm. 22/2005, de 1 de febrero: recurso de amparo núm. 1658/2003.

Sección 2ª, Auto núm. 171/2005, de 22 de abril: recurso de amparo núm. 748/2002.

Sala 1ª, Sentencia núm. 232/2005, de 26 de septiembre: recurso de amparo núm. 255/2001.

Sala 1ª, Sentencia núm. 242/2005, de 10 de octubre: recurso de amparo núm. 2020/2001.

Sección 3ª, Auto núm. 40/2006, de 13 de febrero: recurso de amparo núm. 3363/2004.

Sala 1ª, Sentencia núm. 155/2006, de 22 de mayo: recurso de amparo núm. 199/2003.

Sala 1ª, Sentencia núm. 24/2007, de 12 de febrero: recurso de amparo núm. 856/2004.

Sala 1ª, Sentencia núm. 145/2007, de 18 de junio: recurso de amparo núm. 4420/2004.

Sección 4ª, Auto núm. 55/2009, de 23 de febrero: recurso de amparo núm. 7889/2006.

Sección 4ª, Auto núm. 178/2010, de 29 de noviembre: recurso de amparo núm. 416/2006.

Pleno, Sentencia núm. 58/2016, de 17 de marzo: cuestión interna de inconstitucionalidad núm. 5344/2013.

Tribunal Supremo

Sala Tercera, Sección 5ª, Sentencia de 3 de diciembre de 1990: referencia RJ\1990\10028.

Sala Tercera, Sección 4ª, Auto de 20 mayo de 1991: recurso de apelación núm. 2449/1989.

Sala Tercera, Sección 6ª, Auto de 20 de septiembre de 1994: recurso de apelación núm. 4823/1991.

Sala Tercera, Sección 6ª, Sentencia de 19 de julio de 1996: recurso de casación núm. 1297/1993.

Sala Tercera, Pleno, Auto de 16 de febrero de 1998: recurso de casación núm. 3552/1996.

Sala Tercera, Sección 6ª, Sentencia de 17 de febrero de 1998: recurso de apelación núm. 2060/1992.

Sala Tercera, Sección 6ª, Sentencia de 21 de abril de 1998: recurso de casación núm. 6967/1993.

Sala Primera, Sección 1ª, Sentencia de 28 de abril de 1998: recurso de casación núm. 356/1994.

Sala Tercera, Sección 6ª, Sentencia de 30 de diciembre de 2000: recurso de casación núm. 5729/1996.

Sala Tercera, Sección 7ª, Sentencia de 29 enero de 2002: recurso contencioso-administrativo núm. 137/1999.

Sala Tercera, Sección 7ª, Sentencia de 31 enero de 2002: recurso contencioso-administrativo núm. 215/1999.

Sala Tercera, Sección 7ª, Sentencia de 5 febrero 2002: recurso contencioso-administrativo núm. 216/1999.

Sala Tercera, Sección 7ª, Sentencia de 22 de julio de 2008: recurso contencioso-administrativo núm. 96/2005.

Sala Tercera, Sección 8ª, Sentencia de 24 marzo de 2009: recurso contencioso-administrativo núm. 160/2006.

Sala Tercera, Sección 8ª, Sentencia de 18 de marzo de 2010: recurso de casación núm. 86/2009.

Sala Tercera, Sección 8ª, Sentencia de 2 de noviembre de 2010: recurso contencioso-administrativo núm. 769/2009.

Sala Tercera, Sección 1ª, Sentencia de 4 noviembre de 2014: recurso contencioso-administrativo núm. 254/2013.

Sala Tercera, Sección 1ª, Sentencia de 28 noviembre de 2014:

recurso contencioso-administrativo núm. 171/2013.

Sala Tercera, Sección 1ª, Sentencia de 2 de noviembre de 2015: recurso contencioso-administrativo núm. 539/2014.

Sala Primera, Pleno, Sentencia de 15 de junio de 2016: recurso de casación e infracción procesal núm. 145/2014.

Sala Tercera, Sección 1ª, Auto de 14 de julio de 2016: recurso de casación núm. 3510/2015.

FUNDACIÓN Mutualidad

Tendencias de uso de la inteligencia artificial en el sector de la abogacía

Patricia Mendilibar Navarro

Patricia Mendilibar Navarro
Universidad CEU Cardena Herrera, Valencia

PRIMER PREMIO EX AEQUO
VI Premios a la Excelencia de la Cátedra
Fundación Mutualidad Abogacía

2017

Índice

Introducción 458
1. La inteligencia artificial y su integración en el sector legal 465
1.1. Definición y características básicas de la inteligencia artificial 465
1.2. La aplicación de la IA en los despachos de abogados 469
2. Impacto de la IA por tareas del abogado 471
2.1. Búsquedas legales 472
2.2. Gestión documental 474
2.3. Revisión de documentos 478
2.4. Auditorías legales 481
2.5. Redacción de documentos tipo 484
2.6. Redacción de escritos procesales y otro tipo de documentos no automatizados 485
2.7. Consultas y reuniones con clientes 487
2.8. Negociaciones 490
2.9. Comparecencia en juicio 492
3. Los inconvenientes técnicos de la IA en el sector legal 494
3.1. El procesamiento de lenguaje natural 495
3.2. La modelización del Derecho 496
3.3 Asuntos con especial dificultad 497
Conclusiones 498
Bibliografía 501

Para ti, robot.

Introducción

La abogacía es una de las profesiones más clásicas y tradicionales que existen. Los abogados conservamos una larga lista de atributos tradicionales que nos resistimos a abandonar. La toga, los latinajos y el respeto por la judicatura acompañan a los abogados desde el primer día que entran en un despacho como inexpertos becarios.

Es cierto que la profesión mantiene un halo conservador, pero también requiere de una constante adaptación a la realidad cambiante. Los abogados nunca dejan de estudiar. La apertura al cambio y a la innovación es una realidad y una exigencia del poder legislativo, de los clientes y de los propios compañeros.

El legislador aprueba normas a diario. Los términos utilizados en las nuevas normas son cada vez más técnicos y requieren de un profundo conocimiento de la materia por parte de los juristas que han de aplicarlas.

El Derecho está cerca de los clientes, más que nunca. Cuando los clientes acuden al abogado, probablemente ya han realizado una búsqueda por Internet y ya han ideado soluciones antes de la primera cita con su asesor legal. Sin perjuicio de que estas ideas sean más o menos acertadas, lo cierto es que el abogado se encuentra con el desafío de desmontar su convencimiento o de abundar en esas ideas que a veces no son tan descabelladas como podría pensarse.

Por otra parte, hace unos años los clientes empresarios delegaban todas las decisiones en sus asesores jurídicos externos, pero actualmente están internalizando esos procesos para ahorrar costes y ganar en eficacia. Los clientes ahora exigen que los costes y los procesos de los abogados sean más eficientes y trasparentes. Igualmente, necesitan comunicarse a tiempo real, sin tiempos ni horarios.

A este escenario, se suma que los despachos abogan por nuevas formas de trabajo y estrategias de reducción de costes con los que es difícil competir como, por ejemplo, el teletrabajo.

Estos solo son unos cuantos ejemplos que ponen de manifiesto el futuro incierto al que se enfrenta la profesión.

Uno de los motores de este cambio es la irrupción de la inteligencia artificial (la "**IA**") en la sociedad. En la mayoría de las ocasiones no somos conscientes de que estamos empleando IA, porque tenemos muy interiorizadas estas acciones. Por ejemplo, utilizamos a diario los buscadores en línea o le damos órdenes a SIRI, el asistente personal del Iphone. Todos los días recibimos recomendaciones personalizadas de Netflix o Spotify. El teléfono es capaz de reconocer nuestra cara.

También hemos integrado muchos dispositivos inteligentes en nuestras casas, que encienden automáticamente la calefacción o el aire acondicionado unos minutos antes de que lleguemos a casa después de un largo día.

Esto supone que las dinámicas de trabajo de los abogados también están sufriendo los efectos de esta transformación. Consiguientemente, debemos conocer estos cambios para responder de una forma satisfactoria a las peticiones del sector legal en el siglo XXI, ya que las formas y rutinas que han funcionado durante muchas décadas están perdiendo efectividad.

En este trabajo, se van a analizar los efectos de la IA en el sector de la abogacía. A lo largo de estas páginas se comprobará que los robots no pueden sustituir a los abogados, al menos en el medio plazo. Se han escrito ríos de tinta sobre los abogados robot. Sin embargo, el elemento humano en nuestra profesión todavía es insustituible.

Es posible que algún lego en Derecho nos haya planteado alguna vez que los abogados desaparecerán en el momento en el que las máquinas sean capaces de resolver los casos que nos planteen los clientes.

Quizás ya nos hemos encontrado en la situación de tener que explicar que no, que esto no funciona matemáticamente. Que no se trata de introducir en una máquina inteligente una serie de parámetros para que nos resuelva el caso en el que estamos trabajando.

Ahora bien, para los abogados es crucial que fijemos desde el principio qué papel queremos que juegue la IA en nuestra labor diaria. En este sentido, el filósofo y profesor de la universidad de Oxford, Nick Bostrom, afirmó en una entrevista al periódico *El País* en diciembre de 2017 que[1]:

> «Si la inteligencia artificial termina siendo capaz de hacer todo o buena parte de nuestro trabajo intelectual mejor que nosotros, tendremos en nuestras manos el último invento que tendrá que realizar la humanidad.
> El problema está en la transición hasta la era de la inteligencia artificial: tenemos que hacerlo bien a la primera porque no creo que tengamos una segunda oportunidad. Si desarrollamos una inteligencia artificial que no esté alineada con nuestros propósitos, no creo que podamos volver a meter esa pelota en la urna y empezar de cero. No somos demasiado buenos como civilización anticipando problemas difíciles que todavía no nos han causado ningún daño. Debemos movilizar nuestros esfuerzos para hacer que esto funcione desde el principio.
> Esta es la gran dificultad para nuestra civilización».

Las máquinas no pueden desarrollar todas las competencias de los abogados. No obstante, en línea con las ideas de Bostrom, es importante que los abogados definamos desde el principio cómo queremos

1. CORTÉS, J. (2017) Entrevista Nick Bostrom: "*No tendremos una segunda oportunidad con la inteligencia artificial*" [online]. *EL PAÍS*. Recuperado de: **https://retina.elpais.com/retina/2017/12/02/tendencias/1512231406_905237.html** (fecha de consulta: 3 de enero de 2018)

utilizar esta herramienta para que esté, efectivamente "*alineada con nuestros propósitos*".

Veamos por tanto cómo ha evolucionado la IA desde sus inicios para determinar el papel que tiene en la actualidad y que puede tener en el futuro más próximo.

La IA no es un fenómeno reciente. De hecho, la primera vez que alguien se preguntó si una máquina podía pensar fue hace más de 50 años. En 1950, Alan Turing publicó su obra *Computing machinery and intelligence*, lo que suscitó el interés de la comunidad científica sobre este fenómeno. Las contribuciones de Turing al campo de la IA fueron, fundamentalmente, dos: el diseño de la primera máquina capaz de jugar al ajedrez y el *Test de Turing*, un método utilizado para determinar si un ordenador puede pensar como un ser humano.

Sin embargo, el nombre de John Mc Carthy es más conocido en este ámbito, por ser la persona que acuñó el término "*inteligencia artificial*". Mc Carthy estudió en profundidad las posibilidades de dotar a una máquina de la máxima humanidad posible y concluyó lo siguiente[2]:

> «Hay diferentes tipos y niveles de libre albedrío. Un automóvil tiene libre albedrío, un programa de ajedrez tiene un mínimo nivel de libre albedrío y un ser humano dispone de él en mucho mayor grado. Sistemas con niveles humanos de IA, es decir, aquellos que se equiparen a o sobrepasen la inteligencia humana, necesitarán más que los programas de ajedrez actuales, incluso para ser sirvientes útiles».

Uno de los hitos fundamentales en la historia de la IA es la victoria de la máquina Deep Blue contra el campeón mundial de ajedrez, Garry Kaspárov. El 11 de febrero de 1996, el ajedrecista se enfrentó a Deep Blue y la máquina consiguió ganar dos partidas de las seis que se habían pactado. Después de este encuentro, la inteligencia humana quedó en entredicho y la potencialidad de la máquina era ya una realidad.

2. ALANDETE, D. (2011). *John McCarthy, el arranque de la inteligencia artificial.* [online] EL PAÍS. disponible en: **https://elpais.com/diario/2011/10/27/necrologicas/1319666402_850215.html** [fecha de consulta: 10 de febrero de 2018].

Han pasado 20 años desde esta partida de ajedrez y la IA se implementa progresivamente en la mayoría de las acciones cotidianas. Nos encontramos en un momento de continuo cambio, de innovación y de oportunidades en todos los sectores. Esto significa que en los próximos años la IA cobrará más protagonismo en todas las rutinas diarias y, consiguientemente, los abogados deberemos responder a estas demandas.

Pero, ¿cuál es el futuro de la IA y en qué medida va a cambiar las formas de trabajo en el sector de la abogacía? La empresa Gartner Inc., líder mundial en investigación de tecnologías de la información trató de responder a estas preguntas en el informe *Top Strategic Predictions for 2017 and Beyond: Surviving the Storm Winds of Digital Disruption*.

Muchas de estas predicciones afectarán a la forma en que trabajamos los abogados y están íntimamente relacionadas con el desarrollo de la IA. Desde esta perspectiva, destacan las siguientes predicciones de Gartner[3]:

- En 2020, el 30% de las sesiones de navegación web se podrán hacer sin una pantalla. Esto significa que las nuevas tecnologías basadas en el audio cobrarán fuerza en los próximos años y se podrán realizar búsquedas de forma simultánea a otras acciones, ya que no se requerirá la vista ni las manos para navegar.
- En 2021, el 20% de todas las actividades en las que un individuo se involucra diariamente, implicarán menor uso de los gigantes digitales (Google, Apple, Facebook, Amazon, Baidu, Alibaba y Tencent). Esto significa que cada rama de actividad desarrollará sus propias plataformas, por lo que los buscadores genéricos perderán peso en detrimento de las plataformas especializadas.
- En 2019, cada dólar que las empresas inviertan en innovación requerirá 7 dólares adicionales para el despliegue de la solución. Es decir, el diseño e integración de las soluciones ideadas tendrán un coste significativamente mayor a la inversión inicial.
- En 2020, los algoritmos alterarán de forma positiva el comportamiento de más de mil millones de trabajadores en todo el

3. BUSINESS PUBLICATIONS SPAIN (2016). *Gartner marca las Predicciones TI para el periodo 2017-2020* [online]. Recuperado de **http://www.computing.es/mercado- ti/informes/1093398046401/gartner-marca-las-predicciones-ti-para-el-periodo-2017-2020.1.html** [fecha de consulta: 30 de diciembre de 2017].

mundo. Y es que los algoritmos pueden modificar el comportamiento humano a través de un banco de memoria colectiva que permitirá a los trabajadores recordar cualquier cosa o información justo en el momento en que la necesiten. Estos algoritmos constituyen una versión mejorada de los recordatorios de Outlook o de las alarmas del móvil.

Todas estas predicciones ponen de manifiesto que el aterrizaje de la IA en las rutinas diarias y, especialmente, en el sector legal, no ha hecho más que empezar. La abogacía no escapa al control de la IA.

Los expertos coinciden en que las expectativas se encuentran muy por encima de la realidad[4], pero es cierto que nos encontramos en un punto de inflexión. Las empresas han empezado a estudiar las maneras de implementar los sistemas de IA para ser más eficientes y poder dedicar más tiempo al diseño de estrategias de negocio y menos tiempo a tareas tediosas, como por ejemplo la revisión de documentos. En las siguientes páginas veremos algunos ejemplos.

Este trabajo pretende dar respuesta a una serie de interrogantes que permitan identificar qué características tiene la IA en el sector legal, qué tareas jurídicas pueden ser asumidas por la IA y qué ventajas tiene la implementación de la IA en los procesos de trabajo del abogado.

Se advierte que no se trata de un trabajo técnico, y no se desarrollan con precisión todas las características intrínsecas a los sistemas de IA, sino que el objetivo de esta investigación consiste en arrojar luz sobre la aplicabilidad práctica de esta herramienta en el ejercicio de la abogacía.

4. El gurú legal Mark Cohen afirmó que la mayor evolución del 2017 han sido las expectativas en torno a la IA y que del 2018 espera que el sector esté menos focalizado en las expectativas y preste más atención a la resolución de problemas por parte de la IA. En ARTIFICIAL LAWYER (2017). *The Legal AI Year in Review + 2018 predictions*. Recuperado de: **https://www.artificiallawyer.com/2017/12/20/the-legal-ai-year-in-review-2018- predictions** (fecha de consulta: 8 de enero de 2018).

Por lo expuesto, este trabajo responde a la siguiente estructura:

- En el capítulo 1 se realiza un examen genérico de la IA en el sector legal. Se examinan las características técnicas que permiten que los sistemas inteligentes actúen en el sector legal.
- En el capítulo 2 se examina la implementación de la IA por tareas del abogado. Se analiza el impacto de los sistemas inteligentes en las actividades que mayoritariamente realizan los abogados.
- En el capítulo 3 se analizan los inconvenientes técnicos que presenta la aplicación de la IA en un sector como el legal y cuáles son los elementos que, de momento frenan su implantación.

01 La inteligencia artificial y su integración en el sector legal

1.1. Definición y características básicas de la inteligencia artificial

El profesor de la universidad de Stanford John Mc Carthy definió la IA por primera vez en la Conferencia de Dartmouth de 1956, el primer evento en el que la comunidad científica se preocupó por la investigación de la IA.

Mc Carthy pronunció un discurso en el que explicó que la IA consistía en la ciencia e ingeniería de construir máquinas inteligentes y apuntó los objetivos en los que centraría toda su investigación posterior[5]:

> «Este estudio procederá sobre la base de que todos los aspectos del aprendizaje o de rasgo de la inteligencia pueden, en principio, ser descritos de una forma tan precisa que se puede crear una máquina que los simule».

La IA se basa en un sistema que trata de emular la racionalidad del ser humano. Las máquinas inteligentes son capaces de dar respuestas

5. ALANDETE, D. (2011). *John McCarthy, el arranque de la inteligencia artificial* [online]...

lógicas a preguntas que se les realicen, basándose en una serie de datos y parámetros.

Sin embargo, no existe unanimidad en cuanto a la definición de IA. Siguiendo a Torra, los atributos más destacados de la IA son los siguientes[6]:

- La IA actúa y razona como las personas. Este es el atributo incorporado en la definición de Turing. El modelo a seguir para la evaluación de los sistemas de IA es el propio comportamiento humano. Un buen ejemplo es el *Test de Turing*[7].
- La IA actúa y razona racionalmente. A diferencia del anterior, aquí se destaca la idea de la racionalidad en el proceso de razonamiento. Lo más importante en este proceso es la razón, que se aplica en función de los datos obrantes en el propio sistema.

Estos atributos tienen un nexo común: la capacidad del sistema de dar respuestas atribuidas a los humanos, por lo que se presuponen procesos inteligentes de carácter heurístico y no algorítmico[8].

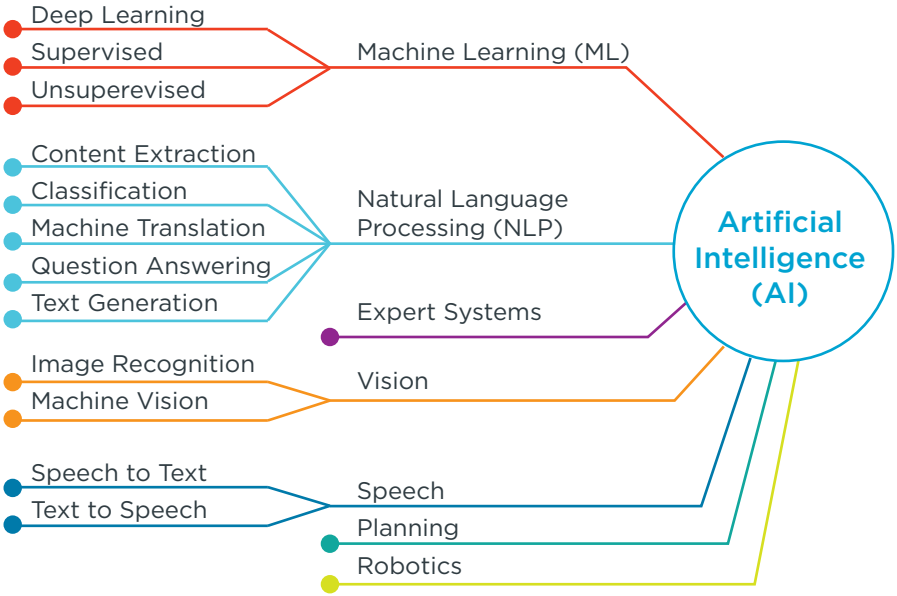
El carácter heurístico implica una manera de buscar la solución a un problema mediante métodos no rigurosos, como por ejemplo el tanteo o la aplicación de las reglas empíricas.

Este es el atributo que introduce en el pensamiento artificial la creatividad y la experiencia propias de los seres humanos, ya que cuando nosotros construimos la respuesta a problemas concretos, aplicamos la racionalidad, la experiencia previa, el conocimiento indirecto, la estadística y la emocionalidad.

Estas características implican que la IA se puede aplicar en ámbitos muy distintos. En realidad, tantos como ámbitos en los que puede operar el ser humano.

6. TORRA, V. *La inteligencia artificial. Fundación General CSIC*. Recuperado de: **http://www.fgcsic.es/lychnos/es_es/articulos/inteligencia_artificial** [fecha de consulta: 30 de diciembre de 2017].
7. En el Test de Turing, una persona llamada interrogador entabla una conversación con dos interlocutores. Uno de ellos es una máquina y, el otro, una persona. El interrogador está separado de los otros dos. La máquina es capaz de formular respuestas similares a las de los humanos. Si el interrogador no es capaz de distinguir a la máquina de la persona, el sistema habría superado la prueba.
8. HARTNELL, T. (2007) *Inteligencia artificial procesos y programas.* Cambridge, MSX.

Pero, ¿qué puede hacer concretamente una máquina inteligente? Las propiedades de la IA se han dividido tradicionalmente en las siguientes[9]:



El informe *Artificial Intelligence in Law: the state of play 2016* indica las siete propiedades de la IA, pero esto no significa que todos los sistemas inteligentes apliquen simultáneamente todas las propiedades.

Algunas propiedades tienen un impacto menor en el sector legal, como los sistemas de visión (*vision systems*), la robótica (*robotics*), el habla (*speech*) y la planificación (*planning*).

No nos vamos a detener en las especificidades técnicas de cada una de estas propiedades, pero es necesario advertir que en el ámbito que nos ocupa las propiedades más relevantes son el aprendizaje automático (*machine learning*) y el procesamiento de lenguaje natural (NPL).

9. MILLS, M. (2016) *Artificial intelligence in Law. The State of Play 2016* [ebook] Thomson Reuters. Legal Executive Institute. Recuperado de: **https://www.neotalogic.com/wp-content/uploads/2016/04/Artificial-Intelligence-in- Law-The-State-of-Play-2016.pdf** [fecha de consulta: 16 de febrero de 2018].

En adelante nos referiremos a estas dos, por lo que es conveniente distinguirlas:

- El *machine learning* se conoce también como aprendizaje automático y consiste en la capacidad de que las máquinas aprendan como los seres humanos. En palabras de Caparrini[10]: «De forma más concreta, se trata de crear algoritmos capaces de generalizar comportamientos y reconocer patrones a partir de una información suministrada en forma de ejemplos. Es, por lo tanto, un proceso de inducción del conocimiento, es decir, un método que permite obtener por generalización un enunciado general a partir de enunciados que describen casos particulares».
  Es decir, en el aprendizaje automático la máquina puede aprender a partir de la experiencia y no a partir de la mera aplicación de algoritmos que se hayan programado previamente.

- El procesamiento de lenguaje natural es la propiedad que permite que las máquinas comprendan el lenguaje natural (humano). Según el Instituto de Ingeniería de Conocimiento de la Universidad Autónoma de Madrid[11]: «El procesamiento de lenguaje natural es el campo de la Inteligencia Artificial que se ocupa de investigar la manera de comunicar las máquinas con las personas mediante el uso de lenguas naturales, como el español, el inglés o el chino».

10. CAPARRINI, F. (2017). *Introducción al Aprendizaje Automático* - Fernando Sancho Caparrini [online] Cs.us.es. Recuperado de: **http://www.cs.us.es/~fsancho/?e=75** [fecha de consulta: 15 de enero de 2018].
11. MORENO, A (2017). *Procesamiento del lenguaje natural ¿qué es?* - Instituto de Ingeniería del Conocimiento [online] Recuperado de: **http://www.iic.uam.es/inteligencia/que-es-procesamiento-del-lenguaje-natural/** [fecha de consulta 13 de enero de 2018].

1.2. La aplicación de la IA en los despachos de abogados

La IA es una herramienta que permite a los despachos de abogados reducir costes, ganar en eficacia e invertir más tiempo en el diseño de estrategias jurídicas, reduciendo la inversión en otras tareas más monótonas que normalmente son asumidas por los abogados más jóvenes.

Los abogados no tenemos la necesidad de entender los entresijos técnicos de las máquinas inteligentes, pero es importante que conozcamos su potencialidad y su aplicación práctica real y potencial en nuestro trabajo diario.

La vinculación entre la inteligencia artificial y derecho arranca en 1970[12]. Los estudios se han enfocado, mayoritariamente, en las siguientes áreas[13]:

- Modelos de argumentación que ayuden a la toma de decisiones.
- Clasificación y extracción de textos jurídicos de grandes bases de datos.
- Extracción de información de textos jurídicos.
- Creación y planificación de un sistema legislativo.

Los efectos de la IA en los despachos de abogados son los que indica Ashish Nanda, profesor de la unidad de Estrategia de la Harvard Business School[14]:

12. HEADRICK, T., BUCHANAN, B. (1970). *Some Speculation about Artificial Intelligence and Legal Reasonin*. Stanford Law Review, Vol. 23, no 1.
13. FERNÁNDEZ, C., BOULAT, P (2017). *Inteligencia Artificial y Derecho. Problemas y perspectivas Noticias Jurídicas.* [online] Noticias Jurídicas. Recuperado de: **http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/9441-/** [fecha de consulta 30 de diciembre de 2017].
14. VIGIL, A (2017). *"Será normal que el abogado sea una web"*. [online] EL PAÍS. Recuperado de: **https://elpais.com/economia/2017/11/17/actualidad/1510915702_018554.html** [fecha de consulta 10 de enero de 2018].

- En primer lugar, «la inteligencia artificial va a permitir que los ordenadores puedan analizar un enorme volumen de información sobre un caso, algo que hasta ahora hacían los profesionales».
- En segundo lugar, se está estrechando la pirámide jerárquica de los despachos de abogados por la base. «Antes, los junior realizaban muchos trabajos rutinarios que ahora se pueden externalizar o ser asumidos por máquinas». Asish Nanda indica que esto va a tener un efecto positivo y otro negativo: «la mala noticia es que se va a contratar menos personal, pero la buena es que, por un lado, el trabajo que se realice va a ser menos aburrido y, por otro, que los abogados senior van a tener más tiempo que dedicar a la formación y al cuidado de los noveles».
- La conclusión de Ashish Nanda es que «la tecnología puede permitir a la abogacía volver a sus inicios: el asesoramiento y la defensa jurídica, en vez de trabajos rutinarios».

En este sentido, la tendencia de los despachos de abogados es la aplicación progresiva de la IA. Según la encuesta *Law Firms in transition survey*, elaborada por la consultora legal Altman Weil, la estrategia que están siguiendo seis de cada diez firmas estadounidenses para aumentar su eficacia es la apuesta firme por diferentes herramientas de IA para que los abogados puedan centrarse en tareas que verdaderamente aporten valor añadido. El 84% de estos despachos considera, además, que la implantación de la inteligencia artificial no es una moda pasajera, sino que se recomienda su implementación con vocación de futuro[15].

15. ALTMAN WEIL (2017). *Law Firms in transition survey* [online]. Recuperado de **http://www.altmanweil.com//dir_docs/resource/90D6291D-AB28-4DFD-AC15- DB-DEA6C31BE9_document.pdf** [fecha de consulta 15 de enero de 2018].

02 Impacto de la IA por tareas del abogado

La utilización de los sistemas inteligentes es una realidad en nuestra vida diaria. El desembarco de la IA en el sector legal va a suponer ciertos cambios en algunas tareas a las que nos enfrentamos a diario. En este trabajo se apuntan algunas de ellas.

No se trata de una lista exhaustiva y cerrada, porque aunque es difícil hablar sobre el futuro, sí que podemos listar algunas de las actividades que están experimentando una evolución desde la llegada de la IA a nuestras mesas de trabajo.

2.1. Búsquedas legales

La IA ya ha llegado a los despachos de abogados para quedarse. Una de las aplicaciones más conocidas en este sentido es Ross Intelligence (en adelante, "**Ross**"), que es la versión jurídica del sistema de computación cognitiva Watson[16].

Muy pocos saben qué es exactamente Ross. No es un "*abogado robot*", como la prensa más sensacionalista ha querido denominarlo. Se trata de una herramienta de búsqueda legal que aplica algunas propiedades de la IA (el procesamiento de lenguaje natural y el aprendizaje automático) para aumentar la calidad de los resultados obtenidos y reducir el tiempo invertido en las búsquedas.

Ross es un buscador legal más, pero que da un paso más allá para ganar en eficacia frente a otros buscadores. En enero de 2017, la compañía que desarrolló este sistema le encargó a la consultora *Blue Hill Research* que comparase a Ross con otros buscadores. Se incorpora el estudio como **Anexo I**.

La principal diferencia es que los otros buscadores permiten realizar búsquedas booleanas (con palabras clave o conectores) o búsquedas con lenguaje natural (con frases o conjuntos de palabras a lo largo de un texto). Sin embargo, Ross aplica las propiedades de machine learning y procesamiento de lenguaje natural. Esto significa, por ejemplo, que si se introduce el término "pagos", los resultados incorporarán todos los documentos que contengan este término, pero también facturas, presupuestos y otros relacionados que no mencionen la palabra "pago" pero que el software entienda que estén relacionados[17].

16. Watson es un superordenador capaz de procesar una enorme cantidad de información y de comprender el lenguaje natural en una conversación con giros y dobles sentidos, y contestar a las preguntas. En la actualidad, muchos países utilizan la tecnología de Watson a través de la nube en múltiples campos, desde la medicina a la exploración de hidrocarburos. El ordenador Watson es capaz de aprender y adquirir nuevos conocimientos.
17. LEGAL TECHIES (2017) *Qué es y para qué sirve en verdad ROSS Intelligence* [online] Recuperado de: **https://legaltechies.es/2017/09/20/que-es-y-para-que- sirve-en-verdad-ross-intelligence/** (fecha de consulta: 30 de diciembre de 2017).

El estudio realizado por *Blue Hill Research* comparó, entre otros aspectos, el porcentaje de sentencias relevantes mostradas por cada buscador, en qué medida la sentencias relevantes se mostraban entre los primeros 20 resultados o la relación entre el posicionamiento de los resultados. El estudio concluyó que Ross lideraba en todos estos aspectos y que, mientras que el resto de buscadores solo encontraban el 32% de las sentencias relevantes, Ross mostraba hasta el 56%.

El informe también incluye una comparación en el tiempo que lleva a cada abogado encontrar jurisprudencia relevante y el posible beneficio económico aparejado a utilizar la tecnología de Ross. En este sentido, el uso de Ross conllevaría un ahorro de entre 11 y 15 minutos.

En cuanto al beneficio económico, la consultora advierte de que los resultados son una mera orientación[18], pero indica que la utilización de Ross puede suponer un ahorro de entre 5.300 y 6.100 dólares al año.

A la vista de estos resultados, es evidente que no hemos llegado a la era de los abogados robot y, aunque los avances son evidentes, el conocimiento humano todavía es una aportación fundamental en el desarrollo de los casos que planteen los clientes.

Hacemos nuestras las conclusiones de Legaltechies[19]:

> «En conclusión, ROSS es una herramienta para buscar jurisprudencia y documentación legal en materia de quiebras y concursos de acreedores (aunque la voluntad es llevarlo a otras materias), solo funciona por ahora con casuística norteamericana y canadiense (no se puede contratar en Europa), consiste en un servicio SaaS y nada tiene que ver con un abogado robot. Es simplemente (y no es poco) una forma más eficaz y rápida de localizar sentencias relevantes en un caso.
> Por tanto, ROSS es una buena herramienta para subir un peldaño más en la eficiencia de las tareas legales del día a día. Y un gran ejemplo de lo que irá ocurriendo cada día más en otras áreas y herramientas relacionadas».

18. En la página 10 del estudio, la consultora advierte que los lectores deben aplicar estos resultados a sus respectivos negocios para estimar el beneficio económico que es posible obtener según su área de práctica.
19. Íbid.

2.2. Gestión documental

Los abogados generamos una gran cantidad de papel. Expedientes, Sentencias, documentación, etc. Los papeles son una constante en nuestras rutinas de trabajo[20]:

> «Se puede afirmar que, de uno u otro modo, todos los abogados en ejercicio hacen gestión documental: buscan, crean, utilizan, relacionan entre sí, firman, archivan y custodian documentos de manera intensiva. Hasta hace unos años, todos los documentos revestían la misma forma física, el papel, que aportaba cierta seguridad en su manejo y conservación. La complejidad podía estar en los contenidos de los documentos, pero no en la forma. Las carpetas y archivadores 'soportaban' prácticamente cualquier tipo de documento. Localizarlos y protegerlos era cuestión de orden, espacio y cierta disciplina de trabajo, requisitos al alcance de cualquier abogado».

El formato físico proporciona una falsa sensación de seguridad. Parece que el hecho de guardar los expedientes dentro del propio despacho evita que terceros interesados tengan acceso a esa información.

Sin embargo, el papel conlleva una gran lista de desventajas: se puede perder más fácilmente, podemos olvidar dónde lo hemos dejado, que se estropee, se pierda o se elimine por error. Además, las carpetas físicas ocupan mucho espacio y a veces la búsqueda de información en formato físico implica la necesidad de invertir mucho tiempo.

Las desventajas inherentes a este tipo de organización han provocado que las nuevas tecnologías hayan cobrado protagonismo en los últimos años. El archivo digital ha contribuido a un ahorro importante de

20. RED ABOGACÍA (2014). *Del archivo tradicional al digital: beneficios de la gestión documental para los despachos de abogados* [online]. Recuperado de: **http://www.abogacia.es/2014/02/13/del-archivo-tradicional-al-digital-beneficios- de-la-gestion-documental-para-los-despachos-de-abogados/** [fecha de consulta: 13 de diciembre de 2017].

papel y de espacio físico. Los ordenadores permiten crear carpetas virtuales en las que se puede ordenar la información y hacerla más accesible a todos los miembros del despacho. El archivo electrónico de los expedientes, desde luego, supone importantes ventajas.

Sin embargo, algunos despachos han dado un paso más y han convertido el "archivo electrónico" en un verdadero gestor documental. Un gestor documental se diferencia en que no es un mero archivo de documentos, sino que pone al servicio del abogado un sistema inteligente que le permite encontrar la información deseada en mucho menos tiempo.

Un gestor documental permite hacer búsquedas óptimas. El abogado puede hacer una búsqueda genérica en el gestor documental. Por ejemplo, si introduce los términos "saneamiento por evicción", podrá encontrar asuntos anteriores relacionados con ese tema, sentencias, documentos de experiencia, correos intercambiados con los clientes, y artículos doctrinales. Gracias al sistema inteligente, los resultados de la búsqueda pueden incluir cualquier novedad legal o jurisprudencial relacionada con el tema que no se encuentren expresamente archivados en el gestor, ya que recordemos, no es una simple base de datos.

Los sistemas de gestión documental también permiten la movilidad. Se pueden incorporar a los ordenadores de mesa y es posible trabajar simultáneamente desde un ordenador portátil, tableta o dispositivo móvil. Desde Tic Portal, una iniciativa de Centro Europeo para el Conocimiento de las Tecnologías de la Información, se apunta[21]:

> «La movilidad es un factor importante para un abogado, ya que no todo el trabajo se desarrolla entre las paredes del despacho. Si el gestor documental se puede consultar desde el móvil o la tablet, no sería necesario cargar con un maletín lleno de documentos en papel. La consulta sería más rápida y cómoda, proporcionando una mayor flexibilidad en el trabajo».

21. TIC PORTAL. (2018). *TIC Portal, información independiente para sus proyectos TIC*. [online] Disponible en: **https://www.ticportal.es/sobre-tic-portal** [fecha de consulta: 10 de enero de 2018].

A diferencia de un mero archivo electrónico, un gestor documental también puede controlar los accesos a determinada información. A través de esta función, se puede restringir el acceso a ciertos documentos dependiendo de la identidad de la persona que utiliza el gestor. Probablemente, llegue un momento en el que la IA maximice los sistemas de seguridad, blindando el acceso al gestor mediante el reconocimiento facial o la huella dactilar.

Por otra parte, el sistema inteligente puede ser configurado para que realice una clasificación automática de los documentos, «lo que evita que haya una persona encargada de hacerlo manualmente»[22].

Igualmente, el gestor documental registra las modificaciones realizadas en los archivos e identifica al autor de la modificación. Por el contrario, un mero un archivo digital no deja constancia de ello:

> «Los archivos digitales presentan el inconveniente de poder sufrir modificaciones sin que quede constancia de ello. Puede pasar que se borre o sobreescriba parte de un documento que más tarde resulta ser vital. Para evitar este tipo de situaciones, el gestor documental puede incorporar la funcionalidad de control de versiones. Gracias a ella es fácil revertir los cambios en un documento, incluso ver quién y cuándo realizó las últimas modificaciones».

Los sistemas de gestor documental que incluyan alguna propiedad de los sistemas inteligentes van a procurar una mayor eficacia y eficiencia del despacho de abogados, una mayor seguridad de los datos obrantes en los expedientes, así como una mayor flexibilidad en el trabajo de los abogados.

22. TIC PORTAL (2018). *¿Necesita un despacho de abogados un gestor documental específico?* [online] Recuperado de: **https://www.ticportal.es/temas/sistema-gestion-documental/gestion-documental-sectores/dms-despacho-abogados** [fecha de consulta: 10 de enero de 2018].

No en vano, muchos expertos coinciden que una de las tendencias tecnológicas del año 2018 es la implantación de sistemas de gestión documental, porque «las herramientas de automatización de documentos transforman la base de datos de conocimiento del despacho en textos inteligentes, y con ello se facilita la producción rápida de documentación personalizada»[23].

23. SIGNATURIT (2017) [Blog] *Las 8 tendencias tecnológicas más relevantes en 2018 para despachos de abogados.* Recuperado de: **https://blog.signaturit.com/es/las-8-tendencias-tecnologicas-mas-relevantes- en-2018-para-despachos-de-abogados** [fecha de consulta: 16 de febrero de 2018].

2.3. Revisión de documentos

La revisión documental comprende tareas relacionadas con el estudio de una larga lista de documentos de distinta índole, así como la selección de aquella información que sea favorable para los intereses de nuestro cliente.

La abogada americana Shannon Capone Kirk es una voz reconocida en este sector, ya que hoy en día dirige el área de *ediscovery* en la firma mundial Ropes&Gray[24]. Su testimonio es revelador.

Kirk explicó en una entrevista que para entender la evolución que ha sufrido esta tarea hay que remontarse al trabajo que los abogados realizaban cuando se introducían en el mundo laboral en la década de los 90. Su primer trabajo consistió, de hecho, en revisar documentos (*document review*). Muchos se sentirán identificados con sus palabras[25]:

> «La revisión documental significaba literalmente pasar semanas tras semanas en un almacén abriendo cajas y leyendo documentos y papeles».

En el año 2000, la tecnología se encontraba plenamente implantada en muchos despachos, por lo que la revisión documental pasaba por introducir palabras clave en la plataforma digital para encontrar información útil.

Kirk señala que este sistema era más avanzado, pero que seguía siendo "*ineficiente*", ya que los abogados cambiaron las cajas y los almacenes por las montañas de información almacenadas en la nube. Se seguía perdiendo mucho tiempo en esta tarea rutinaria.

24. KHALID, A (2017). *When Algorithms Replace Post-Its: Artificial Intelligence Is Rewiring The Job Of A Lawyer.* [online] Recuperado de: **http://www.wbur.org/bostonomix/2017/11/01/artificial-intelligence-legal** [fecha de consulta 16 de febrero de 2018].
25. Íbid.

Ahora bien. Es posible que los sistemas inteligentes estén revolucionando esta tarea. En los últimos años se han desarrollado plataformas de e-discovery, como *Relativity*[26].

Estos sistemas utilizan algortimos mucho más sofisticados. Atrás han quedado las búsquedas booleanas y las palabras clave. El aprendizaje automático o machine learning permite que el sistema priorice los documentos que sean de verdadera utilidad para el abogado.

Las personas siguen introduciendo los parámetros. Pero los ordenadores rebajan los resultados a través del *predictive coding*.

El término "*predictive coding*" incluye una serie de sistemas inteligentes que son capaces de entender y filtrar cuáles son los resultados que verdaderamente le interesan al abogado dentro de una inmensa base de datos.

Las tecnologías pueden ser más precisas seleccionando documentos que las personas. A las personas se les puede "pasar" algún dato, algún documento, alguna información. A veces, los documentos contienen informaciones contradictorias y las máquinas están más capacitadas para detectarlas que las personas. Esta propiedad es muy evidente cuando se trata de números.

Si a lo largo de un informe se enumeran muchas cifras relacionadas con facturas, medidas de longitud, de peso o valores en distintas unidades, las máquinas inteligentes están mejor preparadas que las personas para detectar eventuales contradicciones a lo largo del texto.

No obstante, los códigos predictivos (*predictive coding*) no pueden desplazar íntegramente la labor del abogado por los motivos que se señalan en el informe *Can robots be lawyers*?, elaborado por Dana Remus y Frank Levy[27]. Los autores de este informe señalan que los abogados tendrán que detectar qué información interesa dentro de la estrategia procesal que previamente hayan diseñado.

26. Para más información sobre esta herramienta, consultar Relativity. *e-Discovery Software Solutions* | Relativity. [online] Recuperado de **https://www.relativity.com/** [fecha de consulta 16 de febrero de 2018].
27. REMUS, D., S. LEVY F., (2015) *Can robots be lawyers?* [online] Recuperado de: **https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2701092** [fecha de 3 de enero de 2018].

El impacto de la IA en esta tarea es innegable y, desde luego, puede coadyuvar a ahorrar tiempos y costes para los clientes. No obstante, son los abogados los que han de encontrar respuestas en esa montaña de información dentro de su línea de defensa.

2.4. Auditorías legales

Una de las tareas más tediosas encomendadas a los abogados más jóvenes son las *due diligence* o auditorías legales. Las *due diligence* consisten en verificar la información financiera de la empresa con el fin de fijar el valor real del negocio para su compra o venta. Se trata de revisar qué es lo que se está comprando, qué problemas puede presentar el objeto de compra y la situación real de la empresa.

Martos Díaz, abogada en el despacho Pérez Llorca advierte en una entrevista a *El País* que una auditoría legal de este tipo puede llevar días, semanas o meses, pero los clientes no suelen estar dispuestos a esperar tanto tiempo porque tienen una ventana de decisión muy limitada. Martos Díaz recuerda el drama que producen estas operaciones[28]:

> «[...] jornadas maratonianas donde los abogados revisamos todo tipo de documentos para llegar a tiempo a los deadlines, fallos humanos debidos al agotamiento... un trabajo casi manual que no requiere cualificación jurídica y un coste por servicio que no deja satisfecho ni al cliente ni al bufete. Máxime cuando, en muchas ocasiones, no se produce una compra de la compañía, que es donde el despacho podría monetizar esas tediosas horas de análisis previo».

En consecuencia, la IA ofrece una solución eficaz a este problema, ya que puede analizar grandes cantidades de datos de distintas fuentes y dar una respuesta lógica a las mismas. Quizás lo mejor en este sentido, según Martos Díaz, es que los sistemas inteligentes son capaces de efectuar estas tareas en pocos días u horas, «con un margen de error tendente a cero».

28. MARTOS, N. (2018). *Alerta 'legaltech': ¿sustituirá la inteligencia artificial a los abogados?*. [online] EL PAÍS RETINA. Recuperado de **https://retina.elpais.com/retina/2017/07/10/tendencias/1499667085_576748.html** [fecha de consulta 1 de febrero de 2018].

La abogada ha tenido la oportunidad de ver algunas demos y afirma que «su funcionamiento y resultado son excelentes», ya que[29]:

> «La máquina analiza toda la documentación de la empresa y organiza la información importante y las conclusiones en columnas para que abogado y cliente puedan, de un vistazo, tener una foto completa de la compañía. Y lo más interesante es el precio. Y es que, a pesar de que la inversión inicial de los despachos en tecnologías avanzadas pueda ser elevada, quedará rápidamente amortizada con unas pocas operaciones, haciendo que el coste por servicio sea cada vez más bajo y, por tanto, más competitivo».

A la pregunta de si la IA sustituirá a los abogados, Martos Díaz afirma que para este tipo de servicios, sí, desplazando a los abogados a tareas donde somos realmente útiles. Por tanto, un porcentaje de estas rutinas jurídicas podrán automatizarse sin problemas.

La importancia de estas operaciones ha llevado a que algunos despachos ya hayan optado por sistemas de IA para optimizar los tiempos. Uno de los ejemplos es el despacho DLA Piper, que ha firmado un acuerdo con Kira Systems para implementar una herramienta de revisión de información en las *due diligences*.

En su presentación, el responsable de la práctica en Estados Unidos, Jonathan Klein, destacó dos ventajas de implementar la IA en los procesos de auditoría legal: (i) el ahorro de tiempo, ya que los sistemas inteligentes permiten que estos procesos se efectúen de forma más rápida y eficiente; y (ii) se minimizarán los riesgos de cometer errores.

El periódico Expansión se hace eco de este hito y se refiere a como una "revolución", explicando que:

> «El algoritmo que está detrás de Kira está preparado para manejar formularios y diferentes tipos de cláusulas tipo y otras menos comunes, además de documentos con más de 60 formatos. Así, de manera automática, es capaz de extraer y analizar las cláusulas

29. Íbid.

principales y crear resúmenes de las due diligences en segundos, así como estudiarlas en pocos minutos».

Kira no es el único ejemplo. *Apogee Legal* es otro de esos sistemas que han sido entrenados para automatizar el proceso de las *due diligences*.

No obstante, el informe *Can robots be lawyers?* considera que la IA tiene un impacto menor en las *due diligences* que en la revisión de documentos con finalidades procesales porque en éstas, el componente que se busca es inesperado. Por ejemplo, una cláusula ilegal insertada en un contrato.

En definitiva, la IA tiene un papel importante en las auditorías legales, pero no es indispensable. La inteligencia humana tiene un valor fundamental en estas operaciones y, en el corto plazo, no va a poder ser desplazada por los sistemas inteligentes.

2.5. Redacción de documentos tipo

Los documentos tipo son aquellos que guardan una coherencia estructural y que se reutilizan de un caso a otro modificando datos puntuales: nombre del cliente, dirección y datos particulares del caso.

Nos referimos, por ejemplo, a los contratos, los convenios reguladores, reclamaciones o instancias. Esta tarea es mayoritariamente estructurada, por lo que los abogados utilizan modelos para ahorrar tiempo.

En este tipo de actividades, la IA puede posibilitar que el abogado introduzca únicamente los datos fundamentales del caso y que el sistema inteligente complete el modelo con esa información.

Aunque las propiedades de los documentos permitan su automatización, el sistema inteligente deberá detectar si ha de cambiar los tiempos verbales al plural porque se refiera a varios sujetos o al género femenino.

Sin embargo, no hay que olvidar la aportación fundamental que el trabajo del abogado tiene en esta tarea, ya que el sistema podrá rellenar el modelo en la medida en que haya sido elaborado por el abogado.

2.6. Redacción de escritos procesales y otro tipo de documentos no automatizados

Los abogados no siempre redactan documentos tipo. En otras ocasiones, nuestro trabajo consiste en aplicar la ley a un supuesto concreto, convencer a un juez o elaborar una teoría jurídica sobre un tema innovador. En estos casos, el producto de nuestro trabajo es una nota para un cliente, un escrito procesal o un dictamen jurídico, entre otros.

El contenido de estos documentos y el propósito de los mismos dificulta su automatización porque *a priori* no están estructurados.

Como explica Pérez Gurrea, escribir un texto jurídico requiere de un proceso laborioso. En primer lugar, hay que definir las ideas y ordenarlas, «hay que estudiar el procedimiento y seleccionar los argumentos que apoyen nuestra pretensión redactándolos de un modo claro, ordenado y convincente»[30].

La clave de estos escritos es que exigen «el manejo y la utilización de información diferente y a veces dispersa, que hay que saber usar: legislación, artículos doctrinales, libros, jurisprudencia, bases de datos...»[31].

Por otra parte, los escritos procesales tienen un objetivo común: la persuasión. Esta característica depende fundamentalmente de los argumentos desarrollados en el texto. Por este motivo[32]:

> «La claridad reclama una correcta elección del léxico en los escritos jurídicos y depende no sólo del lenguaje técnico que podamos utilizar, sino también del orden expositivo de las ideas, evitando escritos farragosos y oscuros que induzcan a confusión. Requiere estructurar adecuadamente los hechos, exponer con criterio los

30. ABOGACÍA ESPAÑOLA (2016). *Cómo redactar un escrito jurídico sin que parezca un jeroglífico* [online] Abogacía Española. Recuperado de: **http://www.abogacia.es/2016/01/26/como-redactar-un-escrito-juridico-sin-que- parezca-un-jeroglifico/** [fecha de consulta 30 de diciembre de 2017]..
31. Íbid.
32. Íbid.

fundamentos de derecho y destacar debidamente las pretensiones formuladas de manera que el juez pueda situarse sin dificultad ante la realidad de los hechos y pueda entender la cuestión jurídica planteada».

Este tipo de escritos requiere de un grado de creatividad y flexibilidad que los ordenadores no pueden conseguir. La parte jurídica de estos documentos supone que la norma se analiza a la luz de los hechos. Aquí no funciona el "corta y pega" porque cada escrito es casuístico y los argumentos se construyen a la vista de esta circunstancia.

La conclusión del informe *Can Robots be lawyers?* es que los sistemas inteligentes tienen un impacto leve en esta tarea porque se trata de tareas "opacas" que carecen de estructura y que traspasan las capacidades actuales de los ordenadores.

2.7. Consultas y reuniones con clientes

La gran parte del trabajo del abogado ocurre tras las puertas de su despacho. Las reuniones con los clientes también están sufriendo una transformación profunda, ya que el uso de asistentes telefónicos (o *chatbots*) está a la orden del día en muchos negocios.

Los *chatbots* son muy frecuentes en otras ramas de actividad, y han sido implementados desde hace tiempo, entre otros, por las compañías telefónicas o en la Administración Pública.

Muchas de las consultas en servicios telefónicos se agrupan por categorías y pueden ser respondidas a través del aprendizaje automático, que perfecciona la capacidad de la máquina para responder a las preguntas de los clientes.

El aprendizaje automático permite que los *chatbots* respondan con precisión a las preguntas formuladas, que se reduzca los tiempos de espera y que las empresas sean más eficientes.

Según Enrique Martín, experto en Tecnología de Oracle Ibérica, el aprendizaje automático libera a los agentes de servicio al cliente para gestionar el número limitado de quejas que son más específicas y requieren de la intervención humana:

> «Este último ejemplo es quizás el más tangible en que el aprendizaje automático está optimizando la forma en que las personas trabajan. No va a reemplazar a las personas, pero ciertamente puede mejorar todo lo que hacen. Si existe un riesgo con el aprendizaje automático es ignorarlo. 2018 debería ser el año en que las empresas se comprometan, si aún no lo han hecho, a explorar y desbloquear el valor del aprendizaje automático».

La intervención de la IA en el *chatbot* aporta valor añadido. En concreto, las propiedades de la IA que se pueden integrar en los chatbots

son el aprendizaje automático (*machine learning*[33]), el procesamiento de lenguaje natural y el reconocimiento de voz.

Es más, el sector legal ya cuenta con su propio *chatbot*. El asistente *Meet uncle Sam* es un asistente implantado en EEUU que resuelve dudas sobre materia fiscal, y además es gratuito. Sus características son las siguientes:

- No se postula como un servicio de asesoría jurídica, sino que es una plataforma de respuestas automatizadas. No es abogacía ni asesoría online.
- El usuario sabe que habla con una máquina, no espera hablar con una persona.
- La plataforma aprende día a día con las respuestas que va dando, por lo que poco a poco va ganando en sofisticación.

Otro sistema paradigmático es el sistema *Do not pay*, creado por un estudiante de la universidad de Stanford de 19 años.

Esta plataforma sirve para tramitar reclamaciones vinculadas con multas de tráfico de forma gratuita. El ratio de éxito es de un 64%, lo que se traduce en más de 160.000 clientes satisfechos por un servicio gratuito[34].

Sin embargo, es complicado que los robots sustituyan a los abogados en las reuniones con los clientes. Los clientes exigen un grado alto de empatía por parte de sus abogados. Esta empatía se consigue a través de la escucha activa, de tomar notas y repreguntar mientras el cliente expone su problema.

En una reunión, los clientes esperan que el abogado dirija la reunión en un momento determinado, solicite la exposición de los hechos que no están claros y resuelva la cuestión demostrando que domina el asunto y que, en consecuencia, está convencido de la decisión tomada. La

33. Machine learning equivale al aprendizaje automático. Las máquinas son capaces de aprender por sí mismas a través de la repetición de patrones.
34. MANNES, J. (2017) *DoNotPay launches 1,000 new bots to help you with your legal problems* [online] TechCrunch. Recuperado de **https://techcrunch.com/2017/07/12/donotpay-launches-1000-new-bots-to-help- you-with-your-legal-problems/** [fecha de consulta 19 de febrero 2018].

actitud del abogado es una garantía para que el cliente vea satisfechas sus necesidades.

Una máquina tampoco está en condiciones de detectar los verdaderos intereses del cliente. Sin embargo, el abogado ya está prevenido ante la deformación de la realidad que interesadamente hacen los clientes. Como explica el abogado Óscar Fernández de León en su blog Manual Interno de Gestión[35]:

> «Conviene igualmente estar prevenidos ante los intentos del cliente de imponer su interés subjetivo, que generalmente no coincide con el interés que a dicha situación le atribuye el ordenamiento jurídico (conocido como interés objetivo). Para ello, frente al discurso apasionado del cliente, el abogado deberá indagar para alcanzar aquellos datos que lo acerquen a la verdad objetiva e imparcial del objeto de la consulta.
> Consecuencia de dicha disociación, el abogado, debe, amparado en su independencia, impedir que el cliente sea el que decida el modo de efectuar la defensa o pretenda dirigirla según sus intereses».

En definitiva, los robots podrán atender consultas puntuales que puedan ser fácilmente automatizadas y sobre materias muy concretas, pero (i) el cliente deberá de llevar las riendas de la reunión con los riesgos que ello conlleva y (ii) el margen de error es superior al de un "abogado humano". Sin embargo, existen ejemplos que ponen de manifiesto la utilidad de los *chatbots* para resolver cuestiones puntuales.

Cuando nos referimos a cuestiones más complejas o asuntos en los que estén implicadas varias ramas del derecho, la integración de los sistemas inteligentes es más complicada. Además, las reuniones con los clientes sirven también para que éstos ven satisfechas sus necesidades de empatía, de ser escuchados y comprendidos.

35. FERNÁNDEZ DE LEÓN, Ó. (2011). *Consejos para salir airoso de una consulta profesional.* [online] Recuperado de **http://www.legaltoday.com/blogs/gestion-del- despacho/blog-manual-interno-de-gestion/consejos-para-salir-airoso-de-una- consulta-profesional** [fecha de consulta 2 de enero de 2018].

2.8. Negociaciones

Todos los estudiantes de Derecho han oído alguna vez ese famoso refrán de que "*es mejor un mal acuerdo que un buen pleito*". Precisamente, los abogados tienden a negociar sus asuntos cada vez más y, de hecho, la tasa de litigiosidad ha disminuido en los últimos años. Según el informe "*Situación de los órganos judiciales en el año 2016*", el número de asuntos ingresados en los Jugados y Tribunales españoles en 2016 disminuyó un 31,4% respecto al año anterior[36].

La tendencia es la disminución de la litigiosidad, por lo que en un trabajo como éste no podía faltar un apartado dedicado al papel de la IA en la negociación y en la resolución alternativa de conflictos.

La negociación requiere de la interacción personal y del uso efectivo de las emociones. Cuando conseguimos leer y comprender las emociones del oponente, podemos desplegar las técnicas de negociación de forma más efectiva.

Cualquier negociación está constituida por tres partes diferenciadas:

- La fase preparatoria, en la que el abogado idea las posibles soluciones que puede aportar, los puntos flexibles y aquellos que son completamente innegociables.
- La fase central de la negociación, es decir, la reunión entre los abogados presencial o telefónica en la que se fijan los términos del acuerdo.
- La redacción de los términos del acuerdo y la ejecución del mismo.

En la fase central la IA tiene poco que aportar. Se requiere de rapidez, ingenio y de respuestas habilidosas de las que las máquinas carecen,

36. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (2016). *La justicia dato a dato.* [online] Madrid: Consejo General del Poder Judicial. Recuperado de **http://www.poderjudicial.es** [fecha de consulta: 20 de diciembre de 2017].

aunque Siri, los vehículos automáticos o los dispositivos inteligentes integrados en las casas cada día nos sorprendan más.

Sin embargo, la IA puede tener un papel importante en la fase preparatoria. Los sistemas inteligentes podrían llegar a predecir a través de la introducción de una serie de parámetros (nº de juzgado, precedentes de este juzgado, tipo de asunto y características básicas de nuestro caso) cuál es la probable respuesta que el juez dará a nuestro asunto y en cuánto tiempo.

Estos datos nos permitirán negociar en mejores condiciones, con un mejor conocimiento del campo en el que estamos trabajando y de manera más favorable a los intereses de nuestros clientes.

La ejecución del acuerdo también puede verse afectada por la introducción de la IA. Una vez concluida la negociación sobre los términos del acuerdo, los abogados podrían introducir las cláusulas que deben regir su relación jurídica y el sistema podría emitir el documento contractual, configurándose de modo similar al sistema que automatiza documentos tipo.

Los efectos en este campo son inciertos y todavía no contamos con ningún ejemplo real que evidencie el impacto de la IA en las negociaciones con abogados contrarios, pero a la vista de los avances de los últimos años, no parece una utopía.

2.9. Comparecencia en juicio

El abogado de las películas, el que conoce la sociedad y el que ostenta el título en el sentido histórico del término es el que lleva la toga y "va a juicio". Aquel que carga con sus papeles (ahora, tal vez, con un iPad) y cuchichea en los pasillos de los juzgados antes de entrar en la Sala.

Es difícil imaginar los juzgados repletos de robots esperando su turno. Como recuerda Purificación Pujol Capilla, Doctora en Derecho, la actuación del abogado en juicio es una de las tareas más complicadas:

> «Sus acciones se suceden con tanta rapidez que difícilmente puede tener tiempo para meditar o reflexionar entre un proceder y el siguiente. Por ese motivo, siempre me ha llamado la atención que en la universidad no se enseñara, específicamente, a los futuros abogados a intervenir oralmente en "Sala"; es decir, a realizar cada actuación especifica y concreta que debe llevar a cabo tanto en la audiencia previa como en el juicio del ordinario o en el verbal, incidentes y en el resto de las vistas o comparecencias».

La actuación en juicio está caracterizada (i) por la aplicación de la ley y la jurisprudencia al supuesto concreto, (ii) por la relación de los abogados con otros agentes de la justicia y (iii) por el despliegue de las armas procesales y personales para conseguir un determinado fin: la estimación de nuestras pretensiones.

Resulta complicado imaginar una Sala integrada únicamente por robots. Esta es la tarea menos automatizada del sector. Aquí no sirven las reglas universales, sino que las habilidades personales cobran todo el protagonismo.

El papel de la IA en este escenario de momento es residual.

A pesar de que los sistemas inteligentes tienen un papel menos evidente en esta actividad, es posible que a largo plazo faciliten la tarea a

los abogados y supongan un ahorro de costes y tiempo fundamentales para los intereses de nuestros clientes.

03 Los inconvenientes técnicos de la IA en el sector legal

Las máquinas inteligentes tienen un papel innegable en la tarea diaria del abogado. Su implantación permitirá ahorrar costes y ganar en eficiencia. Los abogados podrán dedicarse al diseño de estrategias y dedicar más tiempo presencial a los clientes. Las tareas rutinarias podrán ser asumidas por los sistemas.

Sin embargo, todavía queda un largo recorrido para que estas tecnologías estén plenamente adaptadas a las necesidades de la profesión.

La IA aún tiene carencias que frenan su integración en el sector legal. Estas carencias han sido divididas en tres grupos[37]: la interpretación del lenguaje humano, la codificación del derecho y la capacidad de proceso.

37. FERNÁNDEZ, C., BOULAT, P (2017). *Inteligencia Artificial y Derecho. Problemas y perspectivas Noticias Jurídicas*. [online]...

3.1. El procesamiento de lenguaje natural

El procesamiento de lenguaje natural por parte de sistemas inteligentes ha alcanzado límites insospechados en la última década. Sin embargo el lenguaje jurídico tiene unas características que dificultan la comprensión de las consultas formuladas a los sistemas inteligentes.

Carlos Fernández Hernández y Pierre Boulat[38] apuntan que estas dificultades se deben a la vaguedad, ambigüedad y textura abierta del derecho:

- La vaguedad se identifica con imprecisión.
- La ambigüedad supone que algunos conceptos se utilizan en distintos ámbitos del Derecho. Algunos términos como "diligencia debida", "dolo" o "responsabilidad patrimonial" son aplicables a distintas ramas del derecho con consecuencias distintas en cada caso.
- La textura abierta «constituye un vicio potencial que afecta a todos los términos de los lenguajes vulgares o naturales. Consiste en la posibilidad de que surjan dudas acerca de la aplicabilidad de una palabra que en la actualidad tiene un significado preciso».

38. Responsable de contenidos de noticiasjuridicas.com y analista en knowledge management en Wolters Kluwers España.

3.2. La modelización del Derecho

El Derecho codificado es imperfecto y las máquinas necesitan "modelos" en los que basarse para aplicar su conocimiento, ya que una de sus características principales es el automatismo.

Modelizar es «construir el modelo o esquema teórico de algo». En consecuencia, el Derecho debería estar modelizado para que los sistemas inteligentes pudieran trabajar sobre él. Pero, ¿es el Derecho una ciencia modelizada?

El Derecho codificado tiene importantes carencias que dificultan la intervención de la IA en el sector legal. Por ejemplo, las lagunas legales. O el hecho de que algunas normas sean contradictorias, ambiguas e incompletas. O los principios generales del derecho, que merecen una interpretación distinta en función de la rama del derecho en la que se trabaje[39]. El Derecho es una ciencia compleja, con un vocabulario particular, amplio y riguroso.

Como sostienen Fernández Hernández y Boulat:

> «Esta característica hace sumamente complejo crear una ontología o diseño del sistema de reglas asociado al mismo capaz de ser comprendidas por la máquina. Por otro lado, la subjetividad del autor de la modelización, condiciona notablemente su lógica y estructura».

En definitiva, se ha escrito mucho sobre la modelización del Derecho, pero todavía no disponemos de un sistema de reglas de alcance general sobre el ordenamiento jurídico.

39. Por ejemplo, la mala fe procesal y la mala fe contractual son similares pero tienen diferentes matices.

3.3 Asuntos con especial dificultad

Fernández Hernández y Boulat apuntan que, aunque se llegara a modelizar el ordenamiento jurídico, los sistemas de proceso seguirían siendo ineficientes para «interpretar las consultas y explotar las reglas de razonamiento aplicables, en unos tiempos de respuesta razonables. Esta tecnología, denominada motor de inferencia, todavía no ha podido alcanzar un nivel de rendimiento aceptable»[40].

Iglesias Vila y Nieto se refieren expresamente a determinados asuntos que no van a poder ser resueltos por las máquinas inteligentes por un funcionamiento deficiente del motor de inferencia[41]:

- Casos normativamente complicados por la existencia de lagunas, normas contradictorias, conceptos vagos o indeterminación semántica. ii. Casos epistémicamente difíciles en los que el esfuerzo intelectual requerido sea mayor.
- Casos pragmáticamente difíciles por causas que no sean estrictamente jurídicas, como razones de trascendencia política o social.
- Casos tácticamente difíciles o que planteen dudas sobre la calificación jurídica de los hechos.
- Casos moralmente difíciles en los que la respuesta jurídicamente correcta comporte resultados injustos. A estos últimos los autores mencionados los llaman "casos trágicos".

Consiguientemente, los abogados deberán de seguir asumiendo estos casos de especial dificultad, ya que la sensibilidad y racionalidad humanas seguirán siendo esenciales para su resolución.

40. FERNÁNDEZ, C., BOULAT, P (2017). *Inteligencia Artificial y Derecho. Problemas y perspectivas Noticias Jurídicas.* [online]...
41. IGLESIAS VILA, M., *El problema de la discreción judicial. Una aproximación al conocimiento del derecho* citado en Íbid.

Conclusiones

Primera. La historia de la IA arranca formalmente hace más de 70 años. La comunidad científica empezó a tratar el tema de la IA en la década de 1940. Los sistemas inteligentes se han perfeccionado en los últimos años y han ido tomando protagonismo en todos los ámbitos de la sociedad y, en particular, en el sector legal. Los sistemas inteligentes están presentes en nuestra vida diaria y en la mayoría de ocasiones se utilizan de forma inconsciente.

Segunda. La IA se basa en que las máquinas piensen, actúen y razonen como las personas para resolver los problemas de las personas. En la abogacía, supone que los sistemas sean capaces de integrar el conocimiento y capacidades necesarias para realizar las actividades que normalmente llevan a cabo los abogados.

Tercera. La IA tiene diferentes propiedades, como el reconocimiento facial, los sistemas de visión o la robótica. No obstante, las más importantes en el sector estudiado son el aprendizaje automático y el procesamiento de lenguaje natural. La primera conlleva la introducción de una serie de parámetros y procedimientos en el sistema para que la máquina sea capaz de aprender por sí sola. La segunda significa la capacidad de la IA de entender el lenguaje humano. No es necesario adaptar el mensaje a la máquina, sino que ésta comprenderá los refranes, los interrogantes e incluso los dobles sentidos.

Cuarta. Los abogados pueden integrar la IA en algunas de las actividades que realizan a diario. Normalmente son tareas rutinarias que corresponden a los abogados más jóvenes. Las tareas que más van a sufrir la potencialidad de las máquinas son las búsquedas legales, la revisión de documentos, las auditorías legales y la gestión documental. Éstas tienen un elemento en común: la automatización. Son tareas que responden a un patrón determinado y que quedan subsumidas en una regla de comportamiento. A pesar del avance que esto puede implicar, el conocimiento humano sigue siendo imprescindible para guiar las búsquedas, para detectar irregularidades en las revisiones de documentos y para establecer parámetros de organización documental.

Quinta. Existe otro grupo de tareas que son menos automáticas pero en las que la IA puede intervenir de algún modo y facilitar la tarea del abogado. Es el caso de la redacción de documentos tipo y las consultas telefónicas. Estas tareas son menos automáticas y siempre deberán de estar respaldadas por un abogado que elabore el documento tipo y que establezca los patrones de conducta a los que se ajusten las respuestas telefónicas.

Sexta. Finalmente, hay determinadas actividades en las que la intervención de la IA es muy complicada. Se trata de la comparecencia en juicio, la redacción de documentos no automatizados o las negociaciones con abogados contrarios. En éstas, priman las habilidades personales frente al conocimiento del Derecho. La IA no puede enfrentarse al "factor sorpresa" que caracteriza a un juicio ni puede redactar un documento con finalidad persuasiva. La argumentación que preside estas actividades debe ser aplicada a cada situación, según las particularidades del caso.

Séptima. El factor humano sigue siendo fundamental en la rutina diaria del abogado. A pesar de todos los avances, no parece que el trabajo de un abogado lo vaya a realizar un robot en el medio plazo. Existen grandes desventajas que impiden pensar en una sustitución y es que el poder de las máquinas es limitado. Podemos desechar la idea de la "sustitución" en detrimento de la "integración". Las máquinas se encuentran al servicio del sector legal y hemos de entrenarlas para que estén alineadas con nuestros intereses.

Octava. A lo largo del trabajo se ha ido advirtiendo que el factor automatización es fundamental a la hora de valorar si la máquina puede sustituir al profesional. En consecuencia, en aquellas profesiones más técnicas es más fácil sustituir totalmente al ser humano por la máquina (por ejemplo, el chófer, el repartidor, el cartero o el cajero de supermercado). En profesiones donde el juicio humano es más importante resulta más difícil, como el caso de la abogacía.

Novena. La IA puede aportar muchas ventajas al sector de la abogacía si se sabe utilizar. Los abogados hemos de servirnos de los avances tecnológicos, conocerlos y aplicarlos a las tareas en las que supongan un ahorro de tiempo y de costes. El sector legal ya cuenta con sus propios sistemas inteligentes. Los abogados hemos de integrar a las máquinas en los procesos de trabajo para ser más eficientes y competitivos. Igualmente, los abogados estamos ganando en eficiencia gracias al empleo de la IA.

Décima. Una de las ventajas más importantes de la implementación de la IA es que los abogados pueden abandonar las tareas más rutinarias y dedicar más tiempo de calidad a su trabajo. Los abogados podrán invertir más tiempo diseñando estrategias procesales, reuniéndose presencialmente con sus clientes o pensando sobre las circunstancias de un caso concreto. Frente a éstas, las tareas rutinarias no requieren de un especial conocimiento del derecho y, aunque son necesarias, resultan extremadamente tediosas y repetitivas. Normalmente son asumidas por los abogados más jóvenes, pero los abogados más experimentados tampoco se libran en ocasiones de buscar jurisprudencia.

Undécima. En definitiva, los sistemas inteligentes tienen un papel importante en nuestras rutinas de trabajo. La IA ha experimentado un crecimiento exponencial en los últimos años pero la implementación en el sector legal se encuentra en una fase primigenia. La IA puede ayudar a los abogados a conseguir determinadas ventajas, pero no puede sustituirles porque el factor humano todavía es esencial en nuestra profesión.

Bibliografía

ABOGACÍA ESPAÑOLA (2016). *Cómo redactar un escrito jurídico sin que parezca un jeroglífico* [online] Abogacía Española. Recuperado de: http://www.abogacia.es/2016/01/26/como-redactar-un-escrito-juridico-sinque-parezca-un-jeroglifico/ [fecha de consulta 30 de diciembre de 2017].

ALANDETE, D. (2011). *John McCarthy, el arranque de la inteligencia artificial* [online]. EL PAÍS. disponible en: https://www.elpais.com/diario/2011/10/27/necrologicas/1319666402_8502 15.html [fecha de consulta: 10 de febrero de 2018].

ALTMAN WEIL (2017). *Law Firms in transition survey* [online]. Recuperado de http://www.altmanweil.com//dir_docs/resource/90D6291D-AB28-4DFDAC15-DBDEA6C31BE9_document.pdf [fecha de consulta 15 de enero de 2018].

ARTIFICIAL LAWYER (2017). *The Legal AI Year in Review + 2018 predictions*. Recuperado de: https://www.artificiallawyer.com/2017/12/20/the-legal-ai-year-in-review2018-predictions (fecha de consulta: 8 de enero de 2018).

BUSINESS PUBLICATIONS SPAIN (2016). *Gartner marca las Predicciones TI para el periodo 2017-2020*. [online] Recuperado de http://www.computing.es/mercado-ti/informes/1093398046401/gartnermar-

ca-las-predicciones-ti-para-el-periodo-2017-2020.1.html [fecha de consulta: 30 de diciembre de 2017].

CAPARRINI, F. (2017). *Introducción al Aprendizaje Automático*. Fernando Sancho Caparrini [online] Cs.us.es. Recuperado de: http://www.cs.us.es/~fsancho/?e=75 [fecha de consulta: 15 de enero de 2018].

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (2016). *La justicia dato a dato.* [online] Madrid: Consejo General del Poder Judicial. Recuperado de http://www.poderjudicial.es [fecha de consulta: 20 de diciembre de 2017].

CORTÉS, J. (2017) Entrevista Nick Bostrom: *"No tendremos una segunda oportunidad con la inteligencia artificial"* [online]. EL PAÍS. Recuperado de: https://retina.elpais.com/retina/2017/12/02/tendencias/1512231406_90523 7.html (fecha de consulta: 3 de enero de 2018).

FERNÁNDEZ, C., BOULAT, P (2017). *Inteligencia Artificial y Derecho. Problemas y perspectivas Noticias Jurídicas.* [online] Noticias Jurídicas. Recuperado de: http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/9441-/ [fecha de consulta 30 de diciembre de 2017].

FERNÁNDEZ DE LEÓN, Ó. (2011). *Consejos para salir airoso de una consulta profesional.* [online] Recuperado de http://www.legaltoday.com/blogs/gestion-del-despacho/blog-manualinterno-de-gestion/consejos-para-salir-airoso-de-una-consulta-profesional [fecha de consulta 2 de enero de 2018].

HARTNELL, T. (2007) *Inteligencia artificial procesos y programas*. Cambridge, MSX.

HEADRICK, T., BUCHANAN, B. (1970). *Some Speculation about Artificial Intelligence and Legal Reasonin*. Stanford Law Review, Vol. 23, nº 1.

KHALID, A (2017). *When Algorithms Replace Post-Its: Artificial Intelligence Is Rewiring The Job Of A Lawyer*. [online] Recuperado de: http://www.wbur.org/bostonomix/2017/11/01/artificial-intelligence-legal [fecha de consulta 16 de febrero de 2018].

LEGAL TECHIES (2017) *Qué es y para qué sirve en verdad ROSS Intelligence* [online] Recuperado de: https://legaltechies.es/2017/09/20/que-es-y-paraque-sirve-en-verdad-ross-intelligence/ (fecha de consulta: 30 de diciembre de 2017).

MANNES, J. (2017) *DoNotPay launches 1,000 new bots to help you with your legal problems* [online] TechCrunch. Recuperado de https://techcrunch.com/2017/07/12/donotpay-launches-1000-new-bots-to-help-you-with-your-legal-problems/ [fecha de consulta 19 de febrero 2018].

MARTOS, N. (2018). *Alerta 'legaltech': ¿sustituirá la inteligencia artificial a los abogados?.* [online] EL PAÍS RETINA. Recuperado de https://retina.elpais.com/retina/2017/07/10/tendencias/1499667085_576748.html [fecha de consulta 1 de febrero de 2018].

MILLS, M. (2016) *Artificial intelligence in Law. The State of Play 2016* [ebook] Thomson Reuters. Legal Executive Institute. Recuperado de: https://www.neotalogic.com/wp-content/uploads/2016/04/ArtificialIntelligence-in-Law-The-State-of-Play-2016.pdf [fecha de consulta: 16 de febrero de 2018].

MORENO, A (2017). *Procesamiento del lenguaje natural ¿qué es?* - Instituto de Ingeniería del Conocimiento [online] Recuperado de: http://www.iic.uam.es/inteligencia/que-es-procesamiento-del-lenguajenatural/ [fecha de consulta 13 de enero de 2018].

RED ABOGACÍA (2014). *Del archivo tradicional al digital: beneficios de la gestión documental para los despachos de abogados* [online]. Recuperado de: http://www.abogacia.es/2014/02/13/del-archivo-tradicional-al-digitalbeneficios-de-la-gestion-documental-para-los-despachos-de-abogados/ [fecha de consulta: 13 de diciembre de 2017].

REMUS, D., S. LEVY F., (2015) *Can robots be lawyers?* [online] Recuperado de: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2701092 [fecha de 3 de enero de 2018].

SIGNATURIT (2017) [Blog] *Las 8 tendencias tecnológicas más relevantes en 2018 para despachos de abogados.* Recuperado de:

https://blog.signaturit.com/es/las-8-tendencias-tecnologicas-mas-relevantes-en-2018-para-despachos-de-abogados [fecha de consulta: 16 de febrero de 2018].

TIC PORTAL. (2018). *TIC Portal, información independiente para sus proyectos TIC*. [online] Disponible en: https://www.ticportal.es/sobre-ticportal [fecha de consulta: 10 de enero de 2018].

TIC PORTAL (2018). *¿Necesita un despacho de abogados un gestor documental específico?* [online] Recuperado de: https://www.ticportal.es/temas/sistema-gestion-documental/gestiondocumental-sectores/dms-despacho-abogados [fecha de consulta: 10 de enero de 2018].

TORRA, V. *La inteligencia artificial. Fundación General CSIC*. Recuperado de: http://www.fgcsic.es/lychnos/es_es/articulos/inteligencia_artificial [fecha de consulta: 30 de diciembre de 2017].

VIGIL, A (2017). *"Será normal que el abogado sea una web"*. [online] EL PAÍS. Recuperado de: https://elpais.com/economia/2017/11/17/actualidad/1510915702_018554.html [fecha de consulta 10 de enero de 2018].

FUNDACIÓN Mutualidad

Abogado 4.0. Inteligencia artificial y derecho: reto para la teoría, necesidad para la práctica

Ainhoa Barrutia Urruticoechea

Ainhoa Barrutia Urruticoechea
Universidad de Deusto, EPJ Pedro Ibarreche

PRIMER PREMIO EX AEQUO
VI Premios a la Excelencia de la Cátedra
Fundación Mutualidad Abogacía

2017

Índice

Introducción 509
1. Breve aproximación al concepto y evolución histórica de la Inteligencia Artificial 512
1.1. Definición del concepto "Inteligencia Artificial" 512
1.2. Evolución histórica de la Inteligencia Artificial 514
2.1. Evolución histórica paralela: primera oleada de Inteligencia Artificial 517
2. Inteligencia Artificial y Derecho 517
2.2. Actualidad: segunda oleada de IA. Sistemas computaciones existentes y límites actuales 526
2.3. Herramientas existentes en la práctica de la abogacía 533
3. Análisis de las ventajas y desventajas de la aplicación de la Inteligencia Artificial al Derecho 542
3.1. ¿Qué finalidades perseguimos con la aplicación de la Inteligencia Artificial al Derecho? 542
3.2. ¿Cuáles son los límites y consecuencias de la aplicación de la Inteligencia Artificial al Derecho? 546
3.3. Análisis de la dimensión sociológica de la IA. Posibilidad de automatizar la figura del juez 557
4. Derecho e Inteligencia Artificial. Leyes sobre robótica que propone Europa 562
4.1. Establecimiento de unos principios éticos básicos 564
4.2. Responsabilidad jurídica por daños de los robots y establecimiento de un seguro obligatorio 565
4.3. Responsabilidad contractual y extracontractual *interrobots* 567
Conclusión 569
Bibliografía 571

Si yo les dijera que conozco a un compañero que se ha leído millones de volúmenes jurídicos, es un experto en doctrina y jurisprudencia, que proporciona sus respuestas jurídicas a partir de evidencias, que estas respuestas están correlacionadas con sus experiencias y con las tuyas y que, además, aprende continuamente de sus errores, ¿qué me diríais? ¿lo querríais en vuestra organización? De este compañero estamos hablando.

Javier Alberti Fernández
¿Acabará la Inteligencia Artificial con los abogados?

Introducción

Convivimos con la Inteligencia Artificial (IA), podemos decir que la IA forma parte de nuestra vida cotidiana. Paradójicamente, la percepción que tenemos de ella, pese a ser necesaria para gran cantidad de las actividades humanas, es de suspicacia, temor e inquietud. Como con los bárbaros de Kavafis, tememos la implantación de la IA, nos desasosiega su eventual dominio sobre todas las esferas de nuestra sociedad, pero con toda certeza nos lamentaríamos si no acabara siendo así. La osadía de su avance sólo es comparable con la pesadumbre de su incomparecencia.

De la IA lo sabemos todo y lo ignoramos todo. Un futuro dominado por la IA se nos antoja pura ciencia ficción. Utopía esperanzadora y distopía peligrosa, sueño y pesadilla a la vez. Pero lo incuestionablemente cierto es que la IA, en tanto fenómeno, existe ya como una revolución a escala mundial, y su futuro será el relato de la intensidad con que dominará los distintos ámbitos, personales y profesionales, del quehacer humano.

El mundo del Derecho no va a ser una excepción. Cada vez son más numerosos los foros de debate, las universidades, colegios profesionales de abogados y centros institucionales que lo avisan y analizan: la introducción de la IA va a producirse en todo caso, y por ello el grado

de su introducción, la intensidad de su implantación es lo que debe centrar nuestra atención, estudio, estímulo o desasosiego.

El presente trabajo pretende ser una introducción a esta realidad y una reflexión de ese futuro.

Estructurado en dos partes claramente diferenciadas, en la primera de ellas se estudia, de manera descriptiva, y con proyección histórica, los inicios de la IA desde su aparición en la sociedad hasta el momento actual, en el que en un número muy elevado las profesiones y actividades humanas se sirven de manera inexorable de la IA en su ordinario desenvolvimiento.

En la segunda parte, de manera específica y en detalle, el trabajo se detiene en el estudio de la IA en su proyección en el mundo profesional de la abogacía, y finalmente se adentra en su eventual implantación en la oficina judicial y el ejercicio de la potestad jurisdiccional. Desde esta perspectiva, he querido vislumbrar en la IA dos fines u objetivos que debe perseguir: eficiencia y lo que he llamado excelencia jurídica.

En primer lugar, la IA persigue y debe perseguir la eficiencia, el ahorro en costes de gestión y tiempo, tan trascendental para el despacho de abogados. Es así que la IA es un instrumento idóneo para la mejor gestión de la profesión del abogado, y por qué no, de la oficina judicial. Ello también con grandes interrogantes y riesgos, básicamente sobre los puestos de trabajo y la organización interna de los despachos.

En segundo lugar, la IA debe buscar y ayudar a alcanzar la excelencia jurídica: debe servir de instrumento para lograr un mejor Derecho, para encauzar la consecución de la Justicia que vocacionalmente debe buscar el profesional de la abogacía. La IA debe así contribuir sustancialmente a la realización de un mejor Derecho.

Esta segunda parte del trabajo tiene una confesa intención indagatoria, escrutadora ante los innegables riesgos, ante los problemas, límites y virtudes que plantea la próxima extensión de la IA en las profesiones jurídicas. En esta parte del trabajo, sin duda la más personal y arriesgada, he tratado de presentar a la IA como un reto y una incógnita que, siempre dependiendo del grado de intensidad con que acabe implantándose, va a transformar de manera trascendental la forma de trabajar del abogado y de ser ejercida la potestad jurisdiccional.

En esta segunda parte planteo dudas y preguntas, incógnitas ante un futuro que sin duda será sorprendente e inquietante, como sorprendente e inquietante será revisar y releer este trabajo en unos años, para encontrar en él temores ingenuos, aciertos intuitivos, riesgos advertidos y logros previsibles.

01 Breve aproximación al concepto y evolución histórica de la Inteligencia Artificial

1.1. Definición del concepto "Inteligencia Artificial"

La Inteligencia Artificial (IA) nace como concepto en la década de los cincuenta, definiéndola John McCarthy (Boston, 1927-2011)[1] como «la ciencia y la ingeniería de crear máquinas inteligentes, en especial sistemas computacionales inteligentes. Está relacionada con la tarea similar de usar ordenadores para entender la inteligencia humana, pero no se limita a métodos que resulten biológicamente observables».[2] Existen multitud de definiciones de IA[3], y como elemento común a todas ellas

1. Se licenció en matemáticas en el año 1948, en el Instituto de Tecnología de California. Tres años después obtuvo un doctorado en la prestigiosa Universidad de Princeton. Su mente era la de un matemático y opinaba que esta disciplina era imprescindible para el desarrollo de la IA.
2. MCCARTHY, John. "What is Artificial Intelligence?". Computer Science Depart- ment, Stanford University, noviembre 2007.
3. Patrick Winston (Illinois, 1943) prefiere definirla como "el estudio de las ideas que permiten ser inteligentes a los ordenadores", en WINSTON, Patrick Henry. Artificial Intelligence. Massachusetts Institute of Technology: Ed. Addison-Wesley Publishing Company, 1993, p. 5. Y Bruce Buchanan y Edward Feigenbaum (Weehawken, 1936), la definen como "parte de la informática que estudia proce- sos simbólicos, razonamientos no algorítmicos y representaciones simbólicas del conocimiento".

encontramos una idea nuclear, la consistente en identificarla como una ciencia que persigue que los ordenadores hagan la misma clase de cosas y desarrollen las mismas funciones que las que puede llevar a cabo la mente.[4]

Desde una perspectiva técnica, existen cinco categorías principales de IA, cada una con sus múltiples variaciones: la IA Clásica o Simbólica (también llamada GOFAI: *Good Old-Fashioned IA*), las redes neuronales o el modelo conexionista, la programación evolutiva, los autómatas celulares y los sistemas dinámicos.[5] La conjunción de estas cinco categorías dio lugar a lo que se denominó primera oleada de la IA, y que, como veremos a continuación, han ido evolucionando a lo largo de los años, aterrizando en lo que hoy en día se puede llamar la segunda oleada de IA.

4. BODEN, Margaret Ann. Inteligencia Artificial. Madrid: Ed. Turner, 2017, p. 11.
5. BODEN, Margaret Ann. Inteligencia Artificial. Madrid: Ed. Turner, 2017, p. 15.

1.2. Evolución histórica de la Inteligencia Artificial[6]

Desde Lady Ada Lovelace (Londres, 1815-1852), que predijo la IA en la década de 1840, pasando por Alan Turing (Maida Vale, 19121954) y su máquina universal, hasta la tecnología *Watson* de IBM en la actualidad, la IA ha evolucionado a pasos agigantados. Si bien en los años 50 nadie creía en el potencial aplicativo de los sistemas de IA, en el momento actual, año 2018, la IA forma parte de nuestra vida cotidiana, y la llevamos en el bolsillo, está presente en el trabajo, el hogar y en los más diversos ámbitos, como los hospitales, fábricas y colegios.

A finales de la década de los 50 sí existían, sin embargo, indicios de que los ordenadores podrían desarrollar algún día inteligencia supra humana, e incluso superar las capacidades de sus propios programadores. Fue entonces cuando hizo su aparición el IBM 704, computadora que permitió desarrollar lenguajes de programación específicamente diseñados para incorporar sistemas de IA. Además, se hicieron durante esta época experimentos para determinar la presencia de comportamiento inteligente en una máquina. El más relevante fue el test de Alan Turing que publicó en 1950 en la revista *Mind* titulado "*Computing Machinery and Intelligence*". Se trata de un test de inteligencia para máquinas, según el cual una máquina presentaría un comportamiento inteligente en la medida en que fuese capaz de mantener una conversación con un humano, sin que otra persona pudiera distinguir quién es el humano y quién la máquina.[7]

En los años 60 se realizó un esfuerzo por formular matemáticamente los métodos utilizados por los sistemas de IA. Y en los años 70 se produjo el nacimiento de un ámbito conocido como "*procesamiento de*

6. El análisis de la evolución histórica de la IA se ha extraído del manual BODEN, Margaret Ann. Inteligencia Artificial. Madrid: Ed. Turner, 2017, pp. 17 a 61.
7. En el año 2014, investigadores de la Universidad de Reading afirmaron que su programa había pasado el test de Turing, al convencer a los jueces de que era un niño de 13 años. KAMINSKA, Izabella. "More Work to do on Turing Test", Financial Times, 13 de junio de 2014. Página web visitada el 28 de enero de 2018.

lenguaje natural" (NLP, por sus siglas en inglés, *Natural Language Processing*). Desde entonces, esta disciplina ha venido dedicándose al estudio de sistemas artificiales capaces de generar frases inteligentes y de mantener conversaciones con humanos.

A mediados de los años 80 dieron la campanada las Redes Neuronales Artificiales (RNA), segundo tipo de IA antes expuesto. Las RNA están compuestas por muchas unidades interconectadas, cada una capaz de realizar una sola operación. Éstas tienen multitud de aplicaciones, desde especular en bolsa y observar la fluctuación de las divisas a reconocer el habla o caras.[8]

En los años 80 aparecieron las primeras aplicaciones comerciales de la IA en áreas como la producción, el control de procesos o la contabilidad. Surgieron los primeros sistemas expertos[9] que permitieron realizar diagnósticos y tomar decisiones a partir de la información aportada por profesionales expertos.

Podemos ver que quienes, dentro de la primera oleada de IA -desde mediados de los 50 hasta mediados de los 80-, trabajaron en los distintos ámbitos profesionales (medicina, química, geología), focalizaron su investigación en entender qué conocimientos y procesos de razonamiento subyacían en la inteligencia humana, con el objeto de replicarlos en

8. En relación con las RNA, destacamos dos estudios publicados recientemente: por un lado, el estudio realizado por los investigadores del laboratorio Kamitani, en la Universidad de Kyoto, liderados por el profesor Yukiyasu Kamitani. Este estudio crea una máquina capaz de, a través del análisis de las señales del cerebro, in- terpretar las imágenes que alguien está mirando e incluso pensando. Este estudio revela la posibilidad de leer la mente de las personas, un hallazgo revolucionario que emplea Redes Neuronales Artificiales. En HORIKAWA, Tomoyasu y KAMITANI, Yukiyasu. "Generic decoding of seen and imagined objects using hierarchical vis- ual features". Natura Communication, no 15037, año 2017. Otro ejemplo de aplicación actual de las RNA es la creación de un algoritmo para corregir imágenes corrompidas por algún motivo. En ARJOMAND BIGDELI, Siavash; JIN, Meiguang; FAVARO, Paolo; y ZWICKER, Matthias. "Deep Mean-Shift Priors for Image Resto- ration". Universidad de Maryland, College Park, año 2017.
9. Los sistemas expertos son sistemas de IA focalizados y especializados en un ámbito profesional específico. Se trata de sistemas basados en reglas: un cúmulo de conocimientos se representan como una serie de sentencias condicionales que ligan condiciones o acciones, SI se cumple esta condición, ENTONCES realiza esta acción.

los sistemas informáticos.[10] A pesar de obtenerse resultados fascinantes, las aplicaciones comerciales fueron escasas, y, en lo que a nosotros nos interesa, apenas se llegó a implantar en los despachos de abogados.

En los años posteriores, llegó el denominado "invierno de la IA", período en el que la IA pareció detenerse. Durante los 30 años siguientes, se desarrollaron muchos menos sistemas expertos operativos del tipo de los que se habían desarrollado en los años de la primera oleada. Una de las razones de la ausencia de mejoras fue comercial: estos sistemas eran muy costosos de desarrollar en una época en la que las empresas ganaban cada vez más, por lo que no se encontraban motivos para adoptar tecnologías innovadoras que, sin embargo, podían perjudicar su buena racha.[11] Además, en aquella época la facturación por horas era esencial para la viabilidad de las empresas y su productividad, sobre todo en los despachos de abogados.

Con este enfoque, necesitamos revaluar la IA. Si bien este invierno de la IA fue largo, no supuso su muerte. Ha estado latente, conservando su energía, esperando a que apareciesen tecnologías que facilitaran la asunción de alguna de las aspiraciones originales de los primeros científicos de la IA. En el deshielo que ha llegado después del invierno, en los últimos años hemos asistido a una serie de significativos avances, que analizaremos a continuación – *Big Data*, *Watson*, robótica, computación afectiva –, y que parecen apuntar a una segunda oleada de IA.

10. SUSSKIND, Richard, y SUSSKIND, Daniel. The Future of the Professions. How the Technology will transform the work of human experts. Oxford, Ed: Oxford University Press, 2015, pp. 181-182.
11. SUSSKIND, Richard. Tomorrow´s lawyers. An introduction to your future. Ox- ford: Ed. Oxford University Press, 2017, pp. 185 y ss.

02 Inteligencia Artificial y Derecho

2.1. Evolución histórica paralela: primera oleada de Inteligencia Artificial

Habiéndose apuntado en el apartado anterior algunas notas sobre la definición y la evolución histórica de la IA en general, nos interesa ahora entrar en el análisis paralelo de la IA en su proyección sobre el ámbito profesional específico del Derecho, y dentro de él, sobre el de la abogacía.

Como veremos, la relación entre IA y Derecho ha sido objeto de numerosos estudios académicos, fundamentalmente provenientes del mundo anglosajón. En estos estudios se apuntaron desde un primer momento ciertos límites en la aplicación de la IA al mundo del Derecho, límites que aún al día de hoy observamos. Si bien en un principio estos estudios no se tradujeron en resultados prácticos, por razones comerciales o de otro tipo, con el tiempo fueron introduciéndose en el mercado y hoy en día sí contamos con herramientas prácticas aplicadas a la profesión jurídica.

El campo de la IA y el Derecho cuenta con al menos 50 años, o incluso 60 si retrocedemos a 1958, cuando Lucien Mehl publica su artículo

"*Automation in the Legal World*". Pero el primer gran artículo que estudió de manera profunda la vinculación entre estas dos disciplinas, IA y Derecho, fue "*Some Speculation about Artificial Intelligence and Legal Reasoning*"[12], publicado en 1970 por los académicos de la Universidad de Stanford Bruce G. Buchanan y Thomas E. Headrick.

Más tarde, en 1986 uno de los grandes abogados investigadores de la evolución tecnológica en el mundo jurídico, Richard Susskind, publicó un decisivo artículo sobre la aplicación de los sistemas expertos en el campo del Derecho: "*Experts systems in Law: A jurisprudencial approach to Artificial Intelligence and Legal Reasoning*"[13], que venía a revisar su tesis doctoral sobre IA y Derecho, defendida ante la Universidad de Oxford.

Año 1970: "Some Speculation about Artificial Intelligence and Legal Reasoning"

Considerando los avances que se habían logrado en el desarrollo de máquinas procesadoras de datos en los años 70 (es en los años 60 cuando se comercializan los primeros ordenadores, y en 1981 IBM saca al mercado su primera computadora personal), en el ámbito jurídico los abogados apenas habían avanzado en la búsqueda de aplicaciones útiles para el mundo del Derecho. Los profesores Buchanan y Headrick parten en su artículo de 1970 de la siguiente premisa: teniendo en cuenta los avances de la IA para simular el pensamiento humano con un ordenador, este último podría ayudar tanto en el estudio como en la mejora del proceso de razonamiento de un abogado.

Critican los académicos el hecho de que, durante más de una década (años 1960-1970), las investigaciones en el campo de la IA se hubiesen centrado en tratar de crear procesadores de información que simulasen el pensamiento humano. Como hemos observado anteriormente, fue

12. BUCHANAN, Bruce G. y HEADRICK, Thomas E. "Some speculation about Artificial Intelligence and Legal Reasoning". Stanford Law Review, volumen 23, no 1, noviembre 1970, pp. 40-62.
13. SUSSKIND, Richard. "Experts systems in Law: A jurisprudencial approach to Artificial Intelligence and Legal Reasoning". The Modern Law Review, vol. 49, no 2, marzo 1986, pp. 168-194.

en los años 80 cuando aparecieron los primeros sistemas expertos, que introducían en sus configuraciones una serie de reglas extraídas de un experto humano. Esto también se denominó "IA Débil", quizás de una manera peyorativa. La "IA Débil" es un término aplicado a sistemas que parecen tener un pensamiento inteligente similar al humano, pero que en realidad no disfrutan de ninguna forma de conciencia. En contraste con ellos, los sistemas que exhiben "IA Fuerte" son los que, se dice, sí tienen pensamientos y estados cognitivos.[14]

Un ejemplo de sistema experto débil lo encontramos en 1988, cuando los profesores de la Universidad de Oxford Phillip Capper y Richard Susskind desarrollaron el primer sistema experto de leyes disponible comercialmente: "*The Latent Damage System*". Después de este proyecto, Susskind y Chris Tindall se centraron en el ámbito de los impuestos y las auditorías y crearon VATIA, el primer sistema experto en IVA.

Numerosos métodos de búsqueda legal fueron desarrollados en aquélla época desde la órbita universitaria, como fueron los casos de la Universidad de *Pittsburgh-Aspen* o la de *George Washington*. Lo interesante es que, ya en 1970, se trabajaba en la creación de sistemas que fueran capaces de identificar y proporcionar leyes, sumarios de casos, y cualquier otro tipo de información legal, para contestar a preguntas sobre esa información, además de para comunicarse de una manera natural (no críptica) con los abogados.

Lo anterior nos conduce a apuntar que el problema al que se enfrentaban en aquélla época los expertos en IA, problema que hoy en día sigue latente, es que un programa más sofisticado o con características más avanzadas exigía no sólo identificar los materiales, lo que ya se consiguió en esta primera fase de la IA (IA Débil), sino tener capacidad de entenderlos y procesarlos (IA Fuerte). En lugar de solamente identificar documentos a partir de palabras clave, el gran avance en aquélla época radicaba en que los programas fueran capaces de elegir el más adecuado a las necesidades del abogado. La dificultad descansaba en introducir en los ordenadores capacidad semántica, es decir, aquella habilidad

14. SUSSKIND, Richard, y SUSSKIND, Daniel. The Future of the Professions. How the Technology will transform the work of human experts. Oxford, Ed: Oxford University Press, 2015, pp. 265-266.

(aún humana) de comprender el significado de las unidades lingüísticas y sus combinaciones.

Los profesores Buchanan y Headrick consideraban una difícil tarea conseguir que los potenciales sistemas que fueran a crearse fuesen capaces de mantener la riqueza, la provocación o las ambigüedades de la lengua inglesa (lo mismo podríamos decir de la lengua española). Con ello se evidenció que el primer problema al que había que enfrentarse en esta primera oleada de la IA era el de la capacidad semántica de los ordenadores.[15]

Este mismo problema nos lo planteamos hoy en día, de modo que el escepticismo que existe en torno a la posible aplicación de la IA al mundo del Derecho descansa en la quizás errónea consideración de que las máquinas no pueden pensar y, por lo tanto, no podrán hacer las mismas cosas que un ser humano.[16]

En el ámbito del Derecho existía una dificultad añadida, incluso en la propia creación de los sistemas expertos, dado que las demandas de creación de un sistema inteligente no podían acogerse hasta que los propios abogados fueran capaces de articular y describir sus métodos y procesos de pensamiento y razonamiento.

Piense el lector si sería capaz de describir de manera minuciosa todos y cada uno de sus métodos de pensamiento y razonamiento, extrapolables a un sistema, que le llevan a la solución de los problemas legales que se le plantean. Efectivamente, las normas jurídicas admiten diferentes interpretaciones, presentan ambigüedades, se emplean conceptos jurídicos indeterminados, pueden existir en el mundo jurídico proposiciones contrapuestas y, efectivamente, en el Derecho no podemos partir siempre de un razonamiento basado en la lógica desnuda, centrada en meras afirmaciones verdaderas o falsas sin apenas admitir matices o prescindiendo del contexto personal o social en el que

15. Esto resulta tremendamente dificultoso, en la medida en que no se soluciona con la mera introducción de una serie de definiciones en un programa. En todas las lenguas existen expresiones cuyo significado no es la suma de los significados de las palabras que la componen. En castellano, "ponerse las botas", nada tiene que ver con los zapatos. O la expresión inglesa "rain cats and dogs", nada tiene que ver con los animales.
16. SUSSKIND, Richard. Tomorrow´s lawyers. An introduction to your future. Ox- ford: Ed. Oxford University Press, 2017, p. 187.

se desenvuelve. Existen diferentes sistemas legales según las jurisdicciones, y el razonamiento jurídico no tiene por qué ser siempre verdadero y definitivo, sino que se puede trabajar con presunciones. Todo lo anterior implica que la lógica computacional clásica encuentra de manera inexorable limitaciones a la hora de representar el razonamiento jurídico.[17]

En definitiva, lo que podemos extraer de este primer estudio acerca de la vinculación entre la IA y el Derecho, es que i) los programas de IA de los años 70 constituían una IA Débil, por carecer de capacidad semántica, es decir, por no comprender el significado de la información que procesaban, y que ii) la IA Fuerte requería que los ordenadores fueran capaces de comprender esa información. La IA Fuerte en el ámbito del Derecho tenía un límite difícil de superar: la correcta representación del razonamiento jurídico en su plenitud.

Año 1986: "Expert systems in Law: A jurisprudential approach to Artificial Intelligence and Legal Reasoning"

Lo que solo eran expectativas en el año 1970, se materializaron en las principales tareas de los científicos de la computación en el año 1986, tareas dirigidas a conseguir un comportamiento inteligente de los ordenadores: (i) el procesamiento de lenguaje natural, (ii) la comprensión del lenguaje oral, (iii) el reconocimiento de imágenes y objetos, (iv) la competición en juegos complejos como el ajedrez, (v) el aprendizaje de ejemplos y precedentes, (vi) la creación de programas automáticos que por sí mismos y de manera autónoma creen nuevos programas, (vii) la educación a los propios usuarios, y (viii) la creación de sistemas expertos que no se limiten a aplicar reglas, sino que resuelvan problemas y razonen de manera inteligente, además del (ix) inicio de la robótica.

17. NAVAS NAVARRO, Susana, et al. Inteligencia Artificial. Tecnología y Derecho. Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2017, p. 28.

Para lograr la IA Fuerte constituía un auténtico reto para la práctica de la abogacía la creación de sistemas expertos avanzados. Susskind los define como programas informáticos creados por expertos humanos de modo que sean capaces de actuar en un campo determinado como auténticos expertos en la materia, incluso a un nivel aún más alto. Desde la perspectiva práctica jurídica, se apuntaba ya en aquella época la diferencia entre programas que constituyen meras bases de datos legales (*Expert Systems*) y los programas informáticos basados en conocimiento jurídico (*Intelligent Knowledge-Based systems*). Los primeros están diseñados para operar como asistentes no inteligentes en el proceso de resolución de conflictos de todo abogado, como puede ser la búsqueda rápida de jurisprudencia o doctrina, el proporcionar modelos generales de redacción de documentos jurídicos o la búsqueda de documentos a partir de palabras clave o sinónimos. El segundo (que al mismo tiempo podría incorporar el primero), por el contrario, asiste en un proceso más complejo, requiriendo un nivel de inteligencia asimilado o asociado a la inteligencia humana.

Las principales características que cabe predicar de los programas informáticos basados en el conocimiento para su posible aplicación al campo del Derecho son: (i) claridad, deben ser capaces de llegar a conclusiones a partir de un razonamiento lógico; (ii) heurística, deben razonar partiendo de la experiencia en un campo concreto y que las conclusiones sean temporales y no definitivas, es decir, deben adaptarse a la última solución legal; y (iii) flexibilidad, deben posibilitar la modificación de las bases conceptuales de los programas, en las que se almacene todo el conocimiento que guardan.

También existen problemas a la hora de crear estos sistemas avanzados: (i) la adquisición de conocimiento; (ii) la representación del conocimiento, lo que supone la adopción de técnicas que puedan reproducir unos conocimientos determinados en la memoria del ordenador, lo que implica tanto la posible modificación de esa información, como el fácil acceso a la misma durante el proceso de resolución de conflictos; y (iii) el uso del conocimiento, es decir, que los métodos de razonamiento sean utilizados por el propio ordenador para resolver conflictos. Estos problemas deben resolverse necesariamente con la colaboración entre el

abogado o experto en una especialidad jurídica y el ingeniero o informático. Sin la intervención del experto jurídico, el ingeniero o informático por sí solos no podrán alcanzar las características que exige un auténtico sistema experto aplicable al ámbito jurídico.

Sorprendentemente, desde el estudio de Buchanan y Headrick de 1970 hasta la publicación de Susskind en el año 1986, solamente se publicaron 25 proyectos de investigación en esta materia. Ninguno de estos proyectos desembocó en la creación de un sistema experto completo que fuere útil para la práctica de la abogacía.[18] Los primeros sistemas expertos avanzados se aplicaron, sin embargo, en el campo de la química[19], la geología[20] y la medicina[21] fundamentalmente.

Podemos concluir así que, si bien en los años 80 se estaba trabajando en lograr sistemas expertos que tuviesen inteligencia, es decir, capacidad de comprensión y razonamiento lógico, sin embargo, los sistemas expertos que se crearon no tenían pensamientos ni estados cognitivos, cualidades aún muy humanas. Es así que la cuestión que nos hemos de plantear es la de si se pueden crear máquinas de alto rendimiento, que sean capaces de adquirir capacidades cognitivas, físicas o morales, cualidades todas estas que consideramos humanas.

Mucha gente parte del siguiente, a nuestro parecer erróneo, planteamiento: el consistente en entender que la única forma de desarrollar sistemas que realicen tareas a nivel de experto, o a nivel superior, es

18. Destacamos, entre otros, el programa más sofisticado creado hasta entonces por L. Thorne McCarthy: TAXMAN (posteriormente, TAXMAN I y TAXMAN II). TAX- MAN era un programa creado a partir de IA que se aplicaba en el ámbito tributario y era capaz de desarrollar un razonamiento fiscal muy rudimentario.
19. El primer sistema experto creado a partir de IA es el proyecto "DENDRAL", desarrollado en la Universidad de Stanford en el año 1965 por el profesor Edward A. Feigenbaum, con sus compañeros Joshua Lederberg y Carl Djerassi. Este sis- tema fue diseñado para examinar un análisis espectroscópico de una molécula desconocida y predecir qué estructuras moleculares pueden derivar de ese análi- sis.
20. En el campo de la geología podemos destacar el programa "PROSPECTOR", que funciona como un asistente inteligente para los geólogos, identificando yacimien- tos a partir de información geológica.
21. Quizás el campo en el que más se desarrollaron los sistemas expertos en el año 1986 es el campo de la medicina. Destacamos, a modo de ejemplo, "MYCIN" (ins- pirado en "DENDRAL"), creado por Edward H. Shortliffe, pionero del uso de la IA en la Medicina, en la Universidad de Stanford. Este programa informático podía identificar bacterias que causaban infecciones como infecciones de sangre y me- ningitis.

replicando el proceso de pensamiento de los especialistas humanos, planteamiento éste que Richard Susskind califica como "falacia de la IA".[22] Esta visión antropocéntrica de los sistemas "inteligentes" es marcadamente limitativa: induce tanto a profesionales como estudiosos, por ejemplo, a pasar de la idea de que los ordenadores no pueden "pensar", a la dudosa conclusión de que los sistemas no pueden realizar tareas a un nivel superior al de los seres humanos. Entendemos, sin embargo, que los sistemas actuales cada vez más superan a los expertos humanos, y no imitan a las personas con alto rendimiento, sino que explotan las capacidades propias de las nuevas tecnologías.[23]

En palabras del Premio Nobel Richard Feynman, en una fecha tan temprana como 1985:[24]

> "Algunas personas examinan la actividad del cerebro en acción y ven que en muchos aspectos sobrepasa a los ordenadores actuales, y que en otros aspectos el ordenador nos supera. Esto inspira a la gente a diseñar máquinas que pueden hacer más cosas. Lo que suele ocurrir es que un ingeniero configura cómo funciona el cerebro, en su opinión, y después diseña una máquina que se comporta de esa manera. Esta nueva máquina de hecho puede funcionar muy bien. Pero debo advertir que eso no nos dice nada sobre cómo funciona verdaderamente el cerebro, ni tampoco es

22. SUSSKIND, Richard, y SUSSKIND, Daniel. The Future of the Professions. How the Technology will transform the work of human experts. Oxford, Ed: Oxford University Press, 2015, p. 43.
23. A modo de ejemplo, si preguntásemos a Tiger Woods que explicase cómo golpea tan lejos una pelota de golf, podría ofrecernos algunas ideas que pasan por su mente cuando maneja el palo. También quizás podría darnos algunas pistas. Pero le costaría, nos imaginamos, poder articular la compleja red de heurística, intui- ción e interacción mano-ojo que ha acumulado y que contribuye a su supremacía como jugador de golf. Gran parte de esto será inconsciente, aprendido mediante la práctica y el uso repetidos, y tan profundamente integrado que ni tan siquiera Tiger será consciente de ello. No obstante, nada de estos nos impide construir un brazo mecánico para hacer el giro adecuado y golpear la pelota más lejos y de forma más recta que Tiger; esto conllevaría solucionar el mismo problema, pero de forma distinta.
24. FEYNMAN, Richard Phillips. "Las máquinas computacionales del futuro", en Conferencias del memorial Nishina, no 110, año 2010. Citado por SUSSKIND, Richard, y SUSSKIND, Daniel. The Future of the Professions. How the Technology will trans- form the work of human experts. Oxford, Ed: Oxford University Press, 2015, p. 268.

necesario saber eso para fabricar una computadora con mucha capacidad. No es necesario entender la forma en que los pájaros agitan sus alas, y cómo están diseñadas las plumas, para fabricar una máquina voladora. No es necesario entender el sistema de palanca de las patas de un guepardo, un animal que corre a gran velocidad, para fabricar un automóvil con ruedas que circule rápidamente. **Por tanto, no es necesario imitar el comportamiento de la naturaleza en detalle para diseñar un dispositivo que pueda, en muchos aspectos, superar las capacidades de la naturaleza.**"

En definitiva, consideramos que para crear máquinas que superen a los seres humanos no es necesario que éstas adquieran las mismas capacidades o habilidades que un ser humano. Una máquina operará de una manera diferente a un ser humano, obviamente. El algoritmo que le sirve de base se configurará de tal manera que pueda hacer lo mismo que un ser humano, pero lo cierto es que todavía no existen máquinas que piensen o tengan sentimientos, aunque sí existan máquinas que pueden sustituir a los profesionales en el desempeño de ciertas tareas.

2.2. Actualidad: segunda oleada de IA. Sistemas computaciones existentes y límites actuales

Como hemos adelantado, el invierno de la IA ha sido largo. Desde los años 80 apenas se avanzó hasta la consecución de una IA Fuerte, y no se crearon sistemas expertos basados en la inteligencia aplicables a la profesión jurídica. Ahora bien, en los últimos años la IA vuelve a estar en auge, habiendo aparecido tecnologías que han facilitado el alcance de las aspiraciones originales de los primeros científicos de IA. Lo cierto es que se puede decir que estamos asistiendo a una auténtica revolución industrial, que apunta a una segunda oleada de IA.

Efectivamente, estamos inmersos en un proceso dominado por la industria 4.0 –o cuarta revolución industrial– que viene de la mano de la aplicación y el uso en la industria de la IA y de la robótica en todas sus posibles variantes. Después de una etapa de industrialización mecánica propiciada por el descubrimiento y aplicación de la máquina de vapor (industria 1.0), la electrificación (industria 2.0) y la automatización/digitalización (industria 3.0), nos encontramos ante una ulterior fase de la evolución industrial consistente en la integración técnica de sistemas ciber-físicos y de IA en la producción y logística, así como en el uso de *Big Data*, *Cloud Computing* y del "internet de las cosas".[25]

En esta nueva fase asistiremos a un cambio fundamental en las relaciones entre trabajadores y máquinas, también en la práctica y ejercicio de la abogacía. Este cambio supone que las máquinas son herramientas que pueden aumentar la productividad de los trabajadores y pueden realizar tareas que hasta ahora sólo podía llevar a cabo un ser humano. Es más, las máquinas mismas se están convirtiendo en trabajadores, y la línea que separa el trabajo del capital se está difuminando como nunca había sucedido antes.[26] Estamos ante un verdadero cambio de

25. NAVAS NAVARRO, Susana, et al. Inteligencia Artificial. Tecnología y Derecho. Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2017, p. 126.
26. FORD, Martin. El auge de los robots. Barcelona: Ed. Paidós, 2016, p.13.

paradigma: el Derecho hace frente a una sociedad en la que las nuevas tecnologías son su vehículo principal de actuación.

Los académicos de los años 70 y 80 iniciaron una suerte de despegue de la IA en la abogacía y sentaron las bases del desarrollo que ha permitido pasar a la denominada segunda oleada de IA. Habiéndose superado la IA Débil, que únicamente consistía en facilitar una labor de búsqueda de jurisprudencia o documentos a través de palabras clave, y alcanzándose un estadio en el que se crean sistemas expertos capaces de entender e interpretar los datos que se les aportan, contamos en la actualidad con dos modelos computacionales aplicados al razonamiento jurídico[27] (modelos que son, en definitiva, tributarios del diseño avanzado por Susskind).

Por un lado, i) los sistemas expertos basados en la lógica formal mediante el suministro de una serie de reglas (algoritmos); y, por otro, ii) los sistemas expertos de extracción de información conceptual y el *Cognitive Computing* (simulación de procesos de pensamiento humano en un modelo computerizado). Los primeros son sistemas automáticos de extracción de información legal relevante sobre la base de asociar conceptos presentes en un texto o documento con los conceptos necesarios para resolver el problema jurídico planteado (*Expert Systems*). El segundo, consiste en la colaboración entre el algoritmo y el humano, de manera que no solo selecciona la información, la ordena, la resume en la forma más conveniente para el humano, sino que, además, explora e interactúa con los datos de maneras no previstas, aportando soluciones creativas al problema jurídico que se le presenta (*Intelligent Knowledge-Based Systems*).

Es destacable identificar la fuente de la que se extrae el conocimiento pues, en el primer caso, lo aporta el humano mediante reglas en código informático construidas por los ingenieros; y en el segundo caso, el conocimiento lo extrae el propio sistema del cuerpo de textos legales, jurisprudenciales y otros documentos proporcionando, con posterioridad, una solución que explica y argumenta jurídicamente uno o varios

27. ASHLEY, Kevin D. Artificial Intelligence and Legal Analytics. New Tools for Law Practice in the Digital Age. Cambridge: Ed. Cambridge University Press, 2017, pp. 12-13.

casos y, además, hace predicciones. Esto supone que los propios programas se retroalimentan, y pueden aprender de sí mismos, lo que se proyecta en la práctica de la abogacía de manera directa: los propios programas pueden tener experiencias y aprender de sus propios errores, tal como lo haría un ser humano.

Los programas inteligentes actuales (*Intelligent Knowledge-Based Systems*) cuentan con las siguientes habilidades, que pueden ser asimiladas a la inteligencia humana: *machine learning*, o aprendizaje automático; *machine vision*, que proporciona inspección automática basada en imágenes y análisis para aplicaciones; y *natural language processing*, que tiene como objetivo la creación de mecanismos eficaces, para la comunicación entre personas y máquinas.[28]

Quizás sea el sector de los servicios jurídicos el más retrasado en la implantación de las innovaciones tecnológicas antes apuntadas. Hasta ahora, cuando pensábamos en un abogado, imaginábamos una persona en un despacho con multitud de papeles, imaginábamos un trabajo puramente técnico, que ahora ha pasado a ser una mezcla de elementos comerciales, técnicos y empresariales. Nos introducimos en un nuevo ámbito, para muchos desconocido, y ciertamente lejano.

El retraso señalado puede deberse fundamentalmente a que los especialistas en la materia entienden que el riesgo de que los miembros de la profesión jurídica puedan ser reemplazados por un software inteligente o una máquina se sitúa entre solo el 3% y el 5%[29], quedando, por tanto, muy lejos la sustitución de los trabajadores cualificados en estas materias. Ahora bien, en otros ámbitos como en el de los paralegales el riesgo es del 94%, o en el de la judicatura que asciende al 40%.

En este sentido, apunta MATEO BORGE[30] que las razones de estas diferencias en los porcentajes que cifran el riesgo de sustitución son claras: por un lado, i) la especial relación con el cliente que desarrolla el abogado, sobre la base de elementos subjetivos no sustituibles en ningún

28. NAVAS NAVARRO, Susana, et al. Inteligencia Artificial. Tecnología y Derecho. Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2017, pp. 130-131.
29. HALL, Rachel. "Ready for robot lawyers? How students can prepare for the fu- ture of Law". The guardian, 31 de julio de 2017. Página web visitada el 14 de enero de 2018.
30. NAVAS NAVARRO, Susana, et al. Inteligencia Artificial. Tecnología y Derecho. Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2017, p. 129.

caso por hardware o algoritmos (confianza, empatía, buen trato, sensibilidad); por otro lado, ii) por la incapacidad que padecen, por el momento al menos, los algoritmos y las máquinas para desenvolverse en aquellas áreas y actividades que requieren inteligencia emocional y juicio humano, entre otras posibles habilidades (negociación y mediación); asimismo, iii) por la imposibilidad del robot o la máquina de atender o valorar y afrontar cuestiones morales; y, finalmente, v) por la necesaria creatividad que debe estar presente en el trabajo de un técnico jurídico, o cuando deban introducirse novedades en el redactado de un concreto clausulado contractual.

De todo lo expuesto, queda en el aire, pendiente de respuesta, un retador interrogante, como lo es preguntarse si las máquinas y los sistemas pueden realizar tareas que, para los seres humanos, requieren capacidades cognitivas, afectivas, manuales y morales, aun cuando tales máquinas y sistemas las llevaran a cabo mediante procedimientos o mecanismos distintos de los propiamente humanos. Así las cosas, cabe preguntarse si máquinas y sistemas pueden llegar a ser capaces de tratar con un cliente mejor que un humano. La respuesta, obviamente, no es clara.

IA y capacidad cognitiva. Una de las principales críticas que se vierten se centra en las capacidades cognitivas: «una máquina no tiene la intuición de un abogado, no puede resolver asuntos complejos jurídicamente, no tiene la empatía de un abogado», puede pensar el lector crítico. La mayoría de los abogados se siente cómoda con la afirmación de que las máquinas sólo llevarán a cabo los trabajos más rutinarios. Sin embargo, los profesionales, inconscientemente o no, tienden a exagerar el número de ocasiones en los que de verdad se necesita un conocimiento profundo. Invitamos, por ello, al lector abogado a pensar en los últimos asuntos que haya llevado en su despacho: apostamos que solamente algunos de ellos requirieron un análisis profundo complejo. Y, aun así, incluso ciertas tareas complejas podrán convertirse en rutinarias.

IA y habilidades sociales. Lo mismo sucede con la empatía y las habilidades sociales. La empatía es una habilidad puramente humana

que debe valorarse, pero lo cierto es que muchos abogados carecen de empatía, y no deberíamos exigir a nuestros sistemas más de lo que obtenemos de nuestros expertos:[31] los sistemas pueden llegar a ser más precisos que las personas en la valoración del estado de ánimo de éstas y en la respuesta que deba darse por ello. Admitamos que las máquinas podrían llegar a ser superiores en la simulación de empatía que las personas poco sinceras. E incluso que pudiesen generar estados de ánimo emocionales en sus usuarios preferibles a los de los seres humanos sinceros.

IA y creatividad. Cabe preguntarse si las máquinas pueden incluso desarrollar creatividad. Si hay un mito sobre la tecnología de la información que debe ser erradicado es la creencia de que los ordenadores pueden hacer solamente aquello para lo que están específicamente programados.[32] En algunos casos, los ordenadores han empezado a invadir espacios que casi todo el mundo asume que son de competencia exclusiva de la mente humana: las máquinas han empezado a demostrar curiosidad y creatividad.[33]

En este sentido, la gran mayoría tendemos a asociar el concepto de creatividad exclusivamente al cerebro humano, pero vale la pena recordar que el cerebro en sí mismo, con mucha diferencia, es el artefacto más sofisticado que existe, y que ello es producto de la evolución. Por ello, no es sorprendente que, en los intentos para construir máquinas

31. En la película de 2004, Yo, robot, el protagonista, Will Smith, le pregunta a un robot: "¿Puede un robot escribir una sinfonía o convertir un lienzo en una hermosa obra de arte?", y el robot responde, "¿Lo puedes hacer tú?". Lo que sugiere es que la gran mayoría de la gente no puede hacer ninguna de las dos cosas. En el mundo real del año 2018, sin embargo, la pregunta hecha por Smith, provocaría que el robot diera una respuesta más contundente: "sí".
32. FORD, Martin. El auge de los robots. Barcelona: Ed. Paidós, 2016, p. 105 y ss.
33. A modo de ejemplo, en 2009, Hod Lipson, director del Laboratorio de Máquinas Creativas de la Universidad de Cornell, y su estudiante de doctorado, Michael Schmidt, construyeron un sistema que ha demostrado ser capaz de descubrir de forma independiente leyes fundamentales de la naturaleza. El programa que rea- lizaron tras sus experimentos se llama "Eureqa". SCHMIDT, Michael y LIPSON, Hold. "Destilando las Leyes naturales de forma libre a partir de datos experimen- tales", Science, no 324, 3 de abril de 2009.

creativas, se incorporen técnicas de programación genética, la cual permite a los algoritmos informáticos diseñarse por sí mismos a través del proceso darwiniano conocido como selección natural.[34] Las instrucciones de los programas se generan inicialmente al azar, y luego se mezclan varias veces utilizando técnicas que simulan la reproducción sexual. De vez en cuando, una mutación aleatoria es lanzada para ayudar a impulsar el proceso en direcciones totalmente nuevas. A medida que evolucionan los nuevos algoritmos, se someten a una prueba de aptitud que los lleva a la supervivencia o, mucho más frecuentemente, a su desaparición.[35]

Lo anterior evidencia que los algoritmos no actúan por ideas preconcebidas, por lo que la creatividad no tiene por qué ser una aptitud que los ordenadores no sean capaces de conseguir. Deberá por ello admitirse que las máquinas sí pueden tener creatividad. Y ello, por ejemplo, en el caso de que un ordenador fuera capaz de generar una obra de arte, ya que la creatividad genuinamente artística (quizás más que cualquier otra actividad intelectual) es una aptitud que asociamos exclusivamente a la mente humana.

Existen manifestaciones claras de que los ordenadores sí pueden emplear la creatividad. En julio de 2012, la orquesta sinfónica de Londres interpretó una pieza llamada "Tránsitos-Hacia el abismo", obra compuesta por el software *IAMUS*[36], diseñado por investigadores de la Universidad de Málaga en España. No sólo la música es la manifestación artística creada por los ordenadores. Simon Colton, un profesor de informática creativa de la Universidad de Londres, construyó un programa de IA llamado "*The Painting Fool*", del que espera que algún día sea reconocido como artista.[37]

34. Página web de John Koza, **http://www.genetic-programming.com**. Recomiendo al lector la navegación en esta página web, trata sobre la programación genética y los estudios que se han realizado en este campo, resulta muy interesante. La programación genética logra que, a partir de una serie de instrucciones del usua- rio, el programa en cuestión dé soluciones a un problema de manera autónoma.
35. FORD, Martin. El auge de los robots. Barcelona: Ed. Paidós, 2016, p. 107 y ss.
36. SMITH, Sylvia. "Iamus: Is this the 21st century's answer to Mozart?". BBC News, 3 de enero de 2013. Página web visitada el 24 de febrero de 2018.
37. KAPPALA RAMSAMY, Gemma. "Robot painter draws on abstract thoughts". The Guardian, 1 de abril de 2012. Página web visitada el 24 de febrero de 2018.

En definitiva, si los ordenadores pueden componer obras musicales y diseñar componentes electrónicos, entonces es probable que muy pronto sean capaces de formular nuevos mecanismos jurídicos o encuentren una manera distinta de aproximarse a problemas administrativos.

2.3. Herramientas existentes en la práctica de la abogacía

Para acometer una reflexión acerca del impacto que pueda tener la IA en el mundo del Derecho, y valorar así si los límites expuestos hasta el momento pueden llegar o no a ser superados por la tecnología, hemos de analizar antes las herramientas existentes al día de hoy en este ámbito, que puedan llevar cabo tareas que antes sólo podía realizar un ser humano.

Instrumentos predictivos de resoluciones judiciales. En este caso, se trata de utilizar algoritmos inteligentes con el objetivo de analizar los patrones de determinadas resoluciones emitidas por un tribunal para, con el aprendizaje obtenido, ser capaces de predecir el sentido de una resolución futura con bastante precisión. A modo de ejemplo, los investigadores de la *Universitat Rovira y Virgili* desarrollaron un algoritmo capaz de predecir las decisiones de la Corte Suprema de los Estados Unidos con un acierto del 83%. Dichos trabajos se han aplicado a tribunales europeos, como es el caso del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, en los que se ha conseguido pronosticar sus sentencias con un 79% de acierto, gracias al *London University College*, en colaboración con las *Universidades de Shefflied y Pennsylvania*.[38]

Instrumentos de prevención y cumplimiento normativo. Encontramos la herramienta *Margin Matrix*, que tiene su origen en las necesidades que han experimentado las entidades financieras de EE.UU., cuando se han visto obligadas por su normativa al mantenimiento de ciertas garantías al suscribir operaciones con instrumentos financieros

38. Para un análisis más exhaustivo de los métodos empleados y las conclusiones obtenidas, vid. ALETRAS, Nikolaos, et al. "Predicting judicial decisions of the Eu- ropean Court of Human Rights: a Natural Language Processing perspective". PeerJ Computer Science, no 2, año 2016.

derivados no contratados. Lo que hace esta herramienta es recopilar las distintas exigencias regulatorias existentes para tratarlas y aplicarlas correctamente en la preparación y confección de nuevos contratos, a través de un análisis jurídico y un proceso de redacción automatizado que permite que cada entidad adapte a las nuevas normas la documentación que elabore sobre mantenimiento de garantías.

Este programa fue implementado en el año 2016 por el despacho de abogados británico *Allen & Overy* y la auditoría *Deloitte*.[39] Estimaron entonces que esta aplicación revisaría en tan sólo 12 semanas los 10.000 contratos afectados por las nuevas normas, tarea que hasta entonces requeriría 15 años de trabajo de un abogado.[40]

Instrumentos de investigación legal y de apoyo en la elaboración de estrategias procesales (*Case management*). En este campo observamos las aplicaciones *Jurimetría* de Wolters Kluwer y Google, que supone un innovador avance en analítica jurisprudencial estadística y predictiva. Estas aplicaciones tienen por objeto apoyar a los profesionales del Derecho en la elaboración de planteamientos y estrategias procesales, dotando a éstas de diferentes parámetros e indicadores de probabilidad, gracias a los cuales se podrá dar respuesta de forma fiable al abogado acerca de las posibilidades de éxito de un litigio. Por su parte, la aplicación *Premonition.ai*, en la misma línea que las anteriores, permite conocer cuál ha sido la actividad jurisdiccional de un determinado ponente de un tribunal de justicia, facilitando así al abogado la adopción de una determinada solución profesional sobre la base de la experiencia y del análisis de millones de documentos.

El mundo jurídico está inundado de centenares de miles, si no millones, de datos, aunque todo este volumen de información no está lo suficientemente estructurado que debería, por lo que este tipo de aplicaciones se muestran extraordinariamente útiles y eficaces para afrontar este estado de cosas.

39. WAKELING, David. "Allen & Overy and Deloitte tackle OTC derivatives market challenge". Allen & Overy. Página web visitada el 4 de febrero de 2018.
40. En consideración a un trabajador que trabaja 40 horas semanales, 48 semanas al año.

Resulta obligatorio, en este punto, realizar una referencia más específica al sistema *Watson* y a *ROSS,* puesto que puede calificarse sin duda como el máximo exponente hasta el momento de avance tecnológico y robótico en el sector de la abogacía. *Watson* nació como un sistema propio ideado por IBM[41], que en 2011 se hizo popular porque fue capaz de vencer a unos brillantes competidores humanos en un concurso de cultura general norteamericano llamado "*Jeopardy!*".[42] Desde ese éxito, IBM no cesó de trabajar en su perfeccionamiento, y tras adaptar este sistema al mundo de la medicina[43], ha entrado al día de hoy con fuerza en el ámbito del Derecho, donde actualmente constituye una de las herramientas más conocida y utilizada entre los grandes despachos de abogados que ha optado por implementar sistemas de IA.

A partir de *Watson*, IBM ha desarrollado *ROSS*, el primer "robotabogado" nacido en este contexto de desarrollo y aplicación al mundo del Derecho de herramientas de computación cognitiva. Actualmente, *ROSS* se aplica fundamentalmente en materias de Derecho concursal. Reconoce el lenguaje humano, responde en los mismos términos a preguntas jurídicas complejas y analiza gran cantidad de información, mostrando sintéticamente su razonamiento jurídico.

ROSS no es un buscador al uso que ofrezca un listado de posibles soluciones, sino que da resultados específicos y concretos sobre las distintas cuestiones que se le plantean. El sistema formula posibles hipótesis que responden a una pregunta concreta, y las documenta analizando todo el cuerpo de legislación existente sobre el tema. Finalmente,

41. A modo de curiosidad, en otoño de 2004, Charles Lickel, ejecutivo de IBM, cenaba con un pequeño equipo de investigadores en un restaurante cerca de Poughkeepsie, Nueva York, y se llevó una sorpresa al ver que a las siete en punto de la tarde los clientes del restaurante se levantaban de sus mesas para mirar el televisor que había en el bar. Sucedía que Kenn Jennings, ganador en más de 50 programas seguidos del concurso "Jeopardy!", había vuelto para tratar de ampliar su record. Según varios testigos, aquel incidente marcó la génesis de la idea de construir un equipo informático capaz de ganar a los mejores campeones de "Jeo- pardy!". La anécdota se narra en KELLY III, John E. Smart machines: IBM s Watson and the Era of Cognitive Computing. Nueva York, Ed: Columbia University Press, 2013, p. 27.
42. MARKOFF, John. "Computer wins on "Jeopardy!": Trivial, It´s not". The New York Times, 16 de febrero de 2011. Página web visitada el 27 de enero de 2018.
43. En 2013, Watson estaba ayudando a diagnosticar problemas médicos y a per- feccionar los tratamientos de pacientes de los principales centros médicos.

ofrece la respuesta, de entre las posibles, que considera más acertada con arreglo a la norma vigente. Rastrea en tiempo real los resultados de nuevas sentencias y resoluciones que han sentado jurisprudencia y los incorpora a su documentación legal para que puedan ser examinadas para futuras referencias. De este modo, mediante esta búsqueda y análisis dinámicos, cuando los nuevos datos o la nueva doctrina afectan a un proceso en curso, ROSS avisa a los abogados encargados del asunto para que, en su caso, adapten la estrategia en consonancia a las nuevas circunstancias.[44]

Ahora bien, el objetivo de *ROSS* no es sustituir al abogado, sino el de ser un complemento imprescindible para la adopción de decisiones sobre procesos o situaciones donde se presentan múltiples opciones y posibilidades. El despacho de abogados norteamericano *Baker & Hostetler* contrató a mediados del año 2017 a este peculiar *abogado,*[45] reduciéndose por ello la experiencia de su uso a tan solo unos meses. Actualmente, *ROSS* trabaja en el departamento de gestión de quiebras del citado despacho junto con 50 abogados de carne y hueso. No obstante, aún no sabemos hasta dónde será capaz de llegar ni conocemos experiencias concretas.

Instrumentos de *machine vision* y de revisión documental. Se trata en estos casos de robots de automatización de procesos, diseñados para automatizar tareas manuales que puedan suponer un volumen alto de trabajo y un alto riesgo de errores potenciales, con el objetivo de librar al abogado de tales tareas y permitirle dedicarse en su lugar a otras actividades de mayor enjundia. A modo de ejemplo, existe en este campo la plataforma *LawGeex*[46] dedicada a la revisión automática de contratos, que propugna un ahorro del 80% del tiempo que normalmente se debe dedicar a revisar y aprobar este tipo de documentos, así como una reducción del 90% en los costes típicos de los abogados que hasta ahora

44. TURNER, Karen. "Meet ROSS, the new hired legal robot". The Washington Post, 16 de junio de 2016. Página web visitada el 24 de febrero de 2018.
45. CHOWHDRY, Amit. "Law Firm Baker & Hostetler Hires A 'Digital Attorney' Named ROSS", Forbes, 17 de mayo de 2017. Página web visitada el 21 de enero de 2018.
46. KOHN, Alice. "An AI Law Firm wants to automate the entire legal world", Futur- ism, 30 de enero de 2017. Página web visitada el 21 de enero de 2018.

llevaban estas tareas. Este instrumento permite en un corto periodo de tiempo, alrededor de una hora, completar un informe que recoja todas las cláusulas contractuales que no cumplan con los requisitos legales mínimos exigidos en un caso concreto. Además, informa de la existencia de determinadas cláusulas que pudieran ser consideradas importantes y que sin embargo no hayan sido recogidas en el documento, o de aquellas cláusulas dudosas que requerirían una revisión más profunda. Este tipo de programas son ideales para elaborar una *Due Diligence*, incluso para la redacción de contratos.

Instrumentos de redacción de documentos legales. En este ámbito, para hacer frente al coste que supone la contratación de un abogado para la prestación de sus servicios, y para servir de ayuda a los propios abogados, se lanzó en EE.UU. el programa *Rocket Lawyer*, que ha llegado a España en abril del año 2017. La plataforma permite crear documentos legales, así como recibir asesoramiento legal en línea a un coste mucho más reducido. El programa permite realizar otros documentos como convocatorias de Juntas Generales, cartas de despido, entre otros muchos documentos legales.

Instrumentos automatizados de resolución de conflictos. Existen numerosos programas que permiten resolver los conflictos sin intervención humana. Por ejemplo, el sistema denominado MODRIA, que nació como un mecanismo on-line de resolución de conflictos y se aplicó inicialmente en las plataformas eBay y PayPal. El sistema se pone en marcha mediante la formulación de una queja en un formulario-tipo que se introduce en el portal del sistema, dando lugar a la emisión de la correspondiente propuesta de resolución. MODRIA presume de tener el proceso automatizado en un 90%, sin requerir la intervención humana. Este programa facilita el acceso a la justicia, y permite a los usuarios liderar por ellos mismos el proceso dirigido a dirimir los conflictos y controversias.

Instrumentos inteligentes de reconocimiento de voz. Por último, debe hacerse referencia al desarrollo de sistemas de reconocimiento de

voz inteligente en numerosos despachos de abogados. Ejemplo de ello lo encontramos en la aplicación DigaLaw, que ha elaborado un sistema de reconocimiento de voz, del que cabe predicar importantes ventajas, no sólo para el abogado individual que utiliza el sistema (aumento de concentración, mayor rapidez en la elaboración de textos), sino para el despacho en el que se integra en su conjunto.

A partir de lo expuesto hasta el momento, a modo de resumen, cabe precisar que la proyección aplicativa actual de la IA al mundo del Derecho se da en estos ámbitos, tareas, funciones y actividades: i) programas de revisión contractual, haciendo posible automatizar la revisión de contratos, eliminando el error humano y garantizando la máxima precisión en los resultados; ii) tecnología predictiva, mediante un software de IA capaz de predecir el resultado de un pleito; iii) análisis legal, mediante programas de los que los abogados pueden servirse para analizar jurisprudencia, casos anteriores, estadísticas de estimación y desestimación de demandas, argumentos recurrentes en un asunto determinado; y iv) automatización en la creación de documentos legales. A ello deben añadirse los instrumentos que automatizan el propio proceso de resolución de conflictos, con lo que se pueden resolver controversias jurídicas *on line*, instrumentos que hoy en día se emplean en un ámbito limitado a consumidores y usuarios.

A la luz de las anteriores herramientas expuestas hemos de preguntarnos, en definitiva, qué tareas predecimos que en el mundo jurídico podrán ser realizadas por máquinas y sistemas, y qué tareas, al menos en los próximos años, deberán ser desempeñadas preferentemente por seres humanos. Observamos que determinados aspectos de las tareas de un abogado son más vulnerables que otros a la automatización. Mientras que los algoritmos son efectivos y útiles para el procesamiento del tremendo volumen de información al que estamos expuestos, observamos que son aún muy débiles en áreas que requieren inteligencia emocional y juicio humano. Los abogados prestan asesoramiento teniendo en cuenta multitud de componentes complejos, y esto es muy difícil de programar.

Áreas del Derecho mercantil como la revisión de contratos o auditorías de empresas; o áreas de litigación, cuando se esté ante una estricta función de apoyo en la estrategia procesal, ya sea en la jurisdicción civil, penal, contencioso-administrativa o social; o incluso áreas del Derecho fiscal de liquidación de impuestos, son las áreas jurídicas más propensas a ser ejercidas por algoritmos. Son estas áreas las que se beneficiarán de las superiores capacidades de procesamiento de información de las máquinas y sistemas. También se apunta a la automatización del proceso judicial en sí mismo. Cuando la resolución de conflictos vía internet se generalice, ¿significa esto que la intervención del juez ya no será necesaria? Resulta muy difícil de imaginar, pero lo cierto es que en el ámbito de los consumidores y usuarios ya estamos ante ese escenario.

En contraposición a lo anterior, lo cierto es que los humanos probablemente siempre serán mejores negociando contratos, realizando labores de mediación y arbitraje, diseñando una planificación tributaria o fiscal para un particular o persona jurídica, interviniendo en el asesoramiento de cuestiones de Derecho de familia, en las que el factor humano es esencial para llegar a una solución. También serán manifiestamente mejores en cuestiones éticas y deontológicas. Asimismo, el complejo, desde un punto de vista jurídico, procedimiento administrativo, resulta aún muy difícil de automatizar. Y qué decir del procedimiento penal, en el que la valoración de la prueba, en muchos casos, requiere de un análisis de los testigos, documentos, o pruebas periciales, que parece imposible de reducir a una serie de reglas estáticas e inamovibles. Los sistemas son aún muy rígidos, y en el mundo jurídico la susceptibilidad de adaptación a los cambios es esencial.

Hasta ahora, hemos analizado la IA desde una perspectiva histórica, y nos hemos centrado más tarde en la aplicación concreta que a lo largo de la historia ha desenvuelto aquélla en la práctica de la abogacía. Hemos conocido las principales herramientas que existen en este ámbito profesional y que ya se están empleando en muchos despachos de abogados. Y efectivamente, hemos llegado a la conclusión de que la IA es un hito que va a cambiar nuestras vidas. En palabras de Andrew Ng:[47] «Es la mayor revolución desde la introducción de la electricidad hace 100 años. No veo ningún sector que no vaya a transformar a medio plazo».

Con ser inexorable la entrada de la IA en el mundo de la abogacía, sin embargo, hasta ahora no se ha realizado ningún estudio sobre el impacto que haya de tener la IA en el Derecho desde un punto de vista teleológico, esto es, mediante el examen de los fines que persigue, al objeto de afrontar los límites, materiales y jurídicos, que haya de tener esta nueva tecnología en su proyección sobre la actividad profesional del abogado. De igual modo, parece oportuno ese análisis desde una perspectiva sociológica, por la incidencia que la IA pueda tener desde el despacho de abogados hacia el exterior. Como abogados y juristas, hemos de preguntarnos cómo queremos afrontar la implantación de la IA en nuestra profesión y con ello también cómo podemos adecuarla y mejorarla para las exigencias que dicha profesión conlleva.

La revolución de la IA que estamos a punto de experimentar, si no lo estamos haciendo ya, puede devenir en lo mejor que le suceda a un abogado, pero también en lo peor. Simplemente no lo sabemos. No obstante, haciendo nuestras las palabras de Peter Drucker, abogado y tratadista austriaco, para quien "la mejor manera de predecir el futuro es crearlo", parece lo correcto interrogarnos con plena libertad acerca de la IA, acerca de su razón de ser, sus fines, sus posibilidades, riesgos y limitaciones de toda índole. Se advertirá que las respuestas son de alguna manera como cortinas que se entreabren para permitir esbozar una

47. Andrew Ng es un profesor del departamento de Ciencias de la Computación y del departamento de Ingeniería Electrónica de la Universidad de Stanford, y es, asimismo, director del laboratorio de IA en Stanford. Es también el fundador de Coursera, la plataforma de educación en línea, junto con Daphne Koller.

mirada aún inocente sobre lo que está al otro lado, aún desconocido, y que no es sino la futura abogacía.

03 Análisis de las ventajas y desventajas de la aplicación de la Inteligencia Artificial al Derecho

3.1. ¿Qué finalidades perseguimos con la aplicación de la Inteligencia Artificial al Derecho?

Desde un punto de vista teleológico pueden identificarse dos objetivos o finalidades nucleares que sin duda debe perseguir la IA en su proyección sobre el mundo profesional de la abogacía y el Derecho en general. No deja de ser éste, sin embargo, un debate abierto, de modo que con toda legitimidad cabría defender que la IA debería perseguir solo uno de los dos objetivos, que en todo caso cabe ahora mencionar. Por un lado, estimamos que la IA debe perseguir la eficiencia profesional, para conseguir el ahorro en tiempo y costes, tratándose por ello de un instrumento dirigido a reforzar exponencialmente la eficacia y la mejor gestión en la práctica de la profesión. En segundo lugar, en consideración al grado de los avances que va experimentando la IA, es incontestable que ésta puede, y por ello debe, perseguir y alcanzar la excelencia jurídica, y por qué no, una mejor Justicia, ahondando en los componentes de predictibilidad y certidumbre que debe reunir.

IA y eficiencia profesional. Tenemos claro que el abogado ha de hacer frente a numerosas tareas repetitivas o rutinarias, que bien podría llevar a cabo una máquina. Estamos todos de acuerdo en que la IA soluciona un problema de tiempo y coste: las máquinas pueden realizar en minutos lo que un ser humano tardaría semanas, quizás meses. En términos de productividad y eficiencia, lo cierto es que la IA permite hacer el mismo trabajo de una manera mucho más eficiente, ahorrándonos lo más preciado que tenemos los abogados: el tiempo, y todo ello, además, bajo el prisma del orden. Esto último, el orden, resulta absolutamente necesario en la época actual, en la que recibimos una cantidad inabarcable de información (tanto jurídica como de otro tipo), y la sistematización de toda esta información es facilitada por la tecnología disponible hoy en día.

En este sentido, la IA aplicada al ámbito jurídico es fundamental en el mundo actual, tanto en un despacho de abogados grande como en uno pequeño, en la medida en que permite al abogado dedicar más tiempo a las tareas estrictamente jurídicas, o a aquellas otras tareas que requieren inexorablemente la intervención de un ser humano. Ahora bien, no debemos olvidar que los robots siguen padeciendo aún relevantes carencias: no pueden aun relacionarse con los clientes, no poseen inteligencia emocional o no saben hacer frente a cuestiones morales o éticas, aspectos éstos que, como hemos apuntado más arriba, han ralentizado la implantación de la IA en el mundo jurídico.

Ahora bien, consideramos superada, por sobradamente alcanzada y asumida, la primera finalidad de la IA: es incuestionable que la IA supone un importante ahorro de tiempo y costes, en beneficio de la actividad profesional del abogado. Esto conlleva la consideración de la IA como complemento necesario de la profesión de abogado: le ayuda a buscar jurisprudencia, realizar análisis predictivos de las resoluciones de determinados juzgados, le ayuda incluso a redactar documentos legales. En este contexto, si bien la dirección de todo asunto siempre habrá de descansar en un ser humano, quien liderará en definitiva el proceso, la ayuda de la máquina representa una ventaja considerable.

Efectivamente han pasado ya los tiempos de los copistas y escribientes de la época de Melville.[48] Si bien la literatura ha inmortalizado el viejo oficio de copista, amanuense o escribiente en la figura de Bartleby, lo cierto es que las sucesivas innovaciones tecnológicas producidas en las últimas décadas del siglo XX han acabado con este viejo oficio: ahora, las simples fotocopiadoras lo reemplazan. Esto ha sido inevitable, como inevitable será aceptar los cambios que traiga la IA.

Nadie duda, en este sentido, de que las máquinas contribuyen y contribuirán a mejorar la productividad de los despachos de abogados, y de la economía en general, impulsando con ello el crecimiento económico. Ahora bien, la otra cara de la moneda tiene su reflejo en el riesgo (que en muchos casos ya se ha materializado) de la destrucción de cientos de miles de empleos. En un modelo económico transformado en un juego de suma cero, habrá países y empresas que ganen a costa del resto. Hemos apuntado anteriormente que el riesgo de que los abogados sean sustituidos por robots es sólo del 4%; sin embargo, existen ya muchas tareas en las que no es precisa la intervención humana. En este sentido, la profesión de la abogacía, sin ser sustituida por "algoritmos", sí que se ve afectada desde sus cimientos.

IA y excelencia jurídica. Dejando a un lado la productividad económica, hablemos en términos profesionales. Al igual que los médicos trabajan por la salud de la población, haciendo frente a enfermedades que existen e investigando por aquéllas no tan definidas, al igual que los profesores buscan la formación y educación excelente para sus alumnos, los abogados buscamos la excelencia jurídica. Si buscamos la perfección jurídica que nos lleve a una cierta idea de Justicia, podemos preguntarnos si es la IA un buen vehículo para ello, si puede la IA permitir alcanzar la excelencia jurídica a la que aspira el abogado. En directa vinculación con esta cuestión, hemos de valorar, no en términos

48. Wall Street, 1856. Un abogado trabaja con dos copistas: Turkey y Nippers, y el chico de los recados: Ginger Nut, de manera tranquila y rutinaria, cuando el in- cremento de trabajo le obliga a buscar ayuda adicional. En respuesta a su demanda, aparece una mañana un joven inquietante de figura pálidamente pulcra, es Bartleby. MELVILLE, Herman. Bartleby, el escribiente.

filosóficos, sino en términos eminentemente prácticos, si la IA que llegue a sustituir al abogado pudiera incluso dar un mejor trato al cliente y solventar los problemas mejor que un ser humano.

3.2. ¿Cuáles son los límites y consecuencias de la aplicación de la Inteligencia Artificial al Derecho?

Aunque la IA pueda verse como un fenómeno etéreo, lo cierto es que estamos creando máquinas capaces de superar a los propios humanos, lo que sin duda puede constituir una seria amenaza. El debate entre políticos, tecnólogos, especialistas en tecnología de la información aplicada al Derecho y empleados de toda clase se centra en el profundo impacto que la IA ha de tener en nuestro trabajo y en la sociedad en su conjunto. En este punto, hemos de valorar cuáles son las consecuencias que se derivan de la automatización, ya parcial, ya total, de la práctica profesional de la abogacía, para así poder valorar, en consecuencia, cuáles hayan de ser los límites a los que deba sujetarse la plena implementación de esta tecnología en el mundo jurídico.

Con indudable alarmismo, el profesor Stephen Hawking declaró que el ascenso de la IA representa una amenaza existencial, y que podría significar el fin de la raza humana. No obstante, desde la óptica del mundo jurídico, los distintos agentes de las profesiones jurídicas tenemos el poder de evitar este futuro distópico, pues sí parece razonable creer en un futuro en el que las máquinas puedan servir de complemento al abogado, sin sustituirlo.

Eficiencia profesional

Abordemos el análisis de los límites y consecuencias de la aplicación de la IA al Derecho desde el prisma de las diferentes finalidades que persigue la IA en el mundo jurídico, ya sea una finalidad de eficiencia profesional (ahorro de tiempo y coste en la práctica), ya sea una finalidad de búsqueda de la excelencia jurídica.

IA y jóvenes abogados. En primer lugar, se hace necesario abordar el problema que la IA representa para los abogados jóvenes y para su carrera profesional. Consideremos la tradicional estructura de los despachos de abogados, ya sean grandes o pequeños. Los bufetes, quizás los de mayor volumen con mayor intensidad, se valen de ejércitos de abogados *junior* que, iniciándose en la profesión, realizan de manera habitual todas esas tareas que podemos calificar como rutinarias y repetitivas. Así las cosas, debemos preguntarnos si el ahorro de tiempo y la eficiencia que la IA nos ofrece no será a costa de dichos jóvenes profesionales. Ante esta evidencia, nos pueden surgir numerosas preguntas: ¿Qué tareas podrán desempeñar los jóvenes abogados? ¿Cómo se formarán estos jóvenes profesionales? ¿Cuál será su carrera profesional, si la base de la misma ahora puede ser ocupada por máquinas? En definitiva, no cabe duda de que la entrada de la IA en los despachos de abogados va a afectar, de manera sustancial, a la estructura tradicional de los bufetes.

Gran parte del trabajo rutinario y repetitivo de los actuales aspirantes a profesionales y jóvenes profesionales, como hemos visto, se realizará mediante procedimientos nuevos, casi todos ellos informatizados y automatizados, en los cuales poca o ninguna intervención podrán tener. Se hace por ello necesario ser conscientes de que de este modo se estará privando a los jóvenes, -en definitiva, el futuro de la profesión jurídica- el trabajo con el que se deberían foguear y arrancar en su formación. Ante este escenario, es necesario reconsiderar y recomponer el arranque, lo primeros pasos y el ulterior itinerario profesional de los jóvenes profesionales ante el advenimiento de la IA en los despachos. Lo que es indudable es que nos enfrentamos ante un problema muy serio que presenta caracteres de conflicto intergeneracional.

También es cierto que un ponderado análisis del problema, afrontando el estado de cosas actualmente existente y el venidero con la IA, puede conducir a ver en los nuevos tiempos una verdadera oportunidad para sustituir las tareas rutinarias de las que actualmente se encargan los abogados *junior* de los despachos por otros cometidos que supongan un trabajo más creativo, enriquecedor y responsable.

Efectivamente, ante la realidad de que en un despacho de abogados son múltiples y variadas las tareas de significado jurídico que se pueden llevar a cabo, desde la más rutinaria y carente de complejidad jurídica hasta la más sofisticada en términos técnicos, y ante la evidencia de que las tareas encomendadas hoy en día a los abogados más jóvenes devienen en breve tiempo en actuaciones puramente inerciales y repetitivas, por completo ajenas a toda intencionalidad formativa, la IA puede ser una ocasión de oro para promover y favorecer el abandono de este trabajo nada enriquecedor del joven abogado y permitirle acceder a tareas de contenido estrictamente jurídico, sin duda más formativas.

IA y estructura organizativa del despacho. Los despachos de abogados se han estructurado tradicionalmente en una "pirámide" o de una manera vertical, donde en la base se cuenta con jóvenes abogados que, adentrándose en la profesión, realizan los trabajos que requieren menos complejidad por ser rutinarios y repetitivos. Subiendo hacia el vértice de la pirámide nos encontramos con abogados con más experiencia, que aspiran a alcanzar la cumbre desarrollando el trabajo que requiere algo más de complejidad: trato directo con el cliente, desarrollo de una estrategia y distribución de tareas entre los abogados más jóvenes. En la cima nos encontramos con los abogados de más experiencia, los expertos en una materia del Derecho, y quienes atraen la clientela y generan negocio. ¿Hacia dónde focaliza sus dardos la IA?

Predecimos que esta estructura cambiará con el tiempo, la jerarquía se irá difuminando a favor de una mayor igualdad entre profesionales. No hablamos en términos de autoridad, sino en términos de colaboración a un mismo nivel, lo que se conseguirá con el apoyo de las herramientas de IA. Desde esta perspectiva la IA puede ser un instrumento muy favorable, decisivo para conseguir una mayor transversalidad en la organización, inevitablemente jerárquica, de un despacho de ciertas magnitudes. Lo que sin duda es positivo.

Para hacer frente a este problema, que afecta no sólo a los abogados más jóvenes, sino a la propia política del despacho y a su forma de organizarse, sugerimos un paulatino cambio de pensamiento de los abogados actuales, sobre todo de aquellos con mayor experiencia. Si afectamos

a la base misma del despacho, puede que éste no se sostenga, y a largo plazo podría suceder que la IA conduzca a la pérdida, por innecesarios, de los abogados más jóvenes, solución que sin embargo no puede admitirse desde una resignación injustificada. Como alternativa, resultaría interesante, desde la perspectiva de un joven abogado, que éste acompañe de manera constante y diaria a los abogados con más experiencia. Si las tareas rutinarias y repetitivas las puede hacer una máquina, el joven abogado puede acompañar a los superiores en reuniones con clientes, participar del diseño de una estrategia procesal, y ayudar a realizar aquello que consideramos más complejo, como sería el análisis de soluciones y estrategias de una manera conjunta con el abogado de más experiencia.

IA y régimen de facturación. Otro problema ante el que puede enfrentarse el despacho por la IA guarda relación con el régimen de facturación, cuando éste sigue el criterio de imputación por carga horaria de trabajo. Efectivamente, el método de facturación por horas contradice la propia esencia de la IA: hacer más en menos tiempo. Recordemos que, en los años 80, el fracaso de la IA en los despachos de abogados vino motivada por el rechazo de estos últimos a un sistema que vendría a quebrar su método de facturación por horas, disminuyendo los altos honorarios que se cobraban a los clientes en función de las horas empleadas en sus asuntos. Considero que quizás este problema esté más atenuado en la actualidad, ante la variedad de métodos de facturación que emplean los bufetes hoy en día. No obstante, logremos que este rechazo no venga motivado, al menos, en el mismo sentido que en la década de los 80.

Excelencia jurídica

Pasamos ahora a la segunda finalidad que hemos apuntado de la IA: la búsqueda de la excelencia jurídica y el ejercicio profesionalmente óptimo de la abogacía, encaminado en definitiva a la mejor realización

de una cierta idea de Justicia. Este segundo objetivo, que incorpora el primer objetivo de eficiencia y ahorro, supone la plena automatización de la práctica de la abogacía y, por lo tanto, afecta a las esferas más altas de la pirámide del bufete. Cuando hablamos de incorporar capacidades cognitivas en las máquinas (capacidad de pensamiento, análisis, predicción, intuición y empatía), estamos afectando ya al valor añadido que aportan los abogados de más experiencia.

A diferencia del objetivo primero vinculado a la eficiencia y la productividad, que se proyecta sobre todo el despacho en su conjunto e incide de manera especial en las capas inferiores del mismo (abogados jóvenes), el objetivo segundo, vinculado a la excelencia jurídica, incide de manera pronunciada sobre las capas medias y altas de los despachos, es decir, aquella parte de la pirámide constituida por los abogados más veteranos y mejor formados.

IA y habilidades humanas que hacen a un abogado excelente. Desde la perspectiva del abogado, hemos de preguntarnos cuáles son las características que hacen a aquél excelente. Probablemente el lector pensará en las cualidades específicas del abogado que mejor valoración le merezcan, y si sometemos a debate esta pregunta, cada uno valorará otras cualidades diferentes. Ahora bien, la mayoría de los ciudadanos valora de modo especial como cualidad humana más destacable en un abogado, la especial relación con el cliente que ha de desarrollar el abogado, sobre la base de elementos subjetivos como la confianza, la empatía, el buen trato o la sensibilidad. Frente a este componente humano, debe destacarse la incapacidad de los algoritmos y las máquinas para desenvolverse en aquellos ámbitos que requieren inteligencia emocional y juicio humano, entre otras posibles habilidades, como en la negociación y la mediación. De igual modo, adquieren relevancia las cualidades humanas del abogado frente a la imposibilidad de que adolecen las máquinas o robots para atender o valorar cuestiones morales. Por último, se valora del abogado, como técnico jurídico, la necesaria creatividad que debe desarrollar y tener presente en el trabajo, como sería el caso de la introducción de novedades en el redactado de un concreto clausulado contractual. La adquisición de estas cualidades propias del aboga-

do por robots y máquinas constituiría el camino idóneo de la IA para alcanzar la excelencia jurídica.

Como contraposición a lo anterior, y a modo de crítica, el escepticismo sobre el papel de las máquinas es muy persuasivo cuando se expresa en términos humanos. Sin duda, las máquinas nunca pensarán, tendrán sentimientos, ni decidirán qué se debe hacer. Como hemos observado, es difícil imaginar una máquina pensando con la claridad de un juez o con la intuición de un abogado. Ahora bien, al referirse a capacidades humanas, corremos el riesgo de excluir a las máquinas antes de tener la oportunidad de abordar el problema por completo. Si se quieren entender las capacidades expuestas (por ejemplo, empatía con el cliente) como exclusiva y excluyentemente humanas, deberá igualmente entenderse que nunca podrán ser realizadas por un "no-humano". Del mismo modo si se quieren entender las tareas que conllevan las citadas capacidades (por ejemplo, el trato con el cliente) como exclusivamente humanas, del mismo modo habrá que concluirse que las máquinas no las podrán realizar. Nos encontramos, en definitiva, ante un argumento circular.

Ahora bien, como hemos expuesto más arriba, muchas de las capacidades y habilidades que hoy reputamos humanas, pueden ser realizadas por una máquina. Recordemos los programas IAMUS y The Painting Fool, que son capaces de crear una sinfonía y una obra de arte. Si las máquinas son capaces de crear arte, lo cierto es que muy pronto serán capaces de diseñar una estrategia procesal con la creatividad e intuición de un abogado, y podrán tratar con un cliente con la empatía de un abogado sincero. En este momento, la IA habrá alcanzado, o se habrá aproximado ciertamente, a la consecución del segundo objetivo aquí apuntado: la excelencia jurídica.

Sin embargo, no debemos olvidar la idea antes apuntada: no podemos exigir a los sistemas más de lo que nosotros somos capaces de hacer. Efectivamente, para alcanzar la excelencia jurídica, a la que todo abogado aspira, es necesario sumar habilidades a las que los humanos ya poseemos. Pero, ¿y si fuera posible crear máquinas superiores a los seres humanos que, sin embargo, operen de una manera diferente a un ser humano?

Consideremos que la meta es la misma (la excelencia jurídica), pero los caminos pueden ser diferentes. Como exponente del dicho según el cual "todos los caminos llevan a Roma", podemos encontrarnos ante la opción de elegir un camino constituido por capacidades y habilidades propiamente humanas, o por otro camino que aúne otras características o aptitudes diferentes. Realmente, no conocemos el desenlace, no sabemos qué concretos mecanismos puede desarrollar un robot para alcanzar la excelencia jurídica, a diferencia del grado de conocimiento absoluto que tenemos acerca de cómo llegaríamos nosotros, humanos, a dicha excelencia. Ello, no obstante, no podemos concluir apriorísticamente que, porque los robots no sean capaces de adquirir esas herramientas humanas, no vayan a poder alcanzar jamás la excelencia jurídica. Y es que quizás sí sea posible.

Proponemos descender al terreno del caso concreto para promover la reflexión del lector: preguntémonos, a modo de ejemplo, si un robot podría discernir y decidir de manera coherente, razonable y fundada, de modo análogo a como lo haría un abogado veterano y bien formado, ante un problema de propiedad, si sería lo correcto ejercitar una acción reivindicatoria o una acción meramente declarativa. El sentido de la respuesta que demos dependerá y guardará relación con la consideración que tengamos acerca de la capacidad de robots y máquinas para alcanzar la excelencia jurídica.

Este es, en fin, uno de los retos principales que debemos plantearnos ante la entrada de la IA en el mundo jurídico: ¿podrá la máquina discernir y evaluar, en un contexto fáctico y jurídico concreto, cuál es la estrategia que deba seguirse como más beneficiosa en un pleito? ¿Podrá la máquina llevar a cabo las iniciativas a las que habrá de adaptarse el abogado? ¿O es acaso ésta una habilidad y tarea exclusiva del ser humano? La respuesta es compleja. Ya hemos apuntado que el debate desde una perspectiva puramente antropocéntrica es limitativo, pero lo cierto es que, a día de hoy, estas tareas son exclusivamente humanas. A fecha actual, no cabe imaginar aún un "algoritmo" que incorpore todas las variables, razonamientos y valoraciones que emplea un ser humano para decidir y adoptar una u otra estrategia procesal. Como colofón, no podemos sino reconocer que si ni siquiera somos plenamente conscientes

de cómo funciona el cerebro humano, difícilmente podremos replicarlo de una manera plena en un sistema informático.

Consecuencias del impacto de la IA en el Derecho

Al margen de los concretos límites que se plantean en función de la finalidad que busquemos con la implantación de la IA en el mundo jurídico, advertimos una serie de consecuencias, alarmantes desde un punto de vista jurídico, que se desplegarán a medio y largo plazo.

IA y componente de imprevisibilidad propio de la abogacía. Observamos desde una perspectiva crítica que todas las herramientas que hemos expuesto anteriormente tienden a centrarse en la imprevisibilidad e incertidumbre de la abogacía. Lo cierto es que la profesión de la abogacía se caracteriza por un inevitable componente de imprevisibilidad e incertidumbre. En este sentido, nos preguntamos lo siguiente: ¿puede la IA eliminar, o al menos reducir de manera considerable, este componente? Si la respuesta es afirmativa, ¿cuáles son las consecuencias de la plena eliminación de la imprevisibilidad de la práctica de la abogacía?

Consideramos útil partir del siguiente ejemplo para poder valorar las consecuencias prácticas. Partamos de los sistemas predictivos de resoluciones judiciales y los sistemas de automatización de documentos antes expuestos. En el año 2018 existe un programa que predice la argumentación que va a llevar a cabo un concreto tribunal de un territorio determinado. Los abogados de ese territorio adquirirán el sistema de IA y lo emplearán de manera constante en el desenvolvimiento de los pleitos y asuntos que lleguen a sus despachos. En cualquiera de las jurisdicciones, en cualquier territorio, y en relación a cualquier categoría jurídica, el programa nos indicará cuál es la argumentación seguida de manera mayoritaria.

Cada abogado puede elaborar una compleja y rica argumentación jurídica en torno a un asunto determinado, tomando en consideración

la incertidumbre e imprevisibilidad del éxito de su argumentación. Ahora bien, si el programa nos dice que el tribunal ante el que vamos a pleitear no utiliza nuestra argumentación, sino que emplea otra, estimando según esta línea argumentativa distinta el 80% de las pretensiones, ¿quién no seguirá esta línea?

Todos los abogados emplearán esa argumentación para obtener una sentencia estimatoria. Obviamente, esta conducta reproducida a lo largo de los años acabará conduciendo a la eliminación de la incertidumbre, porque con el tiempo de manera natural el 100% de las sentencias mantendrán el criterio que inicialmente era del 80%.

Lo que queremos evidenciar con esta hipótesis es que, si tratamos de afrontar y resolver mediante la IA un problema de predictibilidad e incertidumbre, acabaremos con su eliminación, generando el efecto indeseado e indeseable de alcanzar e imponer la plena uniformidad. En este ejemplo vemos que, con el paso de los años, los jueces y abogados emplearán las mismas argumentaciones en sus escritos. Las sentencias serán prácticamente iguales. Estaremos perdiendo la riqueza del discurso jurídico y la especialidad del Derecho, cayendo en una tendencia uniformizadora que puede acabar eliminando los tratamientos discordantes. Se acabarán empleando criterios únicos, y el resultado trágico será el empobrecimiento intelectual del Derecho. Así de duro será.

Lo queramos o no, la propia IA acabaría cosechando el germen de su innecesariedad. Llegará un momento en que la propia IA no será necesaria por la plena uniformidad del Derecho. Paradójicamente, el triunfo de la IA en el mundo del Derecho esconde en su interior el germen de su muerte: una vez que se haya impuesto y generalizado la IA, tras muchos años desenvolviendo sus efectos uniformizadores, se producirá la paradoja de que podrá prescindirse de la misma, al menos a efectos de eludir los riesgos de la impredictibilidad, ya inexistente.

IA y profesión de base intelectual. Apuntamos en este sentido una preocupación por perder la antigua manera de hacer las cosas. En la profesión de la abogacía, los abogados hacen uso de diferentes habilidades y destrezas, que consideramos muy valiosas. Los abogados se

sienten orgullosos de dominar su oficio. Tienen una sensación de autorrealización y dignidad cuando se pone en práctica, y disfrutan de su estatus y prestigio al demostrar a otros su talento. Nuestra primera preocupación se basa en el temor a que, al pasar a un sistema de producción automatizada y estandarizada, de algún modo perdamos este oficio tradicional, de base eminentemente intelectual.

Así las cosas, la disyuntiva ante la que nos encontramos puede formularse en estos términos: ¿conservamos los procesos subyacentes a la práctica de la abogacía, pero renunciamos a la efectividad, rentabilidad y rapidez, además de a la mejora, de los resultados? ¿O sacrificamos el proceso por mejoras en los resultados?

Si consideramos que una máquina no podrá alcanzar la excelencia jurídica, o bien si queremos alcanzarla nosotros mismos, en exclusiva con nuestras cualidades humanas, podemos optar por una solución intermedia. Podemos implementar la IA en el mundo de la abogacía limitadamente, de manera que se despliegue con la única finalidad de perseguir el primer objetivo que hemos estudiado: la efectividad y el ahorro, sin que deba extenderse también al segundo de los fines como es el de la excelencia jurídica. Si la respuesta es positiva, no deberá considerarse realmente deseable, y en el fondo se tratará de evitar, que se desarrolle por la IA este segundo objetivo, dirigido a que las máquinas alcancen la excelencia jurídica antes que los abogados. Ahora bien, ello encierra una paradoja: sería deseable evitar el desarrollo de una tecnología que lo que persigue es un principio encomiable, y ello por motivo de que precisamente pueda alcanzarlo. Es una cuestión que encierra una paradoja de difícil solución a día de hoy.

Al hilo de lo anterior, lo cierto es que los trabajadores, ante las innovaciones tecnológicas, realizarán el mismo trabajo en menos tiempo, ¿supondrá esto una reducción en la jornada laboral? En definitiva, más que una amenaza, la IA y con carácter general el progreso tecnológico, nos ayudará a dedicar más tiempo a la investigación o a otros asuntos que nos interesen: búsqueda de nuevas oportunidades de negocio, nuevos ámbitos en los que trabajar… o más tiempo libre.

Hacemos nuestra las palabras de NAVARRO,[49] que apunta la parte positiva de la aplicación al sector legal de las innovaciones tecnológicas de la IA. Todo lo que se pueda estandarizar y no añada valor será hecho por robots o máquinas. Eso nos puede liberar para poder dedicar tiempo a pensar, en añadir valor, pero también puede mejorar nuestra calidad de vida. ¿Podrán así acortarse los horarios laborales? ¿tendremos más tiempo? La tecnología debe contemplarse desde el rigor, sin miedo, pero sobre todo pensando que es una herramienta que nos va a ayudar a mejorar nuestra vida. Eso sí, en algunas profesiones habrá que reinventar la manera de prestar los servicios, con nuevas tecnologías las profesiones deberán evolucionar. No obstante, las relaciones entre personas serán siempre parte esencial, por mucho que avance la ciencia.

49. NAVARRO, Eugenia. "Inteligencia Artificial y Singularidad". Expansión, 26 de noviembre de 2017. Página web visitada el 27 de enero de 2018.

3.3. Análisis de la dimensión sociológica de la IA. Posibilidad de automatizar la figura del juez

Dejando a un lado al abogado, nos preguntamos si puede la IA pasar el umbral de la puerta del despacho del abogado y adentrarse en el despacho del juez. Imaginémonos un escenario en el que el mundo jurídico está compuesto por robots-jueces. ¿Sería posible tal escenario? Se plantean numerosas cuestiones jurídicas y debates que plantean su viabilidad, no de manera aleatoria, sino problemas prácticos concretos que se darían en la práctica. Es más, cuestionamos el 40% que cifran los expertos como porcentaje de riesgo de sustitución de los jueces por robots (con base en la supuesta sencillez de su régimen de actuación, asentado formalmente en la elección binaria entre las dos opciones que representan la postura del demandante y el demandado), en base a lo que exponemos a continuación.

Tomamos en consideración cualidades y habilidades estrictamente humanas para la resolución de los conflictos. Desconocemos si la tecnología será capaz de crear algoritmos capaces de adoptar una resolución judicial bajo el presupuesto de tomar en consideración todas las variables de un juez humano. En este sentido, apuntamos las dificultades que entendemos más relevantes para la sustitución del juez por un robot, aspectos que los futuros programadores deberán tener en cuenta a la hora de diseñar un algoritmo aplicable a la actuación del juez.

A priori, nos planteamos si un robot judicial puede llegar a impulsar el procedimiento, y dónde quedaría por lo tanto la función del Letrado de la Administración de Justicia. En este sentido, el propio robot-juez podría estar configurado en su propio software para impulsar de oficio el procedimiento. Podría enviar resoluciones judiciales a las partes de una manera telemática y prescindiendo de procuradores, en la medida en que no serían necesarios con los programas informáticos de comunicación con los que contarían los jueces robots y los propios abogados.

En este sentido, el Letrado de la Administración de Justicia vería peligrar su puesto.

No sólo el Letrado de la Administración de Justicia, sino toda la Oficina Judicial se vería afectada por la automatización. Toda la organización que sirve de apoyo y soporte a la actividad jurisdiccional de jueces y tribunales, es propensa a ser realizada por máquinas. Las tareas estrictamente procedimentales que realizan estos profesionales pueden ser automatizadas. Del mismo modo que en un despacho de abogados, las tareas puramente administrativas y procedimentales, con el tiempo alcanzarán la plena automatización, el escenario judicial se presta, quizás de una manera aún más pronunciada, a la referida mecanización.

También nos preguntamos si podría apreciarse una evolución jurisprudencial en un juez robot. Los jueces, en nuestro sistema jurídico, han de interpretar la Ley en la resolución de los conflictos que se les someten de conformidad con el artículo 3 del Código Civil, esto es, en el sentido propio de las palabras empleadas por las normas, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas. La pregunta que podemos formular es evidente: ¿sería capaz un robot de adecuarse a la realidad social, sería capaz de aplicar las directrices contenidas en este artículo 3 del Código Civil?

Para razonar y decidir en un determinado contexto social, y de acuerdo al mismo, para adaptar una decisión a la realidad social, creemos que es necesario vivirla y experimentarla: leer el periódico, informarnos sobre los últimos sucesos en nuestras ciudades, analizar modas y tendencias, analizar la situación económica de una determinada generación, conocer el pálpito de una sociedad, su opinión pública, relacionarse con los demás... Todo esto quizás no sería posible desde la perspectiva de un robot, a no ser que éste, finalmente, se introduzca en la vida diaria y viva como un humano. En caso contrario, habríamos de diseñar sistemas expertos que incorporen todo lo anterior, que cuenten con una suerte de actualización de datos generales de la sociedad en la que actúan, para así posibilitar la adecuación a su devenir. No estamos

muy seguros, sin embargo, de que esta dinámica sea posible, o al menos acertada y realmente exitosa.

Dando un paso más allá, alcanzando un proceso judicial plenamente robotizado, ¿exigiría las mismas etapas procesales que un proceso tal y como lo conocemos hoy en día? Podríamos preguntamos si serían necesarios los escritos de parte: demanda, contestación a la demanda, práctica de la prueba, e incluso escritos de conclusiones. Cabe entender que sí, que en cualquier caso un proceso robotizado exigiría escritos de demanda y contestación a la demanda, exigiría una práctica de la prueba y su valoración por parte del juez. De otro modo, se vería vulnerado el más elemental derecho a la tutela judicial efectiva del que disfruta todo ciudadano, con todas las garantías que les son propias. Y es que, ya sea en un proceso robotizado, ya en uno semejante al actualmente vigente, las garantías constitucionales del proceso deben ser siempre respetadas.

En cuanto a la valoración de la prueba por parte del juez robot, de conformidad con la ley procesal estándar del sistema judicial occidental, la prueba ha de valorarse por el juez conforme a las reglas de la "*sana crítica*". A modo de ejemplo, en una prueba testifical, ¿podría un robot valorar la prueba de acuerdo a las reglas de la *sana crítica*? La respuesta puede ser positiva, sí, siendo necesario para ello que el juez cuente con capacidades cognitivas, de apreciación de sentimientos y reacciones. Advertimos que la IA está evolucionando en este aspecto y admitimos que aquélla pueda alcanzar el dominio y ejercicio de tales habilidades, hasta ahora exclusivamente humanas. Nos preguntamos y desconocemos si en el futuro será posible, pero el avance de la IA apunta a que los robots serán capaces de reconocer sentimientos, poder valorar si alguien está mintiendo o analizar un testimonio desde una perspectiva crítica.

Por otro lado, nos preguntamos si sería procedente mantener las cuatro jurisdicciones, o solamente necesitaríamos una única jurisdicción. La razón última de la especialización jurisdiccional en distintas jurisdicciones hemos de encontrarla en las propias limitaciones del juzgador, incapaz como ser humano de abarcar el conocimiento, en profundidad y como experto, de la totalidad del ordenamiento jurídico. Sin embargo, gracias al *Big Data*, toda la información jurídica puede ser

objeto de almacenamiento y ser estructurada en un solo robot, de modo que el robot juez omnisciente puede ser una realidad que podría conocer de todos los asuntos. Su capacidad de procesamiento le permitiría resolver litigios penales, civiles, administrativos o laborales sin distinción, y todos ellos de manera especializada. Como nunca hasta ahora, se podrá decir que el principio *iura novit curia* rige la decisión judicial.

En el ámbito específico de la jurisdicción penal, en el que se afecta e incide limitativamente el más sagrado derecho fundamental como lo es el derecho a la libertad individual, cabe preguntarse si la figura del juez robot podría darse, en tanto que vendría a imponer penas privativas de libertad: como acusados, ¿aceptaríamos que un algoritmo decida sobre nuestra libertad? Nos aventuramos a pensar que la mayoría de la gente diría que no. Muchos ciudadanos no reconocerían la legitimidad de las máquinas para imponer penas de cárcel. No obstante, en la medida en que aceptásemos de manera general que una máquina puede afectar a nuestros derechos fundamentales, tal escenario sería posible en línea de principio. El problema, descansa, a nuestro parecer, en la potencial legitimidad que puedan ostentar las máquinas.

Cabría igualmente replantearse el sentido que tendría el mantenimiento de las distintas instancias judiciales. No dejaría de ser una paradoja y contradictorio que, si los jueces robots son llamados a dictar sentencias supuestamente perfectas (excelencia jurídica judicial), dichas sentencias pudieran sin embargo ser impugnadas en instancias ulteriores, precisamente bajo el presupuesto de que tales pronunciamientos son fallidos o de otro modo no perfectos. No sería coherente prever que unos jueces robots superiores pudieran revisar las sentencias de los inferiores. La razón última de establecer instancias es que jueces con más experiencia revisen las sentencias de los inferiores, y dar así una suerte de segunda oportunidad a los litigantes. Parecería innecesario, o al menos discutible, el establecimiento de sucesivas instancias en un proceso judicializado por robots. Si el juez robot es infalible, no es necesario revisar sus sentencias.

El mundo jurídico es muy variado, las distintas jurisdicciones abarcan cuestiones jurídicas de diversa índole, y, sin duda, unos pleitos son más complejos que otros. En este sentido, cabría preguntarse si existe

la posibilidad de diferenciar aquellos pleitos sencillos, en los que puede automatizarse la figura del juez, de aquellos otros en los que la complejidad del caso, y la necesaria toma en consideración de variables muy distintas, requieren en todo caso la intervención decisiva del juez humano. ¿Realizamos esta diferenciación y limitamos, por ello, la resolución automatizada de conflictos a asuntos cuya complejidad jurídica pueda ser considerada inferior?

En definitiva, los debates que suscita la introducción de robots en la judicatura son inabarcables e infinitos. Basta comenzar a leer tanto las leyes reguladoras de los procedimientos judiciales como las leyes sustantivas para plantearnos numerosas cuestiones. Concluimos que no es posible por lo pronto, crear un algoritmo que tenga en cuenta todas estas variables, plenamente humanas. Consideramos que se van a crear máquinas superiores a los seres humanos, y en ese sentido quizás sí puedan desarrollar la labor de un juez. Estimamos que, si esto es así, todo el ordenamiento jurídico requeriría una modificación para adecuarse al mundo jurídico robotizado. Existe alguna ley sustantiva que regula la incidencia de los robots en la sociedad, como veremos en el siguiente apartado, si bien parecería lo coherente desde el prisma de la eficiencia, el ahorro y la excelencia jurídica, la regulación en una única norma de toda la actuación del juez robot, sometida a un régimen procedimental único.

04 Derecho e Inteligencia Artificial. Leyes sobre robótica que propone Europa

Cambiando nuestra perspectiva, y adentrándonos en el mundo del legislador, observamos que la regulación del diseño y producción de los robots corpóreos mediante normas de carácter técnico es uno de los ámbitos en los que el Derecho puede incidir para minimizar o al menos regular los posibles riesgos que existen para los humanos que los manejen, máxime cuando se trata de robots colaboradores. Tenemos claro que los abogados están sometidos a una responsabilidad civil, penal y disciplinaria, derivada de su actuación profesional, ¿y los robots? Resulta de vital importancia que el legislador pondere las consecuencias jurídicas y éticas de la actuación de los robots, sin obstaculizar con ello la innovación y el progreso tecnológico.

Europa se encuentra actualmente trabajando en la primera legislación del mundo sobre las responsabilidades de la IA y lo que pasará con las personas que pierdan sus empleos frente a las máquinas. Como hemos adelantado, viviremos una época en la que seres humanos convivirán con robots. Se ha abierto así el debate que se apunta como uno de los grandes debates de las próximas décadas: cómo legislar las relaciones entre robots y seres humanos.

En este sentido, la Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo ha elaborado durante dos años un informe para responder a cuestiones que pueden resultar, en este momento, de ciencia ficción:

¿tendrán personalidad jurídica los robots? ¿pagarán impuestos? ¿pagarán multas? ¿serán sujetos con responsabilidad civil, penal o deontológica? Es evidente que las máquinas cada vez influyen más en la vida de los hombres, y esta relación robot-ser humano ha de ser regulada. Este informe ha sido aprobado por sesión plenaria del Parlamento Europeo de 16 de febrero de 2017[50].

De manera análoga a como ya anunciaba Isaac Asimov en 1950, creando un *corpus* normativo a partir de sus tres leyes de la robótica,[51] el Parlamento Europeo ha iniciado una tarea similar, focalizando su ámbito de actuación en los diseñadores, fabricantes, y operadores de robots, incluidos aquellos robots que disponen de autonomía y capacidad de auto aprendizaje integrados. Es necesario disponer de una serie de normas en materia de responsabilidad, transparencia y rendición de cuentas que reflejen los valores humanistas intrínsecamente universales. ¿Cuáles son, por lo tanto, los ámbitos a los que apunta el Parlamento Europeo?

50. ARLAMENTO EUROPEO-Comisión De Asuntos Jurídicos, Ponente: Mady Del- vaux. "Resolución del Parlamento Europeo con Recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica". 16 de febrero de 2017.
51. **Primera Ley.** Un robot no puede dañar a un ser humano ni, por inacción, permitir que un ser humano sufra daño. **Segunda Ley**. Un robot debe cumplir las órdenes de los seres humanos, excepto si dichas leyes entran en conflicto con la Primera Ley. **Tercera Ley.** Un robot debe proteger su propia existencia en la medida en que ello no entre en conflicto con la Primera o la Segunda Ley.

4.1. Establecimiento de unos principios éticos básicos

Con el objeto de encauzar la revolución tecnológica para que esté al servicio de la humanidad, y distribuir así de manera más amplia los beneficios de la robótica y la IA más avanzada, es necesario establecer unos principios éticos básicos que deban respetarse en el desarrollo, la programación, y la utilización de robots y de IA.

Principios que han de incorporarse en la normativa y Códigos de Conducta, no sólo de la Unión Europea, sino de todos los países que apliquen estas tecnologías.

En la medida en que los robots representan una amenaza significativa para la privacidad de las personas debido a su capacidad de obtener y transmitir información y datos personales y sensibles, es necesario establecer unas orientaciones éticas que se basen en los principios de beneficencia, no maleficencia, autonomía y justicia. Además, deberán respetar los principios consagrados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, como la dignidad humana, la igualdad, la justicia, la equidad, la no discriminación, el consentimiento informado, la vida privada y familiar y la protección de datos, así como la no estigmatización, la transparencia, la autonomía, la responsabilidad individual, y la responsabilidad social.

4.2. Responsabilidad jurídica por daños de los robots y establecimiento de un seguro obligatorio

Asimismo, ha de regularse la responsabilidad jurídica por daños de los robots. Efectivamente, como se deduce de los anteriores apartados de esta investigación, los robots no sólo realizan actividades que antes eran exclusivamente humanas, sino que el desarrollo de rasgos cognitivos y autónomos (capacidad de aprendizaje y toma de decisiones cuasi independientes) ha hecho que estos robots se asimilen a agentes que interactúan en su entorno y pueden modificarlo de forma significativa. Es crucial en este contexto la responsabilidad jurídica por los daños que puedan ocasionar los robots en su actuación. Resulta del todo indispensable cuestionarse qué es lo que ocurre si los actos y omisiones de los robots no pueden atribuirse a un agente humano concreto, o si estos daños pudieran haberse evitado.

En este sentido, establece el Parlamento Europeo que el desarrollo de la tecnología robótica requerirá una mayor comprensión de las bases comunes necesarias para la actividad conjunta humanorobótica, que debe basarse en dos relaciones de interdependencia básica: la previsibilidad y la discrecionalidad. Estas dos relaciones de interdependencia son fundamentales para determinar qué información debe ser compartida entre seres humanos y robots y cómo puede conseguirse una base común entre seres humanos y robots que permita una acción conjunta humano-robótica eficaz.

Se propone por el Parlamento Europeo, en este sentido, que habría de aplicarse un régimen de responsabilidad objetiva o un régimen de gestión de riesgos. La responsabilidad objetiva exigiría únicamente probar que se ha producido el daño y el nexo causal entre el funcionamiento perjudicial del robot y los daños causados a la persona. El enfoque de gestión de riesgos, por el contrario, no se centra en la persona que actuó de manera negligente como personalmente responsable, sino en

la persona que es capaz, en determinadas circunstancias, de minimizar los riesgos y gestionar el impacto negativo.

Así, una vez que las partes en las que incumba la responsabilidad última hayan sido identificadas, dicha responsabilidad deberá ser proporcional al nivel real de instrucciones impartidas a los robots y a su grado de autonomía. Cuanto mayor sea la capacidad de aprendizaje o la autonomía del robot, y cuanto más larga haya sido su formación, mayor debiera ser la responsabilidad de su formador. Ahora bien, como hemos manifestado anteriormente, los robots comienzan a adquirir la capacidad de aprender de modo autónomo, con lo que habrá de diferenciarse las competencias interiorizadas por el proceso de formación, de aquellas que adquiera de modo autónomo. En la etapa actual, consideramos que la responsabilidad debiera recaer en un humano, no en el robot. Con todo, aún no existen robots que posean un aprendizaje y autonomía tal, que pueda atribuírseles responsabilidad a título de dolo o culpa.

Una de las soluciones que se apuntan ante la complejidad de asignar responsabilidad por daños y perjuicios causados por un robot cada vez más autónomo, podría ser el establecimiento de un régimen de seguro obligatorio, que tenga en cuenta todas las responsabilidades potenciales en la cadena (fabricante, formador, usuario). Del mismo modo que los abogados contamos con un seguro de responsabilidad para hacer frente a las posibles reclamaciones por nuestra actuación profesional, el riesgo que pueden generar los robots en su actuación ha de estar cubierto por un seguro de responsabilidad.

4.3. Responsabilidad contractual y extracontractual *interrobots*

También es manifiesta la deficiencia en el marco jurídico vigente en el ámbito de la responsabilidad contractual, ya que la existencia de máquinas concebidas para elegir a sus contrapartes, negociar cláusulas contractuales, celebrar contratos, y decidir sobre su aplicación, hace inaplicable las normas tradicionales. Resulta necesario hacer una referencia a los *smart contracts*, o contratos inteligentes. El análisis de los *smart contracts* da lugar a un estudio que escapa del alcance de este trabajo, tan sólo apuntamos que son programas informáticos que facilita verificar y hacer cumplir un contrato. No necesitan la intervención de humanos para comprobar y ejecutar su cumplimiento. En este sentido, nos preguntamos si serían aplicables los tradicionales elementos del contrato: consentimiento, objeto y causa. Estimamos que en un contrato absolutamente virtual y en manos de un programa informático, estos elementos deberían adaptarse a las necesidades del programa concreto y al modo en que éstos funcionan.

Incluso en el ámbito de la **responsabilidad extracontractual**, la Directiva 85/374/CEE,[52] no resulta suficiente puesto que solo cubre los daños ocasionados por los defectos de fabricación de un robot a condición de que el perjudicado pueda demostrar i) el daño real, ii) el defecto del producto y iii) la relación de causa a efecto entre el defecto y el daño (responsabilidad objetiva o responsabilidad sin culpa). Y lo anterior, porque la nueva generación de robots cuenta con capacidades de adaptación y aprendizaje, que entrañan cierto grado de imprevisibilidad en su comportamiento, con lo que un robot podría aprender de forma autónoma de sus experiencias concretas e interactuar con su entorno de un modo imprevisible y propio únicamente de ese robot.

52. Directiva 85/374/CEE, del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativa a la apro- ximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por pro- ductos defectuosos.

En fin, el alcance de este estudio sólo nos permite esbozar unas pinceladas en torno a lo que el Parlamento Europeo considera como focos necesarios de regulación en el nuevo mundo de la robótica. Tomando en consideración el estudio realizado en las páginas precedentes, observamos numerosos ámbitos jurídicos, por no decir todos, carentes de regulación. La respuesta que ha de darse a este nuevo escenario partirá de una diferenciación clara: la regulación de aquéllos robots que actúen en la vida diaria como ciudadanos, de aquélla regulación concreta en cada ámbito profesional en el que los robots sustituyan a los profesionales. En el ámbito de la abogacía se nos plantean cuestiones como la responsabilidad civil, penal y deontológica de los abogados-robots, su actuación bajo las directrices del Estatuto General de la Abogacía y del Código Deontológico, o su propia actuación de conformidad con usos y costumbres que, aun cuando no consten escritas, todos los abogados respetan en su actuación. Esto último en el sentido de la especial relación que se da entre compañeros, el respeto y consideración mutua, la no personalización de los pleitos. No existe regulación ni sanción en este último sentido, si bien nos preguntamos si los robots serán capaces de hacerlo. Quizás sí.

Conclusión

Como adelantábamos en la exposición de la metodología de este estudio, el objetivo del mismo ha sido, ante el desarrollo la IA y su implantación en la práctica de la abogacía, desarrollar una reflexión personal, contrastada y documentada, acerca de su advenimiento. El estudio histórico y conceptual nos ha servido para analizar las dificultades a las que ha hecho frente el desarrollo de la IA, y su posible aplicación en una profesión cuya base es eminentemente intelectual: la práctica de la abogacía.

Se han apuntado como problemas recurrentes a lo largo de la historia la ausencia de capacidad de las máquinas de, en definitiva, sustituir a un ser-humano, y menos a un abogado. Todas estas cuestiones han sido sometidas a debate, sin tratar de ser pretenciosos e imponer una opinión específica. El debate está abierto, y la intención es despertar en el lector una reflexión particular acerca del tema, y legítimamente puede ser totalmente diferente a la aquí planteada. No pensará lo mismo un abogado mercantilista, o un abogado matrimonialista, como tampoco un abogado administrativista: cada uno observará el tema críticamente desde su posición, y podrá enriquecer su visión con la de otros.

Lo cierto es que vivimos una era en la que la capacidad y presencia de las máquinas va en aumento, siendo incuestionable que la profesión

de la abogacía cambiará más en los próximos diez años, de lo que ha cambiado en los últimos siglos.

Ante este estado de cosas hemos planteado cuestiones jurídicas que, a nuestro entender, resultan afectadas. Hemos planteado las diferentes finalidades que, según exponemos, busca la IA, y con ello hemos analizado las consecuencias de su aplicación al ámbito jurídico. No pocas han sido las controversias que hemos expuesto, en cuanto a su afectación a jóvenes abogados, a abogados veteranos y con experiencia, incluso a la propia oficina judicial y al juez. En este sentido, invito al lector a guardar estas páginas, y leerlas de nuevo en diez o quince años. Quizás se lleve una sorpresa, quizás la IA ha evolucionado en un sentido totalmente diferente al aquí tratado, o quizás los problemas apuntados efectivamente materializados ya han encontrado solución. El tiempo lo dirá.

Lo cierto es que, tras este estudio, podríamos llegar a concluir que, al menos a día de hoy, y quizás también en los próximos años, los robots no podrán sustituir a abogados, ni tan si quiera a jueces. La IA servirá de complemento, y nos ayudará a ser aún más excelentes abogados. Tomemos la IA como una oportunidad, no como una amenaza. En definitiva, aunque el futuro pueda generarnos cierto temor, lo cierto es que el pasado ya no nos sirve, por lo que hemos de mirar al futuro con ganas e ilusión. Sólo así sacaremos el máximo provecho de la IA, y sólo así garantizaremos un futuro mejor a los que vienen.

Concluimos con estas esperanzadoras palabras de Steve Jobs, enfatizando el factor humano por encima de la tecnología:

> «La tecnología no es nada. Lo importante es que tengas fe en las personas, que sean buenas e inteligentes, y si les das herramientas, harán cosas maravillosas con ellas».

Bibliografía

Libros

ASHLEY, Kevin D. *Artificial Intelligence and Legal Analytics. New Tools for Law Practice in the Digital Age*. Cambridge: Ed. Cambridge University Press, 2017.

BODEN, Margaret Ann. *Inteligencia Artificial*. Madrid: Ed. Turner, 2017.

FORD, Martin. *El auge de los robots*. Barcelona: Ed. Paidós, 2016.

KELLY III, John E. *Smart machines: IBM´s Watson and the Era of Cognitive Computing*. Nueva York, Ed: Columbia University Press, 2013.

NAVAS NAVARRO, Susana, *et al. Inteligencia Artificial. Tecnología y Derecho*. Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2017.

SUSSKIND, Richard. *Tomorrow´s lawyers. An introduction to your future.* Oxford: Ed. Oxford University Press, 2017.

SUSSKIND, Richard, y SUSSKIND, Daniel. *The Future of the Professions. How the Technology will transform the work of human experts*. Oxford, Ed: Oxford University Press, 2015.

WINSTON, Patrick Henry. *Artificial Intelligence*. Massachusetts Insti-

tute of Technology, Ed. Addison-Wesley Publishing Company, 1993.

Artículos publicados en revistas

ALETRAS, Nikolaos, et al. "Predicting judicial decisions of the European Court of Human Rights: a Natural Language Processing perspective". *PeerJ Computer Science*, nº 2, año 2016

ARJOMAND BIGDELI, Siavash; JIN, Meiguang; FAVARO, Paolo; y ZWICKER, Matthias. "Deep Mean-Shift Priors for Image Restoration". *Universidad de Maryland, College Park*, año 2017.

BUCHANAN, Bruce G. y HEADRICK, Thomas E. "Some speculation about Artificial Intelligence and Legal Reasoning". *Stanford Law Review*, volumen 23, nº 1, noviembre 1970.

HORIKAWA, Tomoyasu y KAMITANI, Yukiyasu. "*Generic decoding of seen and imagined objects using hierarchical visual features*". *Natura Communication*, nº 15037, año 2017.

MCCARTHY, John. "What is Artificial Intelligence?". *Computer Science Department, Stanford University*, noviembre 2007.

SCHMIDT, Michael y LIPSON, Hold. "Destilando las Leyes naturales de forma libre a partir de datos experimentales", *Science*, nº 324, 3 de abril de 2009.

SUSSKIND, Richard. "Experts systems in Law: A jurisprudencial approach to Artificial Intelligence and Legal Reasoning". *The Modern Law Review*, volumen 49, nº 2, marzo 1986.

TURING, Alan Mathison. "Computing Machinery and Intelligence". *Mind*, nº 59, 1950.

Artículos publicados en periódicos y medios de comunicación

ALBERTI FERNÁNDEZ, Javier. "¿Acabará la Inteligencia Artificial con los abogados?". *AOConsultores*, 26 de noviembre de 2015. Visitado el 21 de enero de 2018.

CHOWHDRY, Amit. "Law Firm Baker & Hostetler Hires A 'Digital Attorney' Named ROSS". *Forbes*, 17 de mayo de 2017. Visitado el 21 de enero de 2018.

HALL, Rachel. "Ready for robot lawyers? How students can prepare for the future of Law". *The Guardian*, 31 de julio de 2017. Visitado el 14 de enero de 2018.

KAPPALA RAMSAMY, Gemma. "Robot painter draws on abstract thoughts". *The Guardian*, 1 de abril de 2012. Visitado el 24 de febrero de 2018.

KOHN, Alice. *"An AI Law Firm wants to automate the entire legal world", Futurism*, 30 de enero de 2017. Visitado el 21 de enero de 2018.

KOZA, John. http://www.genetic-programming.com.

MARKOFF, John. "Computer wins on "Jeopardy!": Trivial, It´s not". *The New York Times*, 16 de febrero de 2011. Visitado el 27 de enero de 2018.

NAVARRO, Eugenia. "Inteligencia Artificial y Singularidad". *Expansión*, 26 de noviembre de 2017. Visitado el 27 de enero de 2018.

SMITH, Sylvia. "Iamus: Is this the 21st century's answer to Mozart?".

BBC News, 3 de enero de 2013. Visitado el 24 de febrero de 2018. TURNER, Karen. "Meet ROSS, the new hired legal robot". *The Washington Post*, 16 de junio de 2016. Visitado el 24 de febrero de 2018

WAKELING, David. "Allen & Overy and Deloitte tackle OTC derivatives market challenge". *Allen & Overy*. Visitado el 4 de febrero de 2018.

Informes de Instituciones

PARLAMENTO EUROPEO-Comisión De Asuntos Jurídicos, Ponente: Mady Delvaux. "Resolución del Parlamento Europeo con Recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica". 16 de febrero de 2017.

FUNDACIÓN
Mutualidad

La disrupción en el modelo de negocio de la abogacía: perspectivas y oportunidades para los jóvenes abogados

Jaime Sardina Tortosa

Jaime Sardina Tortosa
Universidad a Distancia de Madrid

PRIMER PREMIO EX AEQUO
VII Premios a la Excelencia de la Cátedra Fundación Mutualidad Abogacía

2018

Índice

Resumen 578
Abstract 579
Introducción 581
1. Factores de cambio que afectan a la profesión 583
1.1. Orientación al cliente 585
1.2. Reducción de costes 589
1.3. Nuevas tecnologías 591
2. Estrategias y líneas de actuación ante el nuevo entorno 598
2.1. El abogado como business partner: hacia una mayor orientación al cliente 600
2.2. "More-for-less": hacia una reducciónde costes 606
2.3. Las nuevas tecnologías en el modelo de negocio de la abogacía 613
3. Nuevos perfiles profesionales: reinventando el futuro 623
Conclusiones 626
Bibliografía 628

Resumen

Este trabajo tiene por objeto dilucidar las claves que están marcando la disrupción del modelo de negocio de la abogacía y cómo los jóvenes abogados podemos anticiparnos y sacar partido de ellas para ser más competitivos y reportar mayor valor a nuestros clientes. Una visión estratégica, un esfuerzo por reducir los costes del proceso y un aprovechamiento de las nuevas tecnologías serán los rasgos que definirán el ejercicio exitoso de la profesión.

Palabras clave: disrupción, abogacía, destrucción creativa, nuevas tecnologías, modelo de negocio.

Abstract

This work aims to elucidate the key elements that are setting the pace for the disruption of the advocacy's business model and how young lawyers can anticipate and take advantage of them to be more competitive and generate value for our clients. A strategic vision, an effort to reduce the costs of the process and harnessing new technologies will be the features that will define the successful exercise of the legal profession.

Keywords: disruption, advocacy, creative destruction, new technologies, business model.

«Allí donde hay una empresa de éxito,
alguien tomó alguna vez una decisión valiente»
Peter F. Drucker

Introducción

Ante nuestra inminente colegiación, los jóvenes abogados afrontamos el inicio de nuestra andadura profesional con ilusión y pasión, decididos a continuar el fructífero camino de servicio a la sociedad que el Derecho ha protagonizado en los últimos tiempos. No obstante, los mimbres que tejerán nuestro ejercicio profesional no son los mismos que tejieron el de nuestros predecesores; desde hace unos años, la sociedad vive inmersa en una profunda transformación digital que está cambiando las relaciones sociales, las demandas de los clientes y la prestación de servicios. Todo ello está provocando la necesidad de muchas empresas de adaptar sus modelos de negocio al nuevo escenario digital.

El sector de la abogacía, tradicionalmente más conservador, estaba asistiendo a este cambio tecnológico como espectador, sin conocer con precisión en qué medida ello podía transformar la prestación de servicios legales y su modelo de negocio. Sin embargo, están surgiendo nuevas formas de entender la abogacía que pueden poner en riesgo la competitividad de los despachos de abogados si éstos no adoptan las medidas necesarias para acomodar su modelo de negocio a las nuevas demandas y exigencias del cliente.

Este cambio de actitud ante el ejercicio profesional resulta vital, especialmente, para los jóvenes abogados, pues seremos los principales protagonistas de ese inminente futuro de la abogacía, y nuestras

decisiones profesionales en el presente marcarán nuestro desempeño y valía profesional en el futuro. En este contexto, resultan ilustrativas las palabras del insigne jurista Ángel Ossorio y Gallardo (2008), el cual debería seguir siendo fuente de inspiración para los jóvenes abogados cuando afirmaba que «lo que al Abogado importa no es saber el Derecho, sino conocer la vida. El Derecho positivo está en los libros. Se buscan, se estudian, y en paz. Pero lo que la vida reclama no está escrito en ninguna parte. Quien tenga previsión, serenidad, amplitud de miras y de sentimientos para advertirlo, será Abogado».

Con esa vocación de previsión y amplitud de miras afronto la realización del presente trabajo, el cual aspira a descubrir las claves que marcarán el modelo de negocio de la abogacía en los próximos años. En consecuencia, el trabajo reviste un objetivo eminentemente práctico: poner en conocimiento de los jóvenes abogados qué aspectos del ejercicio profesional son más susceptibles de cambio y dónde podremos generar valor añadido en el futuro, todo ello en orden a tomar las decisiones adecuadas en el presente que nos conduzcan a un desempeño profesional en el futuro que reporte valor y utilidad al cliente. En síntesis, el presente trabajo busca ofrecer al joven abogado aquellas claves que le permitirán seguir siendo competitivo en un futuro, manteniendo a la abogacía como una institución cercana a la realidad y a los nuevos avances tecnológicos y sociales.

De cara a la exposición de la materia, realizaré una primera aproximación a los principales factores de cambio que están afectando al ejercicio profesional de la abogacía. Tomados en consideración dichos factores, estaremos en condiciones de abordar la segunda parte del trabajo, la cual reviste mayor utilidad práctica y que detallará las principales estrategias y modelos de negocio que surgen a raíz de los referidos factores de cambio, así como los nuevos perfiles profesionales que, previsiblemente, surgirán como consecuencia de esta transformación.

Sirva, pues, este trabajo, dicho sea con la debida humildad de este joven abogado que suscribe, como una reflexión útil, práctica e inspiradora sobre las vicisitudes que afectarán al ejercicio de la abogacía y las estrategias que resultarán fructíferas en el corto y medio plazo para mantener el valor y utilidad de nuestra profesión.

01 Factores de cambio que afectan a la profesión

El ejercicio profesional de la abogacía se ha caracterizado por su inmutabilidad a lo largo del tiempo; el valor añadido de un abogado radicaba en su profundo conocimiento jurídico sobre alguna materia y el cliente era un mero receptor de servicios que no entraba a cuestionar la forma de trabajar de los despachos de abogados ni su modelo de negocio.

No obstante, la irrupción de las nuevas tecnologías, la globalización y las exigencias de los clientes están moldeando el ejercicio profesional, exigiendo a los despachos de abogados adoptar un nuevo enfoque para no quedar fuera del mercado.

En este sentido, el Consejo General de la Abogacía Española no se ha mantenido ajeno a estos cambios y así lo ha advertido en su Plan Estratégico para el período 2017-2020:

> El ejercicio de la Abogacía está sujeto a una continua transformación. La globalización de la prestación de servicios legales, la marcada tendencia a la especialización, el aumento de la práctica multidisciplinar, el uso intensivo de tecnología legal y la apuesta de grandes empresas y start-ups por nuevos modelos de negocio disruptivos, producirán cambios significativos en el ejercicio de la profesión, aunque ésta siga siendo una profesión regulada por interés público.

En definitiva, se trata de aplicar la máxima establecida por Richard Susskind (2011) al advertir que «el Derecho no está ahí para que vivamos de él, sino que tenemos que adaptarnos a la realidad para poder sobrevivir».

A la vista de lo anterior, deviene fundamental conocer primero cuál es esa realidad a la que la abogacía debe adaptarse. En este sentido, son muchos y variados los cambios que están afectando a la profesión, pero su análisis exhaustivo excedería los objetivos del presente trabajo, por lo que me ha parecido oportuno destacar los tres principales factores de cambio que, a mi juicio, van a configurar con mayor intensidad el ejercicio profesional en los próximos años:

- **Orientación al cliente:** los clientes cada vez están exigiendo un asesoramiento más global y multidisciplinar, buscando en su abogado a un auténtico *business partner*.
- **Reducción de costes:** los clientes cada vez están menos dispuestos a pagar altos honorarios, por lo que deviene fundamental ahorrar costes mediante la automatización de procesos.
- **Nuevas tecnologías:** están produciendo una disrupción en el ejercicio profesional, cambiando la forma de comercializar servicios legales, automatizando procesos y produciendo la irrupción de nuevos actores que toman parte de estos avances tecnológicos.

A continuación pasaré a desarrollar las vicisitudes de dichos factores de cambio con el fin de averiguar qué aspectos del ejercicio profesional pueden y deben ser objeto de transformación.

1.1. Orientación al cliente

En los últimos años, el desembarco en España de los grandes despachos internacionales, el auge de los departamentos legales de las denominadas *Big 4* y la creciente oferta de servicios legales que las nuevas tecnologías posibilitan están aumentando la competencia en el sector de la abogacía, obligando a los despachos de abogados a diferenciarse de sus competidores para mantener su cuota de mercado.

En este contexto, siguen vigentes las palabras de Antonio Garrigues (2007) al afirmar que «ahora más que nunca, los clientes están pidiendo, y tienen el derecho a recibir, servicios de más calidad de sus abogados». En consecuencia, uno de los esfuerzos clave que todo abogado deberá realizar en los próximos años es la búsqueda de ese plus de calidad que le permita satisfacer las crecientes expectativas de sus clientes.

A este respecto, y de acuerdo con un sector de opinión dominante, esa mejora en la prestación de servicios jurídicos pasará por una mayor orientación al cliente, convirtiéndose el abogado en auténtico *business partner* de su cliente.

En este sentido, de acuerdo con el Estudio de innovación en el sector jurídico (2018), debemos atender a dos elementos clave para apreciar una auténtica orientación al cliente:

- Una actitud proactiva, en el sentido de anticipar, o incluso generar, las demandas del cliente.
- Una metodología de *feedback*, de cara a conocer la satisfacción del cliente con nuestro servicio y poder adaptar nuestra respuesta a sus necesidades, mejorando la calidad y efectividad de nuestro asesoramiento.

Por tanto, ya no se trata de enfocar la abogacía desde una perspectiva rígida, entendiendo la prestación de servicios jurídicos y las vicisitudes del cliente como compartimentos estancos que no precisan de interrelación

alguna, sino que, cada vez más, se está valorando la conexión de dichos servicios jurídicos con los problemas e intereses particulares del cliente[1].

En este sentido, Leigh Dance (2013), presidenta de ELD International LLC, consultora estratégica especializada en el sector legal, afirma que la clave para la captación de clientes consiste en entender y dar respuesta a la situación específica del cliente, incorporando en nuestro trabajo sus miedos, preocupaciones y prioridades.

Esta importancia de prestar servicios jurídicos que se integren en el modelo de negocio del cliente es una de las principales causas que explican el auge de las divisiones jurídicas de las Big 4, puesto que éstas últimas aprovechan la ventaja competitiva que les ofrece, sobre los despachos de abogados, el hecho de prestar servicios de asesoramiento financiero y consultoría, los cuales le permiten tener una visión global e integral del negocio del cliente, adaptando sus servicios jurídicos a las necesidades y objetivos empresariales del cliente.

Así lo han advertido los profesores Esteban Ferrer y Wilkins (2013) en su artículo "Regreso al futuro: La reactivación de las divisiones jurídicas de las Big 4 en Europa y el futuro de la abogacía de los negocios"; en dicho artículo, los autores llaman la atención sobre la creciente tendencia de los clientes a exigir de sus asesores jurídicos la comprensión de su negocio, así como a justificar su aportación a la cuenta de resultados del cliente. En sus conclusiones, los profesores Esteban Ferrer y Wilkins explican la ventaja de las divisiones jurídicas de las Big 4 en los siguientes términos:

1. A título ilustrativo, Lisa Hart Shepherd (2015), CEO de Acritas, empresa especializada en el análisis de tendencias que afectan al sector legal, ha advertido que, en épocas de creciente competencia, simplemente para mantener tu cartera de clientes, se hace necesario un entendimiento mucho más sofisticado del cliente. A partir de ahí, en caso de que se busque acceder a nuevos clientes y mantener una posición diferenciada en el mercado, se debe ir más allá y lograr una mayor perspectiva y previsión de los problemas del cliente.
Por su parte, Alejandro Touriño, socio director de Écija, advierte que «hay una exigencia constante hacia las firmas de abogados de aportar valor añadido, de contribuir no solamente de forma proactiva y ágil asesorando al negocio del cliente, sino también proponiendo soluciones creativas, extrayendo ideas y casos de éxito extrapolables de otros sectores» (Estudio de Innovación en el sector jurídico, 2018).

«En la medida en que la abogacía adopta de forma creciente métodos empresariales tradicionales como el *unbundling*, *outsourcing*, *process management*, y *partnering*, para reducir costes e incrementar su efectividad, las divisiones jurídicas de las grandes consultoras y auditoras cuentan con una clara ventaja competitiva. Las Big 4 han utilizado con éxito todos estos procesos en su propia transformación de empresas de "auditoria" (*accountants)* a organizaciones de servicios profesionales con capacidad para ofrecer "soluciones de negocio integradas y globales" a problemas complejos en la intersección de las finanzas, la fiscalidad, la estrategia y cada vez más el Derecho».

Para ilustrar la importancia de lo anterior, interesa observar la divergente tendencia en la facturación de los tres grandes despachos nacionales y las Big 4 entre los años 2011 y 2017, la cual se detalla en el siguiente gráfico:

	Facturación (en millones €)		Variación
	2011	2017	
Garrigues	355,2	312	-12,16 %
Cuatrecasas	242,6	223,6	-7,83 %
Uría Menéndez	188,8	175,7	-6,94 %
PwC Tax & Legal Services	122,4	153,5	25,41 %
EY Abogados	62	111,3	79,52 %
Deloitte Legal	67,7	110,3	62,92 %
KPMG Abogados	83,4	95,1	14,03 %

Fuente: Expansión[2]

2. Facturación 2017: Ver Saiz, S. (2018). Las firmas que más facturan en España. 22.05.2018. Accesible en: **http://www.expansion.com/juridico/actualidad- tendencias/2018/05/22/5b043317268e3eb2178b460d.html**
Facturación 2011: Ver García-León, C. & Saiz, S. (2013) Los bufetes nacionales resisten el pulso de las firmas auditorias. 04.06.2013. Accesible en: **http://www.expansion.com/2013/06/04/juridico/1370349634.html?cid=FCOPY33701**

A la vista de lo anterior, resulta patente que las Big 4 están ganando terreno a las grandes firmas tradicionales, y ello se justifica por su mayor capacidad de adaptación a las nuevas exigencias de los clientes, prestando un asesoramiento jurídico integrado con sus objetivos y necesidades empresariales, fruto de su experiencia previa en la prestación de servicios de auditoría o consultoría.

En consecuencia, los jóvenes abogados debemos tener muy presente esta tendencia hacia la prestación de servicios jurídicos en el marco de un entendimiento global del negocio y de los objetivos empresariales del cliente, puesto que la utilidad y valor añadido de nuestro asesoramiento no se medirá aisladamente, sino en el contexto empresarial del cliente, valorándose aquellos servicios jurídicos que tomen conciencia del modelo de negocio y coadyuven a la obtención de un mayor beneficio empresarial.

1.2. Reducción de costes

Junto a la visión estratégica en el asesoramiento jurídico, otro de los motores de cambio que afectará a la abogacía es la creciente presión para la reducción de costes, sin que ello implique una rebaja en la calidad del servicio.

Esta tendencia ha sido analizada y advertida por Richard Susskind (2013), quien ha identificado el problema *more-for-less* como aquel que se produce cuando, de forma simultánea, los clientes exigen mejores servicios y menores honorarios. En definitiva, se nos va a seguir exigiendo aportar el mismo o mayor valor que antes pero reduciendo nuestros honorarios[3] por ello.

Son diversas las causas que han propiciado esta tendencia: los ajustes derivados de la crisis económica, el ahorro de costes que permiten los avances tecnológicos, una mayor competencia o un cliente más informado.

En este sentido, Jordi Estalella (2014) ha advertido que los clientes están percibiendo un valor inferior al precio que pagan por los servicios jurídicos y ese cambio de percepción se está traduciendo en una exigencia de reducción de honorarios:

> «La igualdad o ecuación (precio=valor) del servicio jurídico se ha desequilibrado. Antes los clientes pagaban lo que exigían los abogados porque percibían que el precio equivalía al valor que obtenían. Hoy ocurre que el cliente percibe un valor inferior al precio que paga. Y el desequilibrio no puede compensarse únicamente agregando valor al servicio. El cliente no se conforma con la modificación de uno de los factores de la ecuación. Quiere además

3. Hartung y Gärtner (2016) han matizado la tesis de Richard Susskind afirmando que la reducción de honorarios no constituye una amenaza inmediata y que, lo verdaderamente importante, es una actitud atenta de los abogados sobre cómo, por quién y a qué precio se están prestando servicios jurídicos, en aras de asegurarse que el precio fijado se corresponde con el valor que efectivamente percibe el mercado.

una reducción de los honorarios, alterando constantemente el punto de equilibrio».

Esta devaluación[4] de los servicios jurídicos trae causa del mayor grado de información del cliente actual, el cual está mucho más conectado y especializado que antes, exigiendo al abogado que le reporte un valor añadido respecto de aquel que ya obtendría acudiendo a su propio departamento legal.

De hecho, la falta de cumplimiento de estas expectativas por los despachos de abogados ha generado que muchos clientes tiendan a traspasar el trabajo, otrora encargado a dichos despachos, a sus departamentos legales, en vista de que pueden realizar el mismo trabajo a un menor coste. Así lo ha advertido el informe Law Firms in Transition (2018), en el que participaron 398 despachos estadounidenses, donde un 70% de los mismos reconocía estar perdiendo negocio en favor de los departamentos legales de sus clientes, que decidían dejar de externalizar ciertos servicios jurídicos y pasar a realizarlos internamente.

¿Supone esto una amenaza para el futuro de la abogacía? En mi opinión, se trata de una oportunidad para que las generaciones más jóvenes de abogados reenfoquemos el ejercicio profesional en aras de (i) ofrecer al cliente ese valor añadido que no puede obtener internamente y (ii) automatizar ciertos procesos a fin de poder reducir costes.

4. Spangler (2014) llega a hablar de una auténtica "desmitificación" de los servicios legales, advirtiendo que el equilibrio de poder entre los abogados y sus clientes está cambiando en favor de los segundos.

1.3. Nuevas tecnologías

Por último, el tercer factor de cambio que transformará el ejercicio de la abogacía serán las nuevas tecnologías y todas las oportunidades que derivan de ellas.

En este sentido, el Plan Estratégico del Consejo General de la Abogacía Española para el período 2017-2020 recoge una suerte de mandamiento para todo el colectivo profesional de la abogacía que impide mantenernos ajenos a los cambios tecnológicos y que nos compele a tomar parte en ellos y aprovechar las ventajas competitivas que nos puedan reportar:

> El desafío de la revolución tecnológica abre una ventana de oportunidad para responder a los nuevos retos de la Abogacía, liderando y proponiendo soluciones innovadoras y eficaces. La Abogacía Española debe situarse a la vanguardia de la evolución tecnológica en materia de gestión de datos, eficiencia operativa y herramientas de formación para la especialización en nuevos sectores y disciplinas por parte de sus profesionales. Al tiempo, y para asegurar la gestión integral de conflictos propia de la profesión, debe ofrecer respuestas jurídicas dinámicas a los desafíos que las nuevas realidades de carácter tecnológico o científico suponen para los derechos y libertades de la ciudadanía.

A efectos expositivos, y con el objetivo de delimitar los ámbitos concretos en los que las nuevas tecnologías jugarán un papel más relevante, he considerado oportuno centrar mi análisis en la gestión del trabajo, el marketing digital y la irrupción de nuevos actores en el mercado.

Gestión del trabajo

En primer lugar, las nuevas tecnologías están revolucionando la forma de organizar y gestionar el trabajo. En la mayoría de las ocasiones, esta transformación trae causa de una creciente competencia que fuerza a los despachos a optimizar sus procesos para incurrir en los menores costes posibles y poder ofertar sus servicios jurídicos a un precio competitivo[5]. Asimismo, como aprecia Richard Susskind (2013), las nuevas tecnologías no solo se plantean como una forma de realizar de forma más eficiente una tarea preexistente, limitándose a la automatización de la misma, sino también como una forma de innovar, en el sentido de poder realizar tareas que antes no eran posibles o, ni siquiera, imaginables.

En cualquier caso, la utilización de las nuevas tecnologías se articula como una vía de obtener una ventaja competitiva en el mercado, ya sea mediante el ahorro de costes, la obtención de una mayor eficiencia operativa y profesional o la creación de nuevos servicios.

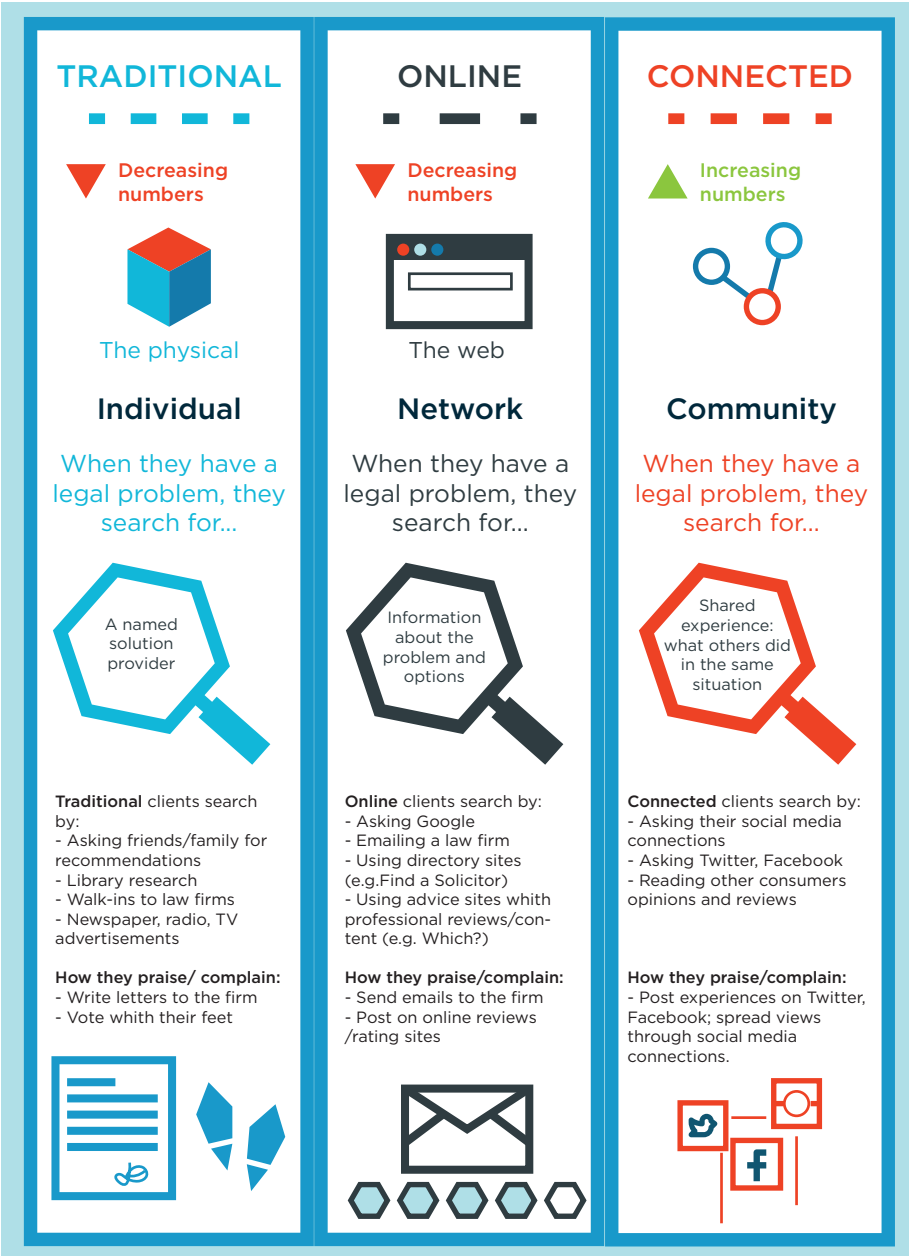
De acuerdo con el Informe de Innovación de Lefebvre (2017), los avances tecnológicos aprovechados por los despachos de abogados se agrupan en cinco grandes áreas: robotización, *blockchain*, *Big Data*, Inteligencia Artificial y *design thinking*. Desde el punto de vista de los jóvenes abogados, resultará vital estar atento a la progresión de estas tecnologías para aprovechar su posible aplicación en el ejercicio profesional y obtener con ello una diferenciación en el mercado.

5. En ocasiones, como advierte el Informe PwC Law Firms' Survey (2017), esta tendencia hacia la incorporación de las nuevas tecnologías viene influenciada por el cliente, que quiere asegurarse de que el despacho está aprovechando toda la tecnología a su alcance para realizar su trabajo de la forma más eficiente posible, de modo que no incurra en costes innecesarios que luego repercuta al cliente.

En segundo lugar, las nuevas tecnologías están cambiando la forma de "vender" servicios jurídicos, cobrando cada vez más importancia las redes sociales como vía de captación de nuevos clientes. Si bien la abogacía siempre ha sido algo renuente a la comercialización de sus servicios en el mundo online, esta reticencia tiene visos de desaparecer ante la ingente actividad y negocio que está deparando internet y las redes sociales. Como bien advierte Jordi Estalella (2014), las redes sociales «alcanzan, y por tanto influyen, a un mayor número de personas y la información se propaga con una velocidad vertiginosa. Permiten a los despachos y abogados comunicar su actividad y relacionarse con clientes potenciales, todo por un gasto insignificante».

A este respecto, la importancia de las redes sociales como herramienta fundamental del marketing digital radica en que ya no sólo hemos pasado del cliente tradicional al cliente que busca sus servicios en la red, sino que éste último está dando paso al cliente interconectado que busca opiniones y consejos de otros clientes en las redes sociales para fundar su decisión de contratar a una firma de abogados u otra. En este sentido, Eugenia Navarro (2017) ha advertido que «vamos hacia el mundo de la interconexión y hacia la cultura colaborativa, los espacios entre abogado cliente dejan de existir para formar parte de un mismo equipo».

A efectos de ofrecer al lector una síntesis de la mencionada transición, resulta especialmente ilustrativo el siguiente gráfico recogido en el informe "The future of legal services" (2016):



Fuente: The Law Society of England and Wales. (2016) The future of legal services

Considerando lo anterior, los jóvenes abogados debemos interesarnos por las nuevas plataformas digitales y trabajar por descubrir todos los potenciales beneficios de integrarlas debidamente en nuestro plan de marketing y, por extensión, en nuestro modelo de negocio.

Irrupción de nuevos actores en el mercado

Como ha quedado expuesto en este trabajo, uno de los actuales desafíos de la abogacía consiste en seguir prestando el mejor servicio pero reduciendo los costes y honorarios mediante el aprovechamiento de las eficiencias derivadas de las nuevas tecnologías (*more-for-less*). Es este contexto el que está dando pie a la aparición de nuevos competidores, cuyo éxito radica en la adopción de modelos de negocio de menor coste que los de las firmas tradicionales, gracias a su mayor aprovechamiento de las nuevas tecnologías (PwC Law Firms' Survey, 2017).

Esta irrupción de nuevos competidores cabría reconducirla, a grandes rasgos, al mundo de la abogacía virtual, nuevo enfoque del ejercicio profesional que supone una auténtica innovación disruptiva y que, en última instancia, provocará una destrucción creativa en el mundo de la abogacía. Analicemos por separado ambas fases:

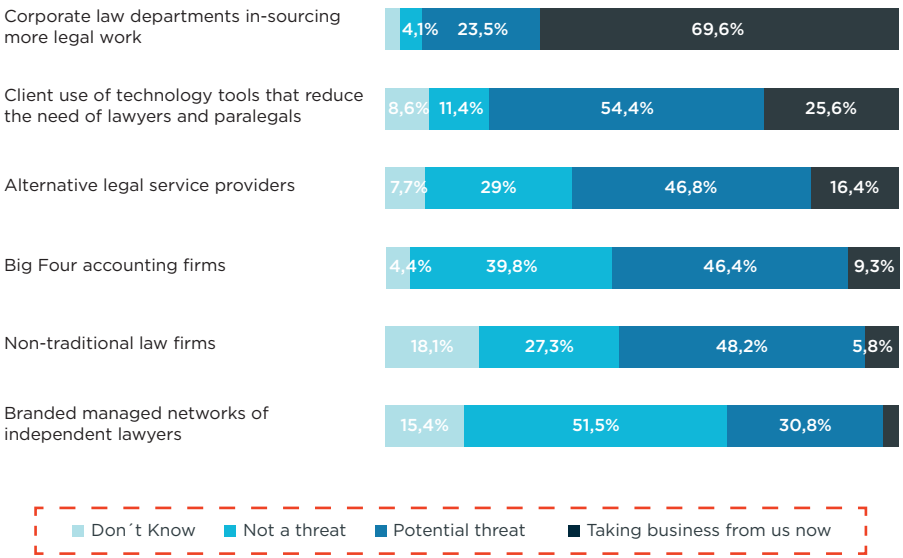
- *Innovación disruptiva*: este tipo de innovación se caracteriza por provocar un cambio brusco en el mercado, creando una nueva demanda de servicios. No se trata ya de mejorar un servicio existente, sino de crear uno nuevo y su consecuente demanda. En el mundo de la abogacía, la innovación disruptiva vendría por la creación de una nueva forma de prestar servicios jurídicos a través de internet, lo cual cambiaría la actual relación presencial entre abogado y cliente por una nueva comunicación virtual[6].

6. No obstante, como aprecia Eva Bruch (2018), la disrupción no se está planteando tanto en la abogacía de los negocios, que por su complejidad requiere inevitablemente de un componente presencial, sino en asuntos jurídicos de menor complejidad, los cuales pueden satisfacerse perfectamente desde la plataforma virtual, ahorrando costes de forma significativa y permitiendo el acceso a un asesoramiento jurídico a muchos particulares y empresas que no se pueden permitir contratar los servicios de un despacho de abogados.

- *Destrucción creativa*: por su parte, la destrucción creativa[7] sería el proceso por el cual irían desapareciendo los despachos de abogados que no supiesen adaptarse a las nuevas reglas del mercado[8], dejando sitio a las firmas innovadoras que supiesen responder mejor a las nuevas necesidades de los clientes. Este proceso de destrucción creativa es el que debe promover en nosotros el afán de cambio, actualización y mejora para estar siempre a la vanguardia en la prestación de servicios jurídicos.

Ahora bien, la irrupción de nuevos actores en el mercado no parece una cuestión que esté afectando actualmente a los despachos de abogados, sino que constituye una amenaza potencial que tendrá su impacto en el medio plazo. Así, el informe "Law Firms in Transition" (2018) encuestó a casi 400 despachos de Estados Unidos sobre si estaban perdiendo negocio en favor de otros prestadores de servicios jurídicos y, por ahora, la pérdida de negocio provendría, mayormente, de los departamentos legales de las empresas, que están dejando de externalizar el trabajo jurídico que pueden realizar internamente, tal y como se comentó al hablar de la tendencia a la reducción de costes. En cambio, los actores que cabría encuadrar en el presente apartado ("alternative legal service providers" y "non-traditional law firms") no parecen considerarse una amenaza actual, sino potencial. A continuación se acompañan el gráfico con los resultados de la referida encuesta:

7. Este término fue acuñado por el economista austríaco Joseph Schumpeter, el cual lo identificó como el hecho esencial del capitalismo, advirtiendo cómo los nuevos productos resultantes de la actividad innovadora destruían los viejos modelos de negocio. Para Schumpeter, la destrucción creativa podía venir de la mano de un nuevo bien, un nuevo método de producción, nuevos mercados, una nueva fuente de materias primas o un nuevo monopolio.
8. En este sentido, Alejandro Touriño, socio director de Ecija, ha advertido en el Estudio de Innovación en el Sector Jurídico (2018) que "las firmas que no se distingan de algún modo en el mercado van a tener serios problemas de supervivencia en el corto- medio plazo".



Fuente: Altman Weil. (2018) Law Firms in Transition

En cualquier caso, los jóvenes abogados experimentaremos, con total seguridad, la materialización de esa amenaza potencial que constituyen los prestadores de servicios jurídicos alternativos, por lo que debemos prepararnos y anticipar la venida de dichos actores trabajando en (i) un posicionamiento diferenciado del que tengan dichos actores, de cara a evitar la pérdida de negocio como consecuencia de su irrupción en el mercado, y (ii) la inversión en innovación y nuevas tecnologías, para no quedar rezagados en la carrera tecnológica cuando lleguen dichos actores.

02 Estrategias y líneas de actuación ante el nuevo entorno

Una vez expuestos los principales factores de cambio que perfilarán el futuro de la abogacía en los próximos años, nos encontramos en c ondiciones de abordar las principales estrategias que nos permitirán adaptarnos a dichos cambios y mantenernos competitivos en el futuro.

Si el presente capítulo tuviese que precederse de una exposición de motivos, podrían traerse a colación las advertencias realizadas por Jorge Badía, director general de Cuatrecasas, en una entrevista concedida a la revista de la Mutualidad de la Abogacía (Pérez, L., 2018):

> «Somos una industria muy tradicional, que siempre nos hemos creído que sabíamos hacer muy bien las cosas, que no era necesario el cambio, y hoy nuestros clientes y la sociedad en general nos enseñan que sin una transformación muy rápida estás fuera del mercado. Si quieres ser competitivo, tienes que innovar».

Con el objetivo de atender esa proactividad innovadora afronto la elaboración del presente capítulo, en aras de nutrir con ideas y propuestas ese espíritu innovador que debería predicarse de cualquier joven abogado en la actualidad.

A efectos de seguir un orden lógico con el del capítulo precedente, las diferentes estrategias y propuestas se expondrán de acuerdo con los

tres factores de cambio analizados anteriormente. Así, en el presente capítulo se analizarán aquellas acciones que deberían emprenderse para (i) intensificar y mejorar la orientación al cliente, (ii) reducir costes, y (iii) sacar provecho de las oportunidades que se derivan de las nuevas tecnologías.

2.1. El abogado como business partner: hacia una mayor orientación al cliente

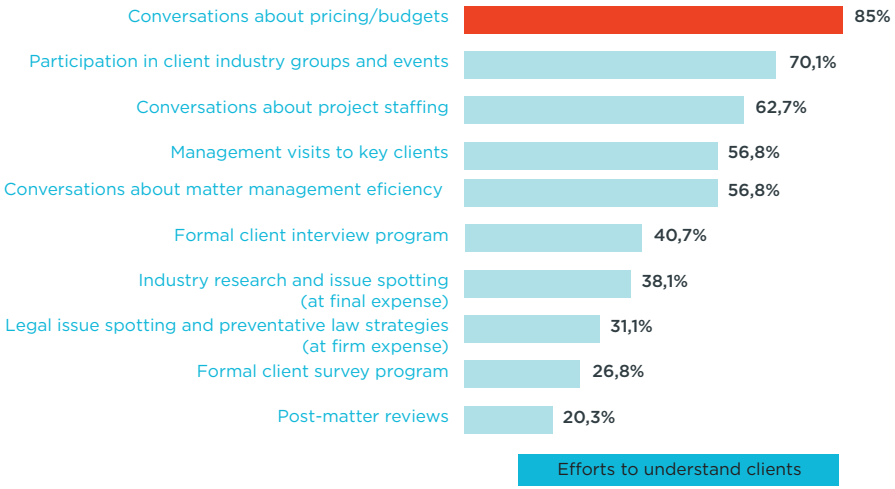
En primer lugar, debemos atender al nuevo rol del abogado, el cual pasará de ser sólo un proveedor de servicios legales a convertirse en socio estratégico de sus clientes. En este sentido, conviene traer a colación las palabras de Joaquín Latorre, socio director de PwC Tax & Legal Services, las cuales podrían servir perfectamente como hoja de ruta para los jóvenes abogados (Saiz, S., 2016):

> «El principal reto pasa por ser capaces de entender lo que nos piden los clientes y acometer los cambios necesarios. Nos están diciendo que el conocimiento técnico es imprescindible, pero no suficiente; que necesitamos desarrollar otras habilidades que tienen que ver con la gestión; que comprendamos mejor sus negocios y sus problemas; que seamos más estratégicos, flexibles e innovadores en la prestación de servicios; que evolucionemos de una visión más tradicional de la abogacía hacia otra más abierta. Y el que no lo entienda así, se quedará fuera del mercado».

En otras palabras, se trata de acabar con la asimetría entre abogado y cliente, de forma que los intereses comerciales del primero confluyan con los del segundo, buscando el abogado reducir al mínimo los problemas jurídicos y gastos del cliente (Susskind, R., 2008). Esta confluencia de intereses sólo es posible mediante una actitud proactiva hacia el conocimiento integral del negocio del cliente, así como de sus problemas e inquietudes, sin limitarnos al ámbito concreto del encargo jurídico que nos atañe[9].

9. Como ha valorado el abogado Óscar Fernández León (2015), «no hay nada más gratificante para el cliente que comprobar que el abogado conoce las principales características de su empresa, negocio y sector de actividad. Ello demuestra no sólo que el abogado es una persona proactiva, responsable y estudiosa, sino que muestra interés por el cliente al preocuparse por conocer el contexto en el que éste desarrolla su actividad».

A efectos de ilustrar lo anterior, el informe Law Firms in Transition (2018) ha recogido las actividades que los despachos de abogados estadounidenses están adoptando para entender mejor las necesidades de sus clientes, dichas actividades se exponen por orden de implementación en el siguiente gráfico:



Fuente: Altman Weil. (2018) Law Firms in Transition

Por mi experiencia personal, la frecuencia de dichas actividades no es extrapolable a España, donde los conocimientos de un abogado sobre su cliente suelen limitarse a las cuestiones estricta y directamente relacionadas con el asunto jurídico objeto de encargo, echándose en falta esa visión abierta del negocio de la que hablaba Joaquín Latorre. Para justificar esa falta de conocimiento integral del negocio del cliente, algunos compañeros podrían oponer que dicha labor implicaría incurrir en una mayor carga de trabajo que elevaría los honorarios y, en consecuencia, haría perder competitividad al despacho. Sin embargo, en un momento en el que hay una alta competencia e irrumpen nuevos a ctores dispuestos a arrebatar cuota de mercado a los despachos tradicionales mediante la reducción de costes, resulta fundamental la diferenciación y poder ofrecer al cliente un valor añadido que nos distinga

de nuestros competidores; en este sentido, una visión estratégica y global del negocio del cliente puede suponer esa nota diferencial que satisfaga las necesidades de muchos clientes y nos haga ganar cuota de mercado.

Una vez apuntado lo anterior, a continuación detallaré una serie de sugerencias y medidas concretas que podrían coadyuvar a lograr esa visión integral del negocio del cliente y cómo ello redundaría en la prestación de un mejor servicio jurídico:

Proactividad en la identificación de problemas jurídicos

Son muchas las reuniones que se mantienen con clientes para abordar un concreto asunto jurídico, pero muy pocas (por no decir ninguna) las que tratan asimismo aspectos del negocio en general. En dicho contexto, deberíamos plantear al cliente la posibilidad de llevar a cabo una reunión en la que se aborden no solo cuestiones estrictamente jurídicas sino también la problemática del negocio, futuros proyectos, inquietudes, etc. Ello no debería implicar una duración mucho mayor de la reunión y, en cambio, nos reportaría una visión global del negocio del cliente y de sus próximos desafíos.

Con ese *input* de información, un buen abogado debería ser capaz de identificar algunas cuestiones jurídicas que el cliente no haya advertido (e.g. costes fiscales, problemas de competencia, formas jurídicas excesivamente rígidas, etc.). Con base en ello, el abogado podría sugerir al cliente algunas acciones o medidas que aborden dichas cuestiones antes de que puedan convertirse en problemas reales. El cliente, por su parte, saldría beneficiado, pues siempre sería mucho menos costoso ese asesoramiento *ex ante* que el que pudiera requerir un problema real y efectivo que no hubiera sido prevenido a tiempo.

En línea con lo anterior, el artículo de Lisa Hart Shepherd (2015) recoge las impresiones de diversos empresarios de grandes compañías estadounidenses que están satisfechos con sus abogados, sus declaraciones

vendrían a confirmar las recomendaciones anteriores. Así, interesa traer a colación las manifestaciones de dos de ellos:

> «They think in business terms; they are commercial solution-oriented. They give the impression that you are the only client with every mandate – in so far as you are looked after individually. The law firm knows the company well, which is also important»[10].
> «They are very innovative, they are very close to their clients, they are very entrepreneurial. They listen to their client and they propose tailor-made solutions, and they also go beyond the legal work, they are also involved in other topics»[11].

En virtud de lo anterior, los jóvenes abogados deberíamos empezar a interesarnos por los objetivos empresariales del cliente, sus problemas, proyectos y necesidades. Esa amplitud de miras nos llevará a ofrecer un servicio más integrado con los intereses del cliente y a diferenciarnos de nuestros competidores.

Secondments en cliente

Esta cuestión está ampliamente implantada en el mundo de la consultoría, donde se asigna un determinado proyecto a un consultor y, durante un determinado período de tiempo, trabaja para un solo cliente en sus oficinas, formando parte de su equipo asesor.

La implantación de este formato en el mundo de la abogacía no estaría exenta de algunos inconvenientes (i.e. quizás no sea rentable para el despacho tener a un abogado dedicado en exclusiva a un solo cliente en vez de a varios), pero, desde luego, supondría una inmersión sin precedentes en la cultura y trabajo diario del cliente. Esta medida iría en

10. «Piensan en términos empresariales; están orientados a la aportación de soluciones comerciales. Dan la impresión de que eres el único cliente en cada encargo – en tanto recibes una atención individualizada. El despacho conoce la empresa muy bien, lo cual es importante también». Traducción propia.
11. «Son muy innovadores, son muy cercanos a sus clientes, son muy emprendedores. Escuchan a su cliente y le proponen soluciones personalizadas, y también van más allá en su trabajo, implicándose en otros temas». Traducción propia.

línea, desde luego, con las necesidades de los clientes pues, tal y como ha advertido Federico Linares, socio director de EY Abogados, "las empresas, ahora, requieren que los abogados sean capaces de darles un asesoramiento global y un socio que sea también un directivo, capaz de aglutinar equipos con diferentes perfiles. No requieren un gestor de asuntos, sino un socio en el desarrollo y resolución de preocupaciones comunes" (Saiz, S., 2016). En este sentido, resulta indudable que trabajar un período de tiempo para un cliente concreto, en exclusiva, y en sus oficinas, lograría ese mejor entendimiento y confluencia de intereses entre abogado y cliente.

Desde el punto de vista del abogado, supondría una oportunidad de excepción para adentrarse en la problemática y vicisitudes de un sector determinado, reforzando su especialización en dicha industria y aumentando su atractivo profesional para otros clientes del sector que puedan requerir de sus servicios.

Creación de un método de feedback

Otra medida que podría resultar interesante sería la creación de un espacio (físico o virtual) donde pudiera canalizarse un sistema de *feedback* entre cliente y abogado. De este modo, el cliente podría transmitir al abogado sus valoraciones e inquietudes (conociendo mejor el abogado, de este modo, las necesidades del cliente) y el abogado podría adaptar o reformular sus servicios legales en atención a las impresiones transmitidas por el cliente, promoviendo un entorno de cocreación de nuevos servicios jurídicos mejor orientados a las demandas de la empresa.

Uno de los despachos pioneros en trabajar con este método ha sido Gómez Acebo & Pombo, a través del foro InBenta, donde se reúnen los coordinadores de las áreas de especialización del despacho con los clientes de un mismo sector, en aras de compartir inquietudes y niveles de satisfacción y poder adaptar, en consecuencia, los servicios legales a sus necesidades.

Una de las ventajas principales de este sistema sería su eficacia para el mantenimiento de los clientes, pues anticiparía una posible falta de satisfacción del cliente con nuestros servicios y nos permitiría reorientar nuestro trabajo antes de que sea demasiado tarde y el cliente decida cambiar de despacho.

En definitiva, cualquier herramienta que nos permita obtener el *feedback* del cliente sobre la eficacia de nuestro trabajo siempre será positivo[12], nos permitirá conocer mejor sus intereses reales y podremos dirigir nuestro asesoramiento hacia la consecución de los mismos.

12. En este punto, resulta interesante la propuesta de valor realizada por la empresa española Typeform, dedicada a la comercialización de software para la creación y gestión de formularios online, los cuales permiten recopilar todo tipo de información según las necesidades del cliente. Para la abogacía, este tipo de software le permitiría desarrollar formularios online que lograsen captar la mayor información posible del cliente en lo relativo a su satisfacción con nuestro servicio jurídico.

2.2. "More-for-less": hacia una reducción de costes

La estrategia dibujada en el capítulo anterior (i.e. la concepción del abogado como *business partner*) aspiraría a una mejora cualitativa de nuestros servicios jurídicos, reportando un mayor valor al cliente. Sin embargo, esta estrategia puede no ser suficiente para el éxito profesional, por lo que deberemos atender, asimismo, al precio asociado a esa propuesta de valor, a los honorarios que el cliente está dispuesto a pagar por nuestros servicios y cómo la reducción de costes puede reportarnos una diferencia competitiva respecto de nuestros competidores. En línea con lo anterior, Jordi Estalella (2015) ha advertido que, mientras los despachos tradicionales han basado su propuesta de valor en la calidad técnica, este nivel de calidad se ha ido estandarizando entre competidores[13] y, en la actualidad, los despachos deben orientar su modelo de negocio hacia la reducción de costes y búsqueda de la eficiencia para obtener una diferencia competitiva en el mercado.

Al objeto de ofrecer una respuesta práctica al desafío de la reducción de costes, he considerado relevante centrar mi análisis en dos propuestas que, a mi juicio, sentarán las bases del futuro modelo de negocio de la abogacía: la comoditización y el *outsourcing* legal.

Comoditización

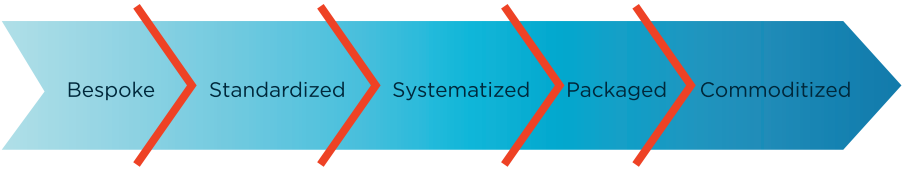
La comoditización proviene del anglicismo *commodity*, el cual hace referencia a aquellos bienes que son producidos en masa y cuyo nivel de diferenciación o especialización es muy escaso. Aplicado al mundo de la abogacía, este proceso consistiría en convertir ciertos servicios jurídicos en *commodities*, esto es, en servicios estandarizados y

13. Tanto es así que el informe Law Firms in Transition (2018) encontró que el 50% de las firmas de abogados encuestadas no creían que estuviesen proyectando un valor distinto y más atractivo que el ofrecido por otros competidores.

producidos a muy bajo coste que puedan satisfacer las necesidades de un colectivo amplio, sin necesidad de adaptarlos a las necesidades concretas de cada cliente.

La importancia de este proceso ha sido advertida por el Consejo General de la Abogacía Española en su Plan Estratégico para el periodo 20172020, donde ha enfatizado que «hay que seguir avanzando en la mejora de procesos de trabajo, aplicando tecnología para automatizar procedimientos manuales, acelerar la ejecución, reducir errores y ahorrar costes».

Ahora bien, cabe precisar que, si bien la comoditización constituye un extremo hacia el cual tenderán los servicios jurídicos, posicionarse en dicho extremo puede no resultar atractivo en términos de rentabilidad, puesto que la comoditización presupone la existencia de muchos competidores ofreciendo un producto o servicio prácticamente idéntico, por lo que el margen de rentabilidad sería prácticamente nulo. En cambio, la clave estaría en posicionarse en un estadio previo. En este sentido, Richard Susskind (2008) ha advertido que los servicios jurídicos evolucionarán desde una concepción personalizada de los mismos hacia su comoditización, encontrándonos con fases intermedias entre los referidos extremos. Así, Richard Susskind (2008) presenta la siguiente evolución de los servicios jurídicos:



A efectos expositivos, a continuación resumiré las principales características de cada fase:

- *Bespoke*: aludiría al trabajo personalizado que tradicionalmente ha caracterizado a la abogacía. Este tipo de trabajo no se puede replicar y, una vez realizado, no puede ser aprovechado para otros clientes. Un ejemplo de ello sería la reunión personal con el cliente.

- *Standardized*: en esta fase, se trata de aprovechar el trabajo realizado para anteriores clientes con el fin de evitar duplicar el esfuerzo. Un ejemplo de ello serían las bases de datos de cada despacho, donde se pueden encontrar documentos elaborados para otros clientes que pueden servir de modelo para realizar un determinado escrito.
- *Systematized*: la sistematización del trabajo consistiría en agilizar y automatizar ciertas tareas mediante el uso de la tecnología. Un ejemplo de lo anterior sería la herramienta Contract Companion, desarrollada por Garrigues, la cual permite revisar posibles errores e incongruencias en un documento (generalmente, un contrato).
- *Packaged*: esta fase consistiría en poner a disposición del cliente los sistemas utilizados en el despacho. Por ejemplo, se podría dar acceso al cliente a las bases de datos del despacho para que aquél pudiese aprovechar los borradores y modelos realizados por el despacho en la elaboración de sus escritos. LEGALIBO ANDRES ROMERO
- *Comoditización*: como se anticipó al comienzo de este apartado, la comoditización ocuparía el polo opuesto a la prestación de servicios personalizados. En esta fase, el servicio sería prestado por otros muchos competidores y apenas habría diferenciación entre la solución ofrecida por un competidor y otro, pudiendo utilizarse el mismo servicio por multitud de clientes. Un ejemplo de ello serían los informes emitidos por cada despacho analizando el impacto de una nueva ley, donde el análisis realizado por un despacho no se diferencia mucho del realizado por otro.

En mi opinión, la creciente presión hacia la reducción de costes obligará a los despachos de abogados a adentrarse en esta senda hacia la comoditización, buscando aprovechar las nuevas tecnologías para acelerar algunos procesos o sistematizar ciertos servicios, evitando incurrir en horas de trabajo innecesarias que puedan elevar el coste del servicio

prestado y dedicando mayor tiempo a aquellas tareas en las que realmente se aporta un valor añadido[14].

En línea con lo anterior, será fundamental la inversión que se acometa en innovación por parte del despacho[15], puesto que dicho departamento implementará las herramientas y aplicaciones necesarias para la estandarización y sistematización de los procesos. Este es un campo donde queda mucho camino por recorrer, puesto que, como afirmó Begoña Mestanza en declaraciones recogidas por la Revista de la Mutualidad (2017), «el sector legal todavía es uno de los sectores menos informatizados y automatizados, en el que el parque tecnológico es eficiente y la formación digital a los abogados es escasa».

En conclusión, debería promoverse una mayor inversión en I+D para no quedar rezagado en la generación de herramientas que aceleren y sistematicen los procesos del despacho. No obstante, la innovación en este campo es responsabilidad, también, de los abogados, los cuales deben adoptar una actitud proactiva para intentar agilizar, con la tecnología disponible, todas aquellas tareas que no requieran la dedicación personalizada del abogado. A estos efectos, se me ocurren los siguientes ejemplos:

- Un espacio en la página web del despacho donde podamos ofertar una serie de servicios tasados entre los que el cliente pueda elegir, generándose, automáticamente, un presupuesto económico para el servicio seleccionado. Posteriormente, el cliente podría aceptar los servicios ofertados y firmar digitalmente la propuesta de servicios del despacho. De este modo se conseguiría (i) que el cliente conozca el precio concreto de los servicios jurídicos que se plantea contratar y (ii) ahorrar horas de trabajo

14.Como ha señalado Sebastiaan Bos (Abogacía de los Negocios. Informe de Innovación, 2017), «a través de la estandarización del trabajo legal, la firma, demuestra a actuales y potenciales clientes que tiene los procesos bajo control y mostrarles el valor que la firma puede aportar».

15. En este sentido, el Estudio de Innovación en el Sector Jurídico (2018) ha apreciado desigualdades importantes en el grado de inversión en innovación, encontrándonos con despachos que destinan grandes cantidades a este ámbito y otros despachos que apenas invierten pequeñas sumas, lo cual nos hace pensar que sólo los grandes despachos apuestan con decisión por la innovación en este campo.

innecesarias al abogado. Esto sería un ejemplo de cómo sistematizar un proceso.

- Ofertar al cliente la posibilidad de acceder a la base de datos del despacho (normalmente denominada "DMS", por sus siglas en inglés de *Document Management System*). En muchas ocasiones, el despacho ya ha realizado un determinado escrito (e.g. una demanda por reclamación de daños y perjuicios derivados de una entrega extemporánea de mercancías) y el abogado acaba realizando una labor de poco valor añadido, consistente en adaptar el escrito al caso concreto del cliente. En estos casos, quizás el cliente pueda estar interesado en pagar un precio mucho menor y adaptar él mismo el escrito, en vez de pagar unos altos honorarios por las horas incurridas por el abogado. Esto sería un ejemplo del trabajo "empaquetado" o *packaged* referido anteriormente.
- Poner a disposición del público en general (ya sea en la página web del despacho, su blog o en redes sociales) una relación de preguntas frecuentes en relación con diversos aspectos jurídicos de interés (declaraciones del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas o del Impuesto sobre Sociedades, creación de una sociedad, cambios legislativos importantes y sus consecuencias, etc.). Si bien esta labor no generaría ingresos directos, sería una buena opción para publicitar los conocimientos del despacho y, en caso de que el interesado necesite profundizar en algún aspecto, transmitirle la certeza y confianza de que el despacho está a su disposición para ofrecerle sus servicios jurídicos. Esto sería un ejemplo de comoditización.

Outsourcing legal

Otra de las propuestas para la reducción de costes sería el *outsourcing* legal. Por su claridad, interesa traer a colación la explicación ofrecida por Jordi Estalella (2014) sobre la incidencia del *outsourcing* en el modelo de negocio de un despacho:

«El *outsourcing* legal responde a la siguiente pregunta: qué es lo que estamos haciendo en nuestro despacho que supone un coste y aporta menos valor al servicio jurídico. Todas las tareas y procesos que se incluyan en la respuesta, que acostumbran a ser de administración, gestión o aquellas que pueden automatizarse, como revisión de contratos, se externalizan a empresas especializadas que lo harán a un coste inferior y de forma más eficiente».

De este modo, el *outsourcing* legal vendría a cubrir todas aquellas tareas que aún no puede realizar un sistema informatizado o la inteligencia artifical. A la vista de lo anterior, y retomando la tendencia a la comoditización comentada en el apartado anterior, cuando un despacho de abogados apuesta por reducir los costes del proceso se debe plantear 1) qué fase de éste no aporta mucho valor al servicio que se presta y 2) una vez determinada esa fase, elegir entre externalizarla o invertir en innovación para desarrollar una herramienta que permita agilizar o sistematizar su realización.

En cuanto al ámbito del *outsourcing* legal, éste se está moviendo desde un enfoque táctico a uno más estratégico (Brooks, 2013). Así, en un principio, el *outsourcing* legal se utilizaba en determinados proyectos que requerían la externalización de alguna tarea, mientras que, ahora, el *outsourcin*g forma parte de la estrategia de muchos despachos de abogados, prestando servicio a toda la firma y constituyendo un apoyo permanente[16].

Descendiendo al caso concreto de España, según el Informe de Innovación en el Sector Jurídico (2018), un 40,4 % de los despachos de abogados habría implantado ya el *outsourcing* en su modelo de negocio, mientras que un 23 % tendría intención de hacerlo. Estas cifras, si bien son similares a las de otros países europeos analizados en el Informe, evidencian que aún queda un largo camino por recorrer hasta la asimi-

16. Este planteamiento está mucho más implantado en los despachos anglosajones que en los españoles. En este sentido, destaca el centro que tiene Baker & McKenzie en Manila, que, con 800 empleados, presta servicios de apoyo a las 77 oficinas de la firma en el mundo (Serraller, 2016).

lación del *outsourcing* como una parte más del modelo de negocio de cada despacho.

En definitiva, la presente propuesta aspira a concienciar a los despachos de abogados de la importancia de externalizar y centralizar ciertas tareas que reportan poco valor añadido al servicio jurídico y que ocupan un tiempo importante de los abogados, aumentando la factura de honorarios al cliente y haciendo perder al despacho competitividad en el mercado.

2.3. Las nuevas tecnologías en el modelo de negocio de la abogacía

Como advertimos al comienzo del presente trabajo, las nuevas tecnologías están transformando el ejercicio profesional a través de una mejora en la gestión del trabajo, las oportunidades derivadas del marketing digital y la irrupción de nuevas actores en el mercado apoyados en un modelo de negocio más tecnológico.

En el presente capítulo, se tratará de discernir qué oportunidades nos brindan las nuevas tecnologías y, a partir de lo anterior, qué actuaciones pueden ser más atractivas para mejorar nuestra competitividad. Para los jóvenes abogados, tomar conciencia de estas oportunidades será vital para que nuestro ejercicio profesional reporte valor y sea exitoso en el nuevo escenario digital.

Hacia una mejora en los procesos de trabajo

Una de las grandes ventajas que pueden reportar las nuevas tecnologías a la abogacía es la mejora de los procesos de trabajo. Esta cuestión, lejos de ser una opción para el abogado actual, constituye un mandato de obligado cumplimiento si no queremos quedar fuera del mercado. Así lo expuso Richard Susskind (2011) durante una conferencia en Madrid sobre el futuro de la abogacía, afirmando que «la mejor manera de predecir el futuro es inventándoselo. Si no se hace, vendrá otro que se lo inventará, y si no nos enfrentamos a estos retos del futuro con éxito, los abogados tendrán cada vez menos importancia en la sociedad».

A estos efectos, en el presente apartado me centraré en dos tecnologías que, si bien no agotan todo el abanico de posibilidades tecnológicas que pueden hacer avanzar la abogacía, a mi juicio, van a generar una mayor disrupción en la práctica profesional; hablamos de *blockchain* y *big data*.

Blockchain

La tecnología *blockchain* se basa en un registro descentralizado que habilita la realización de transacciones entre particulares sobre cualquier tipo de activo y a través de información encriptada, lo que le dota de un alto grado de seguridad. Para el caso concreto de la abogacía, su relevancia radica, principalmente, en los denominados *smart contracts* (contratos inteligentes). Este tipo de contratos consisten en instrucciones codificadas, insertas en la cadena de bloques (*blockchain*), que permiten la ejecución de un contrato de manera automática. Este último rasgo, su automaticidad, constituye el principal atractivo de estos contratos, pues prescinden de la figura de un intermediario que haga ejecutar el contrato, posibilitando el ahorro de importantes costes.

Ahora bien, antes de adentrarnos en las aplicaciones prácticas de esta tecnología, conviene tener presente qué problemas queremos resolver y por qué el *blockchain* y los *smart contracts* nos puede ayudar en ello. Como ha advertido Daniel W. Linna (Estudio de Innovación en el Sector Jurídico, 2018), cofundador del Chicago Legal Innovation & Technology Group, «hay gente que dice: "¿cómo implemento la IA o el blockchain?" Y eso, realmente, es empezar con la solución, cuando lo que tenemos que hacer es empezar identificando los problemas. Se deberían enfocar en solucionar problemas, no en implementar la tecnología por la tecnología».

Una vez sentado lo anterior, debemos comprender, en primer lugar, que el ámbito de esta tecnología, en lo atinente a los *smart contracts*, se limitaría, al menos en un futuro cercano, a aquellos contratos más sencillos que no requiriesen de mayor interpretación o que no estuviesen sujetos a las vicisitudes del paso del tiempo[17].

17. A este respecto, en una entrevista concedida en 2018 a Business Insider, Oliver Hart, premio Nobel de Economía en 2016, aclaró que los smart contracts no resolverían todas las clases de contratos, pues no podrían solucionar aquellos supuestos en los que se produzcan cambios que desequilibren el inicial equilibrio contractual. Trasladado al lenguaje jurídico, supondría la problemática de considerar la cláusula "rebus sic stantibus" en este tipo de contratos. Para consultar la entrevista completa, ver: **https://www.businessinsider.com/nobel-prize-winner-in-economics- shares-his-thoughts-on-smart-contracts-2018-5?IR=T**

A la vista de lo expuesto, resultaría de interés considerar las siguientes aplicaciones prácticas del *blockchain* y los *smart contracts* en el mundo de la abogacía:

- En materia de tasación de costas, se podría articular un contrato inteligente entre las partes de modo que cada una pusiese su cuenta de *bitcoins* a disposición de la otra para que, desestimado el recurso e impuestas las costas a una de las partes, el contrato se ejecutase automáticamente, transfiriéndose los correspondientes *bitcoins* de una cuenta a la otra. Esto no supondría beneficio alguno para el abogado pero le ahorraría gestiones innecesarias y podría centrarse en tareas de mayor valor añadido.
- En materia de derecho de seguros, el abogado podría asesorar en la codificación de contratos inteligentes entre aseguradora y asegurado que estipulasen que, producido un daño, el contrato se ejecutase automáticamente y el asegurado cobrase directamente el precio estipulado para el caso de acaecimiento de la contingencia, ahorrándole al cliente (o al abogado) la gestión del cobro con la aseguradora.
- En cuanto a la facturación y cobro de honorarios, se podría articular un contrato inteligente entre el abogado y el cliente, y vinculado a Lexnet y al Registro General Electrónico, al objeto de que, presentado un determinado recurso, el contrato se ejecutase automáticamente y el abogado recibiese en su cuenta de *bitcoins* los honorarios correspondientes, asegurando el cobro y evitando demoras en el pago de los honorarios[18].

Big data

La otra tecnología que revolucionará el ejercicio profesional será el uso del *big data* como fuente de información y conocimiento. En efecto, el *big data* permite transformar un conjunto ingente de datos en

18. Por ejemplo, el despacho Cuatrecasas ha sido pionero recientemente en el lanzamiento de tokens para el pago de sus servicios legales, gracias a la tecnología blockchain (Del Águila, P., 2019).

información, la cual, a su vez, podemos convertir en conocimiento para una mejora en la toma de decisiones.

Junto al *big data*, debemos hacer mención, asimismo, a la inteligencia de negocio (más conocida como *business intelligence*), consistente en la habilidad de una empresa para recopilar y analizar la información de que dispone con el fin de generar mayores eficiencias, reducir riesgos o identificar gastos excesivos (Applebaum, Z., 2012).

Big data e inteligencia de negocio se encuentran estrechamente ligadas en su finalidad, pero difieren en el tipo de datos que recopilan, así, mientras el *big data* puede analizar datos ordenados o desestructurados, tanto internos como externos, la inteligencia de negocio analizaría conjuntos de datos internos previamente estructurados y organizados.

Para ilustrar lo anterior, podemos acudir a diversos ejemplos de cada metodología. Así, respecto del *big data*, resulta bastante conocida y novedosa la herramienta Jurimetría, la cual permite predecir la posibilidad de éxito de un litigio con base en anteriores resoluciones de ese tribunal. Por otro lado, el despacho Écija ha desarrollado la tecnología "Data Forecast", la cual permite predecir en casi un 90% el riesgo sancionador en materia de protección de datos con base en numerosos precedentes. En cuanto a la inteligencia de negocio, un ejemplo claro serían las bases de datos documentales de un despacho ("DMS", por sus siglas en inglés), donde podemos encontrar todos los documentos realizados por compañeros del despacho, a partir de los cuales poder elaborar nuestros propios escritos.

A continuación enumero una serie de aplicaciones del *big data* y la inteligencia de negocio que podrían ser de utilidad para los futuros abogados:

- En relación con el *big data*, sería interesante desarrollar una herramienta que nos permitiese conocer, en tiempo real, cuáles son las cuestiones jurídicas más consultadas por los usuarios en internet, de cara a poder focalizarnos en satisfacer esa demanda concreta y, en especial, reaccionar publicando información relevante sobre ese tema en redes sociales con el fin de atraer a dichos usuarios.

- En cuanto a la inteligencia de negocio, podría ser útil determinar el número de incidentes de seguridad sufridos por el despacho para acomodar nuestra política de ciberseguridad en consecuencia. En un entorno tan digitalizado, un adecuado análisis de esta cuestión puede evitar brechas de seguridad importantes que dañen la reputación del despacho y le causen perjuicio económico.

En síntesis, *big data* e inteligencia de negocio pueden reportar importantes ventajas a la abogacía y posibilitar la diferenciación de un despacho en el mercado mediante la utilización de información relevante extraída de la previa recopilación de datos.

Marketing digital: hacia una concepción inbound

¿Debe un abogado preocuparse por el marketing y la adecuada promoción y posicionamiento de sus servicios? La respuesta a esta pregunta no sería tan obvia hace 30 o 40 años, cuando la oferta de servicios jurídicos era escasa y el cliente estaba poco informado sobre aspectos jurídicos, lo que derivaba en una lealtad y confianza ciega del cliente hacia a su abogado. Sin embargo, la situación ha cambiado y, actualmente, existen muchos profesionales oferentes de servicios jurídicos, lo que genera una competencia sin precedentes en el mundo de la abogacía. Unido a lo anterior, el cliente actual tiene un mayor acceso a la información, una mejor formación y se da cuenta de que los abogados son falibles y pueden errar en su asesoramiento o criterio (Laud, D., 2011). La confluencia de todas estas circunstancias trae a escena la importancia del marketing en el mundo de la abogacía, puesto que se vuelve fundamental lograr un posicionamiento diferencial[19] que atraiga la atención de un cliente cada vez más desleal y que no tendrá reparos en cambiar a otro abogado que pueda reportarle mayor valor.

19. El Estudio de Innovación en el Sector Jurídico (2018) ha llegado a identificar este posicionamiento diferencial como el reto más importante del sector legal, puesto que el mercado de servicios jurídicos, cada vez más, se caracteriza por su homogeneidad e indiferenciación.

Ahora bien, como hemos apuntado en el presente trabajo, los clientes están evolucionando desde una perspectiva tradicional hacia una dimensión interconectada[20]. Este cambio tiene su reflejo en el marketing, el cual, cada vez más, se centra en el mundo digital para acceder a esos nuevos clientes interconectados. Por tanto, los despachos de abogados deben incorporar en su modelo de negocio una política de marketing digital si desean seguir captando clientes.

Una vez sentado lo anterior, a la hora de configurar adecuadamente nuestra estrategia de marketing, deviene fundamental aclarar, con carácter previo, cuál es el posicionamiento del despacho, de cara a alinear nuestra política de marketing con ese posicionamiento. De lo contrario, nuestros esfuerzos en este plano serían infructuosos, o incluso contraproducentes, pues el despacho estaría buscando un posicionamiento que no se corresponde con su imagen corporativa en internet, redes sociales, etc.

En segundo lugar, debemos plantearnos a qué público nos queremos dirigir, pues ello determinará que utilicemos una plataforma u otra del entorno digital. Como señala Fernando J. Biurrun (2011), «esto redundará en que nuestros contenidos tendrán que estar alineados con el nivel jurídico y de comprensión del Derecho de nuestros clientes». En este sentido, el público que accede a nuestra página web no es el mismo que nos puede encontrar en Facebook, y éste último, a su vez, difiere del que nos puede contactar en Linkedin.

Por último, una vez decidido el posicionamiento y el público al que queremos acceder, nos queda por definir el enfoque de nuestra estrategia de marketing. A este respecto, cabe señalar que el proceso de compra del cliente ha cambiado y esto nos obliga a reorientar también nuestra estrategia de marketing. En este sentido, el cliente actual, interconectado como decíamos, se informa previamente en internet sobre los servicios que se ofertan, las ventajas y el coste de cada uno. De este modo, la función comercial del abogado pierde relevancia, pues cuando el

20. Como apunta Eugenia Navarro (2017) «el hábito de compra ha cambiado y los clientes buscan y encuentran en la red. El 80% de los procesos de compra en el mundo real, se inician en la red. Las personas se documentan y buscan en internet antes de comprar».

cliente acude a nosotros ya ha tomado previamente la decisión de contratar nuestros servicios. Por tanto, debemos anticiparnos, tratando de satisfacer las necesidades del cliente en esa fase previa de búsqueda por internet. Es lo que se denomina marketing *inbound*.

El marketing *inbound*, según Álvaro Faiña (2018) «es una metodología de trabajo con la que, combinando técnicas de marketing digital y publicidad no intrusiva, somos capaces de acompañar a nuestro potencial cliente incluso desde antes de que sepa que tiene una necesidad hasta que finalmente compra el producto que la satisface». Se trata, en suma, de aportar valor en internet y las redes para hacer que el cliente te encuentre en vez de crear en él una presión para que te vea. Como señala Eugenia Navarro (2017), la «principal estrategia del inbound es la generación de contenido de valor para quien necesita encontrar tus servicios».

Esta visión *inbound* va a ser clave a la hora de definir nuestra política de marketing digital. Con base en lo anterior, a continuación expongo algunas ideas que pondrían en práctica las recomendaciones expuestas:

- Aprovechar el potencial de redes sociales como Facebook o Twitter para compartir vídeos en los que profesionales del despacho den una explicación jurídica sencilla sobre cuestiones que sean de interés general. De este modo, se accedería a un gran número de usuarios y se transmitiría una imagen de despacho cercano al cliente, que habla su mismo lenguaje y que está dispuesto a aportarle valor.
- Utilizar Linkedin para acceder a aquel colectivo más profesional y especializado que busca respuestas concretas sobre aspectos más complejos. En este sentido, se podrían compartir en dicha red social informes o artículos sobre algún tema jurídico de actualidad.
- En cuanto a Instagram, si bien comenzó como una red social donde publicar fotos, hoy en día su función es amplísima y prácticamente ha sustituido a Facebook y Twitter entre los más jóvenes. Así, se podría utilizar esta red social para acceder a ese público más joven, transmitiendo aquellos atributos que más

valora este público, de modo que nuestro despacho pueda ser visto como un lugar atractivo para trabajar. De este modo, esta red social se podría articular como una vía para captar talento.

En todos los casos, habría que facilitar al usuario el enlace directo a la página web del despacho, donde aprovecharíamos para contar lo que sabemos hacer y cómo ello podría ayudar al potencial cliente a solucionar sus problemas. En definitiva, se trata siempre de aportar valor y dar soluciones, de manera que el cliente se encuentre cómodo y sea él el que acuda a nosotros, fundamento del marketing *inbound*.

Destrucción creativa y aparición de nuevos actores

Como se ha comentado, la destrucción creativa que está transformando el modelo de negocio de la abogacía está provocando la aparición de nuevos actores en el mercado que apuestan por aprovechar las nuevas tecnologías para mejorar y optimizar la prestación de servicios jurídicos.

Todos estos nuevos actores los ubicaríamos bajo el paraguas de lo que se viene denominando la abogacía virtual, esto es, aquella práctica profesional que se desarrolla de forma online, prescindiendo del clásico vis a vis entre abogado y cliente. Como advierte Eva Bruch (2014), «la realidad nos muestra a clientes cada vez más exigentes en términos de precios, resultados, transparencia y acceso a la información. Muchos profesionales demandan flexibilidad en su día a día. Existen nichos de mercado nuevos o con necesidades no satisfechas y la abogacía virtual aporta soluciones a todos». En este sentido, las ventajas de este modelo de negocio son múltiples:

- Ahorro de costes fijos, en tanto no se requerirían espacios dedicados a reuniones con clientes y la ubicación del despacho perdería relevancia, pudiendo elegirse una zona cuyo alquiler fuese más económico.
- Ahorro de costes variables mediante la automatización de procesos; en efecto, operar vía online permite la implementación de modelos de negocio basados en la automatización y generación

automática de documentos[21], lo cual reduciría los costes y permitiría ofertar nuestros servicios a un precio más competitivo.
- Reducción de los tiempos de gestión, en tanto la digitalización de todo el trabajo agilizaría gran parte de las tareas, permitiendo incurrir en menos horas para el cliente.
- Mejor conciliación de la vida laboral y familiar para el abogado, toda vez que éste podría ejercer su trabajo desde casa. Este aspecto resulta especialmente relevante si se quiere atraer talento joven, puesto que la generación *millennial* otorga una gran importancia a este factor.

Por ahora, el ámbito de la abogacía virtual se reduce, mayormente, a servicios de poco valor añadido y documentos que puedan ser generados en masa (retomamos la idea del servicio jurídico como *commodity*), sin embargo, esta tendencia hacia lo virtual irá abarcando cada vez más servicios jurídicos que tradicionalmente han requerido la presencia física del abogado.

Con base en lo expuesto, a continuación detallo una serie de ideas que podrían materializar y aprovechar la prestación de servicios jurídicos *online*:

- Creación de un despacho especializado en trámites relacionados con las actividades en España de no residentes (ya sean personas físicas o jurídicas): en ocasiones, dada su estancia en el extranjero, los no residentes se ven impedidos de poder reunirse personalmente con su abogado en España (o les resulta muy oneroso), por lo que sería interesante crear un despacho virtual dedicado especialmente a este colectivo. El hecho de que todo el modelo de negocio fuese virtual permitiría ampliar el ámbito de actuación a cualquier cliente del mundo y, para éste, sería de especial utilidad tener la certeza de que su despacho de abogados cuenta con una plataforma virtual avanzada que garantiza que todos los trámites podrán ser llevados a cabo de forma online.
- Debido a la globalización, cada vez más personas y empresas del mundo podrán tener intereses económicos en España y serán más frecuentes este tipo de modelos de negocio.

21. Como ejemplos de lo anterior podemos mencionar las empresas Legaliboo y LegalZoom, las cuales permiten, a través de sus páginas web y previa cumplimentación por el usuario de un formulario, la generación automática de contratos y documentos legales.

- Asistencia y asesoramiento en las vicisitudes que atañen a la creación de una empresa: esta fase suele generar bastante incertidumbre en los emprendedores primerizos, por lo que podría establecerse un despacho virtual, especializado en las gestiones y trámites de esta etapa, que pudiese prestar este servicio de asesoramiento a un coste muy bajo (este servicio podría articularse prácticamente como una *commodity*). En este sentido, podría organizar su oferta en dos servicios: en primer lugar, ofertar gratis un documento informativo con una serie de preguntas frecuentes y respuestas en torno a la materia (esto no generaría beneficio pero atraería mucha clientela a la página web y generaría confianza en el despacho) y, en segundo lugar, en caso de optar por ello el cliente, una fase de asesoramiento específico, donde el despacho obtendría su beneficio económico.
- Asistencia y asesoramiento en la cumplimentación de la declaración de IRPF: dadas las dificultades y problemas que, a veces, suele generar la solicitud del trámite de Cita Previa con la Agencia Tributaria, sería interesante habilitar un espacio online en el que el usuario pudiese poner a disposición del abogado la documentación relevante y éste procediese a cumplimentar la declaración con base en dicha información. Esta propuesta daría pie a la creación de despachos especializados en la gestión de declaraciones de IRPF que, a diferencia de las tradicionales gestorías, aprovecharían las mayores eficiencias de las nuevas tecnologías, automatizando ciertas tareas y ofertando el servicio a un menor precio.

En conclusión, las nuevas tecnologías permiten articular nuevos modelos de negocio que mejoran (principalmente, mediante una mayor eficiencia) las formas tradicionales de prestación de servicios legales. Estas tecnologías generarán una destrucción creativa sin precedentes que favorecerá a todos aquellos abogados y despachos innovadores y proactivos que incorporen y aprovechen las ventajas derivadas del nuevo entorno tecnológico.

03 Nuevos perfiles profesionales: reinventando el futuro

«Cambia antes de que tengas que hacerlo», estas premonitorias palabras del empresario Jack Welch ilustran a la perfección el futuro inminente de la abogacía. Con el advenimiento de la cuarta revolución industrial, el éxito profesional lo obtendrán aquellos que se anticipen o adapten mejor a la inevitable disrupción en el modelo de negocio de la abogacía.

El presente capítulo pretende exponer, con vocación pragmática, aquellos perfiles profesionales que marcarán el rumbo de la abogacía, todo ello con el objetivo de conocer, ahora que los jóvenes abogados nos encontramos en los albores del ejercicio profesional, aquellos trabajos que reportarán mayor valor en un futuro y que, sin duda, diferenciarán al abogado de éxito.

Gestor legal de proyectos (legal project manager)

Como se comentó al hilo de la reducción de costes que están exigiendo los clientes, una de las tareas más eficaces e interesantes sería la externalización de ciertos servicios legales por parte del despacho (el llamado *outsourcing* legal). En este contexto irrumpe el gestor legal de proyectos como persona encargada de discernir qué tareas sería aconsejable externalizar, seleccionar al especialista que pueda acometer dichas tareas de forma más eficiente y económica y monitorizar todo el

proceso de externalización para que éste se integre con éxito en el proyecto jurídico y, en última instancia, se ofrezca un servicio de calidad al cliente al menor coste posible.

Como jóvenes abogados, debemos mantenernos despiertos desde nuestros primeros años para ir advirtiendo aquellas tareas del proyecto jurídico que están requiriendo una dedicación significativa y que, sin embargo, un despacho especializado podría acometer de forma mucho más rápida debido a que disponen, por ejemplo, de sistemas de automatización desarrollados específicamente para dicha tarea.

Gestor de riesgos legales (legal risk manager)

Una de las principales preocupaciones de los clientes radica en tratar de evitar los problemas jurídicos más que en solucionarlos (Susskind, R., 2013). En efecto, la incertidumbre que genera una contingencia o litigio legal, y las consecuentes provisiones que la empresa se ve obligada a dotar, limitan significativamente la toma de decisiones de la empresa. En este punto, surge el gestor de riesgos legales como una pieza fundamental para aportar certidumbre al cliente, evitarle la dotación innecesaria de provisiones y permitirle una mejor y más eficiente asignación de recursos.

Para el cliente, el beneficio económico de que realicemos satisfactoriamente esta tarea sería indudable, en tanto le permitiría tener la certeza de qué concretas cantidades deberá reservar para posibles contingencias legales, pudiendo destinar el resto a acometer inversiones que le puedan reportar una rentabilidad.

Abogado experto en nuevas tecnologías

Cada vez más, nuestro trabajo se desarrollará de manera virtual; asimismo, nuestros clientes avanzan con decisión en la digitalización de su modelo de negocio. Ambas tendencias van a generar, como no podía ser de otro modo, nuevos problemas jurídicos relacionados con

las nuevas tecnologías que darán lugar a una importante demanda de servicios legales en esta materia.

A día de hoy, salvo contadas excepciones, los despachos de abogados no cuentan con un equipo especializado en este campo, por lo que este área del derecho se posiciona como un nicho de mercado muy interesante para aquellos abogados jóvenes que deseen formarse en este ámbito, aprovechando la escasez de la oferta existente y el despegue que va a generar la demanda de estos servicios en un futuro próximo. Por ejemplo, la especialización en las vicisitudes jurídicas que pueden derivar de las tecnologías *fintech* y *blockchain*, las cuales serán la base del negocio de muchas empresas en los próximos años, puede situarnos a la vanguardia del asesoramiento jurídico en este ámbito.

Conclusiones

En ciernes de nuestro ejercicio profesional, los jóvenes abogados nos encontramos ante la gran oportunidad de conocer, aprender y aprovechar los cambios disruptivos que están transformando la profesión, todo ello con la perspectiva de afrontar un futuro profesional que nos deparará innumerables cambios que exigirán de nosotros una actitud innovadora y proactiva. En este sentido, cómo afrontemos nuestros primeros años de ejercicio será fundamental para sentar las bases de una carrera profesional prometedora.

A lo largo del presente trabajo, he tratado de resaltar las claves que marcarán nuestro futuro y condicionarán nuestra competitividad en el mercado: una adecuada visión estratégica de los intereses del cliente, una actitud proactiva hacia la reducción de costes mediante la automatización y la externalización, y un aprovechamiento de las diversas oportunidades que nos ofrecen los avances tecnológicos. Incorporar estas recomendaciones a nuestra práctica profesional será fundamental para atender y satisfacer las nuevas demandas de nuestros clientes. En paralelo, surgen nuevos perfiles profesionales que satisfacen las necesidades que estas nuevas demandas generarán: gestor legal de proyectos, gestor de riesgos legales o experto en nuevas tecnologías, entre otros. Estos perfiles tienen carácter transversal, alcanzando a todas las ramas de la abogacía, por lo que, cualquiera que sea la especialidad de

un abogado, éste puede complementar y mejorar su ejercicio con el conocimiento y especialización en estas nuevas prácticas; en última instancia, cuando éstos perfiles profesionales puedan constituir una profesión autónoma, permitirían al abogado plantearse la dedicación a tiempo completo a dichas prácticas si encuentra en ellas un mercado potencial mayor respecto del que tradicionalmente ha requerido sus servicios profesionales.

En definitiva, se abre un horizonte apasionante para los que nos iniciamos en esta noble profesión, pues nos enfrentamos a un panorama de oportunidades sin precedentes que favorecerán nuevas formas de ejercer la abogacía y mejorar la calidad de nuestro servicio al cliente. Como nos enseñó el ilustre jurista José María Cervelló, «se trata de aceptar siempre nuevos retos. Buscar un hueco en ellos y desde allí jugar por las bandas». Sirva, pues, este espíritu como una invitación a toda la generación de jóvenes abogados que ahora comenzamos nuestra andadura profesional para que nos mantengamos alerta y despiertos frente a los nuevos cambios y oportunidades y nunca dejemos pasar la ocasión de llevar un paso adelante el noble ejercicio de nuestra profesión.

Bibliografía

Altman Weil. (2018) Law Firms in Transition. Recuperado de: **http://www.altmanweil.com/dir_docs/resource/45F5B-3DD-5889-4BA39D05-C8F86CDB8223_document.pdf**

Applebaum, Z. (2012) *Business Intelligence for Law Firms*. Londres: Ark Group.

Biurrun, F.J. (2011) Herramientas del plan de marketing virtual de un despacho. *Actualidad Jurídica Aranzadi, 824*, 13.

Braegelmann, T. (2018) Smart Contracts for Modern Lawyers. En *Legal Tech* (pp. 283-288). Munich: Beck.

Brooks, E. (2013) *Succesful Outsourcing Strategies for Law Firms*. Londres: Ark Group.

Bruch, E. (2014) Abogacía Virtual: cuando el cliente quiere más. *Iuris: Actualidad y práctica del derecho, 214*, 19-21.

Bruch, E. (2018) ¿Hay innovación disruptiva en el sector jurídico? Blog Abogacía Española. Recuperado de: https://www.abogacia.es/2018/10/15/hay-innovacion-disruptiva-en-elsector-juridico/

Consejo General de la Abogacía Española. (2017) Plan Estratégico de la Abogacía. Recuperado de: https://www.abogacia.es/wp-content/

uploads/2017/02/PLANESTRATEGICO-ABOGACIA-2020.pdf

Del Águila, P. (2019) Cuatrecasas lanza "tokens" con "blockchain" para el pago de sus servicios legales. Cinco Días, 18 de febrero de 2019. Recuperado de: http://mynmedia.mynews.es/noticies/intelligence/?dre=CDN201902187005&tipus=pdf&idCarpeta=3030&fromEmail=True

Estalella del Pino, J. (2014) Entrevistado por César Abella. *Iuris: Actualidad y práctica del derecho, 208*, 8-15.

Estalella del Pino, J. (2015) Tradición, innovación y perspectivas de los modelos de negocio en la abogacía. *Economist & Jurist, 189*, 86-91.

Esteban Ferrer, M.J. & Wilkins, D.B. (2013) Regreso al futuro: la reactivación de las divisiones jurídicas de las Big 4 en Europa y el futuro de la abogacía de los negocios. *Economist & Jurist, 167*, 81-90.

Faiña, A. (2018) ¿Qué es inbound marketing? *Mutualidad de la Abogacía, 102*, 30-33.

Fernández León, O. (2015) *El Reto de Ser Abogado*. Cizur Menor: Aranzadi.

Garrigues Walker, A. (2007) A modern approach: embracing change. *Iberian Lawyer, mayo/junio*, 21.

Hart Shepherd, L. (2015) Continual adaption: What general counsel expect from law firms. *Managing Partner, vol. 17*, 5, 52-54.

Hartung, M. & Gärtner, A. (2016) The "more-for-less" paradox. *Business Law Magazine, 1*, 21-23.

International Bar Association. (2016). "Times are a-changin": disruptive innovation and the legal profession. Recuperado de: https://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=2C42BEFA-DDC4-4EF5-BDD5-41FA502B987B

Laud, D. (2011) Social Media Marketing for Law Firms. Londres: Ark Group.

Lefebvre. (2017) Abogacía de los negocios. Informe de innovación.

Lefebvre. (2018) Estudio de innovación en el sector jurídico.

Leigh Dance, E. (2013). What can your firm do to win and keep clients today?. En *Law Firm Strategies for the 21st Century* (pp. 215-222). Londres: Globe Law and Business.

Manglani, M. (2014) Game changer: How technology will transform law firms. *Managing Partner, vol. 16, 6*, 28-34.

Mestanza, B. (2017) en ¿Cómo será la abogacía del mañana? *Mutualidad de la Abogacía, 97*, 48-49.

Navarro, E. (2017) Abogados y entorno digital. *Blog Abogacía Española*.

Recuperado de: https://www.abogacia.es/2017/05/16/abogados-y-entorno-digital/

Ossorio y Gallardo, A. (2008) *El alma de la toga*. Madrid: Reus.

Pérez, L. (2018) La (r)evolución de las firmas. *Mutualidad de la Abogacía, 102*, 20-27.

PwC. (2017). PwC Law Firms' Survey 2017. Recuperado de: https://www.pwc.co.uk/industries/law-firms/law-firms-survey-report-2017.pdf

Serraller, M. (2016) Los bufetes españoles subcontratan servicios y crean equipos paralegales. Expansión, 12 de febrero de 2016. Recuperado de: http://www.expansion.com/juridico/actualidadtendencias/2016/02/12/56be0d66e2704e02708b45b7.html

Saiz, S. (2016) Los bufetes se preparan para reinventar su modelo de negocio. Expansión, 5 de septiembre de 2016. Recuperado de: http://www.expansion.com/juridico/actualidadtendencias/2016/09/05/57cd8f7be2704e52458b4618.html

Spangler, S.L. (2014) Disruptive Innovation in the Legal Services Market: Is Real Change Coming to the Business of Law, or Will the Status Quo Reign? Trabajo presentado en la American Bar Association

Annual Meeting, Boston, August 7-11.

Susskind, R. (2008) *The end of lawyers? Rethinking the Nature of Legal Services*. Nueva York, NY: Oxford University Press.

Susskind, R. (2011) Entrevista. *Abogados, 66*, 28-30.

Susskind, R. (2013) *Tomorrow's lawyers*. Oxford: Oxford University Press.

The Law Society of England and Wales. (2016) The future of legal services.

FUNDACIÓN
Mutualidad

Los nuevos modelos de prestación de servicios legales y sus implicaciones para la práctica de la abogacía

Juan Alberto Valdés

Juan Albero Valdés
Universidad CEU-Cardenal Herrera

PRIMER PREMIO EX AEQUO
VII Premios a la Excelencia de la Cátedra Fundación Mutualidad Abogacía

2018

Índice

Resumen 635
Introducción 636
1. La abogacía ante la transformación del sector legal. Hacia un nuevo modelo de negocio 639
1.1. Un escenario cambiante. Causas y factores de la transformación del sector legal 639
1.2. La innovación como elemento clave en la gestación de los nuevos modelos de negocio 650
2. Análisis de los nuevos modelos de negocio legales 655
2.1. La aparición de las *New Law*. Una concepción alternativa de la prestación de los servicios legales 655
2.2. Modelos surgidos del Legaltech 665
2.3. Modelos basados en formas alternativas de prestar los servicios legales 668
3. Implicaciones de los nuevos modelos de negocio legales en la práctica de la abogacía 673
3.1. Observaciones previas 673
3.2. Ámbito del mercado de los servicios legales 675
3.3. Ámbito de los efectos en el despacho de abogados 677
3.4. Ámbito de los efectos en la figura del abogado 682
Conclusiones 687
Bibliografía 691

Resumen

La transformación del sector legal en los últimos años ha dado lugar, entre otros, al surgimiento de nuevos modelos de prestación de servicios legales que buscan ofrecer una respuesta alternativa a las necesidades de los clientes, con un menor coste y una mayor eficacia. Este fenómeno ha conllevado la aparición de diferentes y novedosas formas de prestar los servicios legales. A pesar de no haberse consolidado aún en el mercado español, cada vez más está teniendo un mayor protagonismo en el panorama legal. Asimismo, también cabe señalar la importancia que revisten estos modelos de negocio legales por sus implicaciones para la práctica de la abogacía.

Palabras clave: Abogacía, práctica, modelos, alternativos, servicios legales

Introducción

La abogacía ha estado sumida en un profundo estado de letargo durante mucho tiempo. Caracterizada por ser un sector poco proclive a los cambios y a la innovación, así como por desenvolverse en entornos controlados y con escaso margen para el riesgo, se ha visto afectada por la aparición de nuevas fuerzas y dinámicas en el mercado legal que han provocado un despertar imprevisto a la vez que desconcertante para los abogados. Hablamos de un despertar que ha situado a la abogacía en un escenario bastante distinto al que estaba acostumbrada hasta ahora.

Uno de los aspectos prácticos del ejercicio profesional de la abogacía más importante y, paradójicamente, sobre el que se presta menor atención, es el modelo de negocio que se va a establecer para llevar a cabo la prestación de los servicios legales. Este aspecto, constituye un elemento capital para el desarrollo del propio despacho pues, sin el mismo, la firma se vería desprovista de una estrategia o metodología que le ayudase a crear y ofrecer valor para los clientes al mismo tiempo que quedaría privada de los recursos claves para generarlo. A mayor abundamiento, sin estrategia y metodología, el trabajo del abogado carecería de sentido pues no sabría hacia dónde debería alinear sus esfuerzos.

Tradicionalmente, el sector de la abogacía se ha caracterizado por la existencia de un modelo de negocio concreto y común, por lo que la mayoría de los despachos, con independencia de si son multidisciplinares,

especializados o una *boutique* legal, han seguido siempre la tendencia generalizada en el sector y han evitado desarrollar nuevas formas de prestar los servicios legales. Esta circunstancia ha tenido como consecuencia directa que a la hora de analizar los aspectos prácticos del ejercicio de la abogacía, los modelos de negocio hayan sido una cuestión desatendida y poco tratada puesto que al haber imperado generalmente el mismo tipo de modelo en el mercado, no ha habido un especial interés en abordarla.

Sin embargo, el contexto ha cambiado y el sector de la abogacía se ha visto arrojado a una nueva realidad. El despertar al que hemos hecho alusión al principio de esta introducción se ha materializado en una transformación del sector legal que ha tenido entre una de sus consecuencias, el surgimiento de nuevos modelos de prestación de servicios legales. Este fenómeno, en un breve espacio de tiempo, ha conseguido aumentar su presencia en el mercado legal, principalmente en los países anglosajones donde está logrando consolidarse como un importante actor en la prestación de estos servicios.

La aparición de estos nuevos modelos plantea una doble exigencia. Por un lado, dada su irrupción reciente en el panorama legal y su tímida presencia en países europeos como es el caso de España, resulta necesario abordar este fenómeno de tal forma que podamos establecer de manera sucinta una conceptualización y taxonomía sobre el mismo, identificando los principales rasgos y características que comparten en común los diferentes modelos. Por otro lado, realizar un análisis de las principales implicaciones que tienen para la práctica de la abogacía. Este aspecto resulta destacado en tanto que el surgimiento de nuevos modelos en sí mismo no tiene excesiva importancia si no es con relación a las consecuencias que provoca para aquella.

En consecuencia, el objetivo que se propone con este trabajo es abordar el fenómeno de los nuevos modelos de prestación de servicios legales que han surgido en los últimos años así como las principales implicaciones que tienen los mismos para la práctica de la abogacía. Para desarrollar este fin, este ensayo se configura en torno a tres partes o secciones. En la primera, se abordará cómo ha sido la transformación del sector legal, cuáles han sido las principales causas que han dirigido

este proceso de cambio y cómo éstas han contribuido al surgimiento de los nuevos modelos de negocio. Es decir, mostrar una visión de los factores que han contribuido a la gestación de los modelos, pues para poder comprender cómo se han formado éstos es necesario saber qué es lo que les ha motivado a crearse.

La segunda parte se centrará en el análisis de las características y rasgos de los nuevos modelos de prestación de servicios legales. En ella, se expondrán los diferentes modelos que han surgido hasta la actualidad, describiendo sus principales peculiaridades. En la tercera y última parte se analizarán las implicaciones que tienen dichos modelos de negocio para la práctica de la abogacía desde diferentes perspectivas, como son, el mercado de los servicios legales, los efectos que tienen para los despachos de abogados y para la figura del abogado.

01 La abogacía ante la transformación del sector legal. Hacia un nuevo modelo de negocio

1.1. Un escenario cambiante. Causas y factores de la transformación del sector legal

En el mes de mayo del año 2016, la firma legal estadounidense Baker & Hostetler incorporó a su equipo de trabajo por primera vez en la historia un programa basado en Inteligencia Artificial (IA), ROSS *Intelligent*, cuyo principal cometido era la búsqueda y revisión de miles de documentos legales en materia de quiebras y concursos de acreedores.[1] Asimismo, un año después, la firma británica CaseCrunch albergó la primera

1. ROSS o ROSS *Intelligence* es un programa desarrollado sobre la plataforma de computación cognitiva Watson de IBM. Constituye una herramienta de investigación legal que permite a los abogados reducir el tiempo dedicado a la investigación, al tiempo que mejora los resultados Es decir, un buscador avanzado de documentación legal. Véase Sills, A. (2016) *ROSS and Watson tackle the law*, en IBM, publicado el 14 de enero de 2016. Disponible en: **https://www.ibm.com/blogs/watson/2016/01/ross-and-watson-tackle-the-law/** (última consulta el 16 de enero de 2019) y Turner, K. (2016) Meet Ross, the newly hired legal robot, en *The Washington Post*, publicado el 16 de mayo de 2016. Disponible en **https://www.washingtonpost.com/news/innovations/wp/2016/05/16/meet-ross- the-newly-hired-legal-robot/?utm_term=.a9d-d96e68464** (última consulta el 16 de enero de 2019)

competición entre un *software* de IA y un equipo formado por más de un centenar de abogados. El objetivo de la prueba era observar quien podía realizar predicciones legales con mayor acierto. El vencedor de la misma resultó ser el programa de IA con un 88,6% de precisión, en contraposición con el 62,3% del equipo humano.[2]

Ambos hechos resultan especialmente ilustrativos, al mismo tiempo que anunciadores, de lo que puede ocurrir en los próximos años en el sector legal, es decir, la progresiva incorporación de las nuevas tecnologías al ejercicio de la abogacía y la forma en que ésta afectará a los servicios legales. En este sentido, esta simbiosis entre ambos elementos plantea ciertas incertidumbres sobre cómo puede afectar este fenómeno –la automatización de las tareas- a la práctica legal. Según un informe de McKinsey Global Institute, el 60% de las ocupaciones tienen al menos un 30% de actividades técnicamente automatizables, no obstante, los operadores legales se situarían dentro de las profesiones con menor porcentaje, es decir, aquellas con menor riesgo de ser automatizadas[3]. Aún con estos datos, no hay duda de que estamos ante un escenario de cambios, incertidumbres y especulaciones.

La evolución de la industria legal durante el siglo XXI ha estado marcada por los diferentes cambios sociales, económicos y tecnológicos que se han ido produciendo paulatinamente en la sociedad y que han llevado a aquélla a estar inmersa en un proceso de transformación y adaptación. Asimismo, han surgido nuevas tendencias y corrientes culturales que están modificando la forma de establecer las relaciones entre los operadores jurídicos, los agentes económicos y la sociedad en

2. Cellan-Jones, R. (2017) The robot lawyers are here - and they're winning, en *BBC*, publicado el 1 de noviembre de 2017. Disponible en **https://www.bbc.com/news/technology-41829534** (última consulta el 16 de enero de 2019)
3. Manyika, J., Chui, M., Miremadi, M., Bughin, J., George, K., Willmot, P. y Dewhurst, M. (2017) *A future that works: automation, employment, and productivity*, McKinsey Global Institute. Pág. 5. Disponible en: **https://www.mckinsey.com/~/media/mckinsey/featured%20insights/Digital%20Dis ruption/Harnessing%20automation%20for%20a%20future%20that%20works/MGI- A-future-that-works-Executive-summary.ashx** (última consulta el 17 de enero de 2019)

general, contexto que algunos incluso han denominado como "nuevo mundo legal".[4]

Uno de los fenómenos que más ha contribuido a la transformación del sector legal ha sido la disrupción tecnológica, concepto acuñado por Clayton Christensen en 1997 por medio del cual se hace referencia a aquella innovación que desplaza la tecnología vigente afectando a los productos existentes, al mercado y a las redes de valor.[5] Dicho concepto puede contextualizarse en aquello que se ha denominado como Cuarta Revolución Industrial o Industria 4.0.[6] Esto es, la implementación o aplicación masiva de la tecnología a los procesos productivos y a la prestación de servicios. Indudablemente, el fenómeno tecnológico o digital ha supuesto uno de los factores que más ha influido en la transformación actual de la práctica de la abogacía.

El sector legal ha estado tradicionalmente caracterizado por su aversión al riesgo, a los cambios abruptos y a la innovación. De ahí que haya estado sumido en un cierto hermetismo si se le compara con otros sectores que sí han sido más proclives a introducir cambios y dinámicas en sus estructuras de negocio. Esta capacidad de resistirse al cambio ha estado fundamentada principalmente por: i) el pensamiento de que tras la recesión económica el mercado recobraría su *statu-quo*, ii) la reticencia a introducir nuevas aplicaciones tecnológicas a la práctica legal, iii) un modelo de negocios donde ha prevalecido la repartición de beneficios a la reinversión, iv) la falta de adaptación a las nuevas realidades

4. Rimon, P. C. (2018) Disrupting the law firm model. Disponible en: **https://rimonlaw.com/disrupting-the-law-firm-model** (última consulta el 17 de enero de 2019)
5. Ab Rahman, A., Abdul Hamid, U. Z. y Ai Chin, T. (2017) "Emerging technologies with disruptive effects: a review", *PERINTIS eJournal*, 2017, Vol. 7, No. 2, pág. 112. Disponible en **https://www.researchgate.net/publication/321906585** (última consulta el 17 de enero de 2019)
6. El concepto de "Industria 4.0" fue anunciado por primera vez en la Feria de Hanover de 2011 por el Gobierno alemán para sintetizar el cambio de paradigma que se estaba produciendo en la economía tradicional como consecuencia de la integración de los Sistemas Ciber-físicos (CPS) en los ámbitos de producción y logística. Véase Kagermann, H., Anderl, R., Gausemeier, J., Schuch, G. y Wahlster, W. (2016) *Industrie 4.0 in a Global Context: strategies for cooperating with International Partners*, Acatech – National Academy of Science and Engineering. Págs. 5 y 17. Disponible en: **https://www.acatech.de/Publikation/industrie-4-0-in- a-global-context-strategies-for-cooperating-with-international-partners/** (última consulta el 17 de enero de 2019)

sociales y v) la resistencia a los cambios que conllevan innovación. Respecto a esto último es interesante la observación que realiza Henry P. Chandler y que la *American Bar Association* (ABA) cita en su informe de 2016 sobre el *Futuro de los servicios legales en los Estados Unidos*[7]:

> «I am by no means blind to the failings of the legal profession. (...) I know that we are often too conservative. We don't sufficiently look ahead. Instead of trying to help in so shaping changes that they accomplish benefits with a minimum of disturbance, we often stand stubbornly for the maintenance of methods that have been outworn».[8]

Sin embargo, la irrupción de nuevas fuerzas tecnológicas como la IA, el *blockchain*[9], el 5G, la robótica, el *big data*, el Internet de las Cosas[10] (*IdC*), la incorporación de *softwares* o las plataformas digitales, entre otras, están obligando a los operadores jurídicos a modificar la práctica legal y adaptarse a las nuevas tendencias y corrientes que están surgiendo en la sociedad.

7. American Bar Association (2016) *Report on the future of legal services in the United States*. Pág. 17. Disponible en **https://www.americanbar.org/content/dam/aba/images/abanews/2016FLSReport_F NL_WEB.pdf** (última consulta el 18 de enero de 2019)
8. «De ninguna manera estoy ciego a los fallos de la profesión legal. (...) Sé que a menudo somos demasiado conservadores. No miramos suficientemente hacia el futuro. En lugar de intentar ayudar a moldear los cambios para que se alcancen los beneficios con una poca perturbación, nos mostramos a menudo obstinados por el mantenimiento de los métodos que han quedado obsoletos». (Nota: Traducción del autor).
9. Blockchain es una tecnología que permite la transacción viable y directa entre las partes sin necesidad de intermediación bancaria. Supone un mecanismo de descentralización que permite desarrollar grandes plataformas peer-to-peer para transferir productos, servicios o información. Véase Lyons, T. (2018) Blockchain innovation in Europe, *The European Union Blockchain Observatory & Forum*. Pág. 6, Disponible en: **https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/blockchain- technologies** (última consulta el 19 de enero de 2019)
10. Concepto desarrollado a principios de 2000 por el Instituto de Tecnología de Massachussets (ITM). A pesar de no tener una definición común, la Unión Internacional de Telecomunicaciones (ITU) lo define como una infraestructura global para la Sociedad de la Información, que permite servicios avanzados a través de la interconexión (física o virtual) de cosas. Véase Wortmann, F. y Flücher, K. (2015) Internet of Things. Technology and Value Added, *Business & Information Systems Engineering*, Vol. 57, Iss. 3, pág. 221. **http://dx.doi.org/10.1007/s12599- 015-0383-3**

Uno de los principales motivos por los que la irrupción de la tecnología ha transformado de tal manera el sector legal y por la que los abogados se ven compelidos a conocerla y aplicarla en su práctica es debido a los clientes. Tanto las personas físicas como las empresas son actualmente los mayores consumidores de tecnología. La digitalización se está extendiendo desde las operaciones más sencillas, como pueda ser contratar productos *on-line,* hasta operaciones más complejas, como realizar reclamaciones de vuelo directamente por Internet sin intermediación física del abogado. Este hecho ha modificado el perfil del cliente, variando sus expectativas, su comportamiento y sus necesidades. Precisamente, uno de los aspectos que está comenzando a ser objeto de discusión es la fijación de los honorarios. En algunos ámbitos, las estructuras tradicionales de precios basadas en el número de horas invertidas por el abogado están siendo desplazadas por otras fórmulas como los *Alternative Fee Arrangements*, las cuales surgen como respuesta a las necesidades de previsibilidad, certeza y transparencia que reclaman los consumidores[11]. Por consiguiente, son los clientes los que están ejerciendo una potente presión sobre las firmas legales, impulsando a su vez la reconfiguración del mercado legal. Además, hay que tener presente que la irrupción tecnológica por sí sola carece de sentido si no se pone en relación con el cliente.

La transformación digital no es un fenómeno cuyos efectos se reduzcan a una concreta área de la práctica legal, sino que tiene una naturaleza transversal en tanto que afecta a las diversas dimensiones de la abogacía. Es decir, debemos entenderlo como un fenómeno holístico[12], que interactúa o que puede interactuar en cada uno de las cuestiones que afectan al ejercicio de la profesión del abogado. No es sólo un proceso que implique un mero cambio tecnológico, sino que va más allá.

11. Zommer, L. (2015) Alternative Fee Arrangements: guía de acuerdos de honorarios alternativos para bufetes de abogados. Disponible en: **https://marketingparaabogados.eu/alternative-fee-arrangements-acuerdos-de-honorarios-alternativos-para-bufetes-de-abogados/** (última consulta el 18 de enero de 2019)
12. El concepto de fenómeno holístico lo empleó Mark A. Cohen para referirse a la transformación digital como un cambio de paradigma que va más allá de la tecnología. Véase Cohen, M. A. (2018) Law is Lagging Digital Transformation – Why it Matters. Disponible en: **http://legalmosaic.com/blog/** (última consulta el 18 de enero de 2019)

En este sentido, la transformación digital afecta, entre otros, a las operaciones y tareas que se realizan diariamente, a las relaciones con los clientes, a los modelos de negocio establecidos, al propio abogado o a la cultura de la firma.

Por otro lado, la transformación también se ha puesto de manifiesto desde una vertiente disciplinaria, apareciendo nuevos campos de estudio dentro de las ciencias jurídicas como es el Derecho de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TICs), el cual cada vez está experimentando un mayor auge tanto en el ámbito práctico como en el académico.

Junto a la disrupción tecnológica cabe señalar otros factores que también han condicionado o están condicionando la evolución de la industria legal, como son el fenómeno de la globalización, el cambio sociocultural o la crisis financiera de 2008. Precisamente, la globalización ha tenido un papel relevante en la modelación del sector legal durante los últimos años.

El continuo proceso de internacionalización de muchas firmas y la cada vez mayor interacción entre los diferentes agentes económicos a nivel ya no sólo comunitario sino global ha significado un potente estímulo para el cambio. A pesar del localismo que presenta el Derecho y de las barreras culturales, idiomáticas y técnicas que supone dar el salto a la esfera internacional, se está experimentando un importante crecimiento de la actividad transfronteriza en las firmas nacionales. Aunque la media de facturación de las operaciones con componente transnacional sigue siendo modesta (no sobrepasa el 20%) cada vez hay más despachos cuya facturación en esta materia supera ya el 50%, lo cual es signo inequívoco de la relevancia que está teniendo la vertiente internacional en el mercado de los servicios legales.[13] En este sentido, la internacionalización de las firmas de abogados ha conllevado una serie de consecuencias.

En primer lugar, se da un incremento de la transmisión de conocimientos, estrategias y metodologías entre firmas legales ubicadas en

13. Gay Rosell, M. E. (2018) Claves para la internacionalización de la Abogacía. Disponible en **https://www.abogacia.es/2018/05/31/claves-para-la-internacionalizacion-de-la-abogacia/** (última consulta el 19 de enero de 2019)

diferentes estados, circunstancia que facilita la transferencia de las t endencias y corrientes de uso de la tecnología.[14] En este sentido, las firmas nacionales están más expuestas a las influencias extranjeras, generalmente a las procedentes del mundo anglosajón.

En segundo lugar, la globalización ha conllevado la aparición de nuevas oportunidades de negocio, nuevos mercados y nuevos socios. La internacionalización es un proceso que permite a las firmas encontrar nuevos nichos de mercado así como la posibilidad de desarrollar proyectos junto con otros despachos. Sin embargo, este mayor dinamismo también supone que el sector legal experimente un aumento considerable del nivel de competencia, lo cual presiona a las firmas a ser más eficientes, situación que lleva a las mismas a aplicar y emplear una mayor cantidad de tecnología para lograr incrementos en la productividad y satisfacer las necesidades de los clientes de una mejor forma.

En tercer lugar, supone acompañar al cliente en su estrategia de negocio. Dado el constante aumento de las relaciones económicas y financieras entre los Estados de la Unión Europea, del advenimiento de nuevos proyectos transnacionales y de la interconexión entre las diferentes zonas económicas del globo, las empresas están abocadas a la celebración de operaciones que conlleven algún elemento de internacionalidad por lo que las firmas no sólo tendrán que conocer nuevos entornos y ámbitos legales, sino que tendrán que participar en ellos si pretenden seguir prestando sus servicios a esos clientes.

Asimismo, la internacionalización se ve también beneficiada por la aparición de las nuevas tecnologías y por la digitalización de los servicios ya que se logra eliminar el requisito de la ubicuidad física del operador jurídico en la tramitación de las tareas, facilitando la negociación y suscripción de las operaciones. En este sentido, hay una notable interrelación entre la expansión de las nuevas tecnologías y los procesos de internacionalización.

14. En este aspecto ha ocupado un papel trascendental Internet, el cual ha supuesto un punto de inflexión para el proceso de globalización en materia de transmisión de información, permitiendo participar en los mercados globales y prestar servicios a clientes extranjeros, no sólo a las grandes firmas sino a las más pequeñas.

Por otra parte, es relevante mencionar el factor del cambio sociocultural, el cual ha afectado a la práctica de la abogacía desde una triple perspectiva. En primer lugar, el cambio en la demografía de la fuerza laboral legal ha supuesto la convivencia de diferentes generaciones en un mismo ambiente de trabajo, de tal forma que coexisten y se entremezclan formas de concebir la vida y la profesión totalmente diferentes, hecho que provoca que las firmas tengan que adaptarse en cierto modo a las características de esas nuevas generaciones. Fíjese, por ejemplo, en la generación Y o también llamada *millenials*, la cual se identifica por su preferencia por la utilización de dispositivos tecnológicos, por el trabajo creativo y en equipo o por su capacidad de adaptación a los nuevos cambios[15]. En segundo lugar, las jornadas laborales están tendiendo cada vez más, hacia una progresiva flexibilización de los horarios, dando una mayor libertad de organización a los empleados de tal forma que puedan ver satisfechas sus necesidades de una mejor manera. En tercer lugar, la conciliación familiar y la necesidad de llevar una vida equilibrada y satisfaciente son aspectos que están teniendo un protagonismo cada vez mayor en la sociedad actual. De hecho, la insatisfacción a la hora de desempeñar la práctica legal ha favorecido la proliferación de nuevos negocios los cuales, entre otras cosas, buscan ofrecer alternativas que mejoren el bienestar de los abogados.[16]

En último lugar, cabe mencionar la crisis financiera de 2008. Aunque este hecho ha afectado ya sea en mayor o menor mediada a la totalidad de los sectores económicos, es relevante exponer de forma sucinta cómo ha afectado particularmente a la práctica legal, pues sus efectos están estrechamente vinculados con el auge y proliferación de los nuevos modelos de negocio legales. De hecho, hay quienes sostienen que la desaceleración económica mundial constituye la principal causa de los cambios que se están produciendo en los últimos años en el sector

15. Gilbert, J. (2011) The Millennials: A new generation of employees, a new set of engagement policies, en *Ivey Business Journal*. Disponible en: **https://iveybusinessjournal.com/publication/the-millennials-a-new-generation-of-employees-a-new-set-of-engagement-policies/** (última consulta el 2 de febrero de 2019)
16. Dzienkowski, J. S. (2014) The future of Big Law: Alternative Legal Service Providers to Corporate Clients, en *Fordham Law Review*, Vol. 82, Issue 6, págs. 2996 y 2997

legal.[17] A parte de los efectos provocados en el corto plazo como la reducción de plantillas o de ingresos, el principal cambio vino como consecuencia del incremento del control sobre los gastos aplicado por los clientes.

Con la contracción de la actividad económica, las empresas comenzaron a realizar un mayor control sobre los gastos, de tal manera que buscaban obtener los mismos servicios pero con menores costes, es decir, conseguir "más por menos". Esto provoca, en primer lugar, una presión sobre los bufetes de abogados los cuales necesitan ser más eficientes y productivos. En segundo lugar, un aumento de la competencia entre las firmas para no perder clientes y, en tercer lugar, que los clientes pasen a buscar abogados no sólo por su especialización y aptitudes sino por cómo prestan los servicios.

Esto último, provoca que las variables a tener en cuenta a la hora de contratar un abogado no se circunscriban única y exclusivamente a su calidad y pericia técnica sino además de esto, a ver qué tipo de servicios presta y cómo los presta, circunstancia que favorece la existencia de diferentes tipos de servicios, dando lugar a una segmentación del mercado.

La segmentación del mercado cobra un papel trascendental en la aparición de los nuevos modelos de negocio. Generalmente, el sector legal ha estado segmentado en función de la rama o ámbito del Derecho al que se dedicase el abogado, es decir, mercantil, civil administrativo, laboral o penal. No obstante, con la transformación del entorno legal, el mercado está tendiendo hacia una segmentación de conjugación multivariable[18], en la que además de la especialidad del despacho, se añade el nivel de complejidad del asunto y el nivel de estandarización de la tarea, de tal forma que dependiendo de dichas variables, se podrá acudir bien a una firma tradicional o bien a un nuevo modelo de negocio legal.

Todos estos factores han contribuido en mayor o menor medida a la transformación del sector legal en estos últimos años. Bien es cierto, que de todos ellos aquél que más está influenciado en la remodelación de la prestación de los servicios legales es el fenómeno de las nuevas

17. *Íbid*. pág. 2997
18. Núñez Martínez, J. (2011) La aplicación del marketing en los despachos de abogados, en *Revista de Derecho UNED*, núm. 9, pág. 252.

tecnologías. Pero, es conveniente exponer que todos estos factores se ven condicionados y afectados a su vez por cada uno de los restantes. Fíjese, por ejemplo, con la disrupción tecnológica o la crisis financiera, las cuales afectan a la presión que realizan los clientes sobre las firmas legales, al mismo tiempo que estos últimos impulsan los procesos de internacionalización. De igual forma, todos ellos contribuyen al desarrollo de nuevas tendencias sociales y culturales tanto dentro como fuera de los despachos de abogados. Por consiguiente, la transformación del sector legal no es el resultado de una agregación de varias causas individualizadas sino más bien, de la cristalización de un entrelazamiento de factores interconectados. Esta diferenciación no es trivial en tanto que contribuye a la comprensión de la génesis de los nuevos modelos de negocio legales.

La necesidad de dar respuesta a todos esos fenómenos al mismo tiempo y de adaptarse a las nuevas exigencias y realidades del entorno ha sido la razón por la cual han surgido nuevas maneras de realizar la prestación de los servicios legales. Sin embargo, no puede atribuirse únicamente a la irrupción de los citados factores la aparición de los nuevos modelos. Tales factores han sido condiciones necesarias pero no suficientes. Hay un aspecto que cobra una especial notoriedad a la hora de realizar este análisis, hago referencia al posicionamiento que han tenido básicamente los despachos de abogados ante la aparición de los cambios en el entorno. Si han surgido nuevas formas de prestar los servicios legales es porque, en cierto modo, las firmas legales que estaban implantadas no han sabido ofrecer soluciones a las nuevas realidades que necesitaba el mercado y los propios abogados[19], ya sea porque no

19. En un estudio realizado en el año 2015 por el Centro *WorkLife Law*, de la Universidad de California, en el que se analizaba entre otros, la filosofía que había detrás del surgimiento de los nuevos modelos de práctica legal, se preguntó a diversos fundadores de nuevas firmas legales las razones por las cuales habían decidido emprender modelos legales alternativos a los tradicionales. Entre las diferentes razones que expusieron, cabe destacar: la necesidad de disponer de mayor flexibilidad en el horario, la insatisfacción con el trabajo y con la estructura *partnership*, la ineficiencia de la facturación por hora, la necesidad de poder conciliar la vida laboral con la familiar o de tener un mayor control e independencia sobre el trabajo que realizan en el despacho. Véase Williams, J. C., Platt, A. y Lee, J. (2015) Disruptive Innovation: New Models of Legal Practice, *Hastings Law Journal*, Vol. 67, págs. 22-25.

las han detectado o porque han sido reticentes a realizar cambios. Ello, ha dado lugar a la existencia de un vacío en el mercado o más bien, de un nicho de mercado que no está siendo atendido.

1.2. La innovación como elemento clave en la gestación de los nuevos modelos de negocio

Entendemos como modelo de negocio la representación de cómo una entidad –sea una empresa o una firma legal- crea y entrega valor a los clientes mientras captura valor para sí misma.[20] Dicha conceptualización abarca diferentes aspectos del negocio como son el propósito de la firma, el mercado objetivo, las estrategias, el tipo de relación con el cliente, la infraestructura, las herramientas o la metodología seguida para la realización de las tareas.

Esto último sugiere que a la hora de analizar cómo está afectando la transformación del entorno tanto digital como cultural a los modelos de negocio tengamos que tener en cuenta diferentes áreas o ámbitos, por lo que volvemos a observar cómo este proceso de cambio no se circunscribe únicamente a elementos de carácter tecnológico sino que puede afectar a diferentes dimensiones de la organización.

Los efectos de la irrupción de nuevas fuerzas y dinámicas en el panorama legal han afectado a los modelos de negocio en un doble sentido. Por un lado, cabe señalar el impacto que están teniendo en los llamados modelos tradicionales –firmas que ya estaban implantadas en el mercado y que prestaban servicios antes de la Revolución Digital– y, por otro lado, la creación y desarrollo de nuevos modelos de negocio legales. Esta separación es lógica en tanto que la disrupción tecnológica y los demás factores de cambio no se desarrollan sobre una tabula rasa sino que irrumpen en un sector en el que ya había modelos de negocio implantados, por lo que será preceptivo tener presente esas dos realidades.

A la hora de analizar los efectos que tienen la aparición de las nuevas tecnologías, la internacionalización o las nuevas necesidades de los

20. Cohen, M., A. (2018) New Business Models – Not Technology – Will Transform the Legal Industry, *Forbes*, 8 de noviembre de 2018. Disponible en: **https://www.forbes.com/sites/markcohen1/2018/11/08/new-business-models-not- technology-will-transform-the-legal-industry/#7fc944e818cc** (última consulta el 22 de enero de 2019)

clientes en el surgimiento de los nuevos modelos, cabe señalar un elemento clave que monitoriza e impulsa estos procesos de transformación y remodelación, permitiendo conjugar aquellos fenómenos con la práctica legal. Un elemento que nace de la necesidad de cambiar el modelo tradicional centenario que no ha conseguido adaptarse adecuadamente a las realidades del nuevo mercado moderno. La innovación.[21]

El concepto de innovación ha sido extensamente tratado desde diferentes perspectivas y ciencias, por lo que pueden identificarse un sinfín de acepciones dependiendo del prisma desde el cual se analice. En el *Libro Verde sobre la Innovación* este término se define como «sinónimo de producir, asimilar y explotar con éxito una novedad, en las esferas económica y social, de forma que aporte soluciones inéditas a los problemas»[22]. Por otro lado, la Real Academia Española de la lengua define «innovar» como «mudar o alterar algo, introduciendo novedades».

Independientemente de la conceptualización que se haga del término, es necesario antes que nada disociar "innovación" y "tecnología". Es decir, innovación no implica necesariamente incorporar una nueva tecnología, sino que puede darse la primera sin la segunda. Por consiguiente, el concepto de innovación abarcará elementos de carácter tecnológico pero también elementos de otra naturaleza.

Trayendo a colación las definiciones anteriores, lo primero que debe abstraerse de ellas es que "innovar" conlleva implícitamente analizar, evaluar y cuestionar algo. Innovar, ante todo, supone cambiar de pensamiento. Para poder introducir nuevas aplicaciones o herramientas tecnológicas así como para desarrollar nuevos modelos de negocio que se adapten a las nuevas realidades se requiere desarrollar una mentalidad más flexible, abierta y crítica que responda mejor a los cambios del entorno. En este sentido, hacemos referencia a la habilidad de identificar problemas y oportunidades, reunir información, generar nuevas

21. Dzienkowski, J. S. (2014) The future of... *op. cit.*, pág. 2996
22. Comisión Europea (1995) *Libro verde sobre la innovación*. Boletín de la Unión Europea. Suplemento 5/95. Pág. 9.

ideas y saber implementarlas.[23] Esta mentalidad de repensar y revisar los procesos y tareas constituye el elemento primario de la innovación.

Un segundo elemento sería la voluntariedad. La actividad innovadora debe haber sido *introducida*, es decir, haber sido incorporada *ex novo* a una concreta actividad, proceso o servicio por parte del abogado o de la organización en su conjunto[24]. Asimismo, la voluntariedad se plasma en dos vertientes que afectan al abogado. Desde una perspectiva endógena, este elemento supone cambiar la actitud y predisposición de la persona en pos de promover el cambio en algún aspecto de la práctica legal. Por otro lado, desde una vertiente exógena, supone implantar una cultura que favorezca el cambio, la reflexión y la aplicación de nuevas técnicas y herramientas.

En cierto modo, esta concepción favorable al cambio y a la aplicación de nuevas ideas ya se está observando en la práctica legal, apreciándose una clara apertura por parte de las firmas legales a las exigencias del mercado, lo cual supone un contraste relevante si se compara con la cultura conservadora y de aversión al cambio que ha imperado tradicionalmente. No obstante, según un estudio realizado por Lefebvre El Derecho, a pesar de que un 80% de los abogados considera necesaria la innovación sólo un 34% la ha implementado en la práctica legal, lo cual demuestra que aún hay un cierto recelo a la realización de cambios y progresos.[25]

La actividad innovadora está directamente vinculada a la consecución de unos resultados, los cuales pueden traducirse bien en términos de productividad, eficacia y calidad o bien en la implantación y desarrollo

23. Mclean, D. L. (2005) "Organizational Culture's Influence on Creativity and Innovation: A Review of the Literature and Implications for Human Resource Development", *Advances in Developing Human, Resource*, Vol. 7, No. 2, pág. 227. Disponible en: **http://dx.doi.org/10.1177/1523422305274528** (última consulta el 27 de enero de 2019)
24. OECD (2006) *Manual de Oslo. Guía para la recogida e interpretación de datos sobre innovación*. 3a Ed. Pág. 57. Disponible en: **http://www.itq.edu.mx/convocatorias/manualdeoslo.pdf** (última consulta el 27 de enero de 2019)
25. Javier Sanchez, L. (2018) El 80% de los abogados apuesta por la innovación aunque solo el 34% la ha implementado, *Confilegal*, 7 de noviembre de 2018. Disponible en: **https://confilegal.com/20181107-el-80-de-los-abogados-apuesta- por-la-innovacion-aunque-solo-el-34-la-ha-implementado/** (última consulta el 27 de enero de 2019)

de una nueva forma de prestar los servicios legales. Por ello, plantearse cuáles son los objetivos que se persiguen con la introducción o a plicación de tecnología a nuestro negocio resulta determinante. Pues, no tiene sentido alguno que busquemos aplicar una determinada tecnología a la práctica legal si no se ajusta a las características del servicio que se presta al cliente. O que se intente desarrollar un nuevo modelo que sea excesivamente complejo de aplicar en el área de práctica en la que vamos a operar.

Por ende, el imperativo de alinear esfuerzos con resultados nos lleva a deducir el tercer elemento que integra la innovación: la idoneidad. La actividad innovadora debe realizarse de tal forma que exista una armonía entre la tecnología utilizada, la forma con la que se pretende desarrollar los servicios legales y el tipo de cliente al que se dirigen estos. En este sentido, se debe llevar a cabo por parte del abogado un ejercicio de análisis entre la situación en la que está y la situación a la que quiere llegar, de tal modo que pueda identificar cuáles son los cambios que su despacho requiere para prestar los servicios de una mejor forma pues, al fin y al cabo, la innovación no puede entenderse sino como un medio para crear valor a la firma y para dar respuesta al escenario cambiante en el que se encuentra inmersa la abogacía.

La innovación así como los elementos que la integran constituyen el vehículo catalizador de las nuevas tecnologías, no obstante, sus consecuencias no son homogéneas ni se hacen sentir de la misma forma en las diferentes variantes de la práctica legal. De hecho, que la transformación de los modelos de negocio requiera como premisa para su realización una determinada actividad innovadora, no significa que toda transformación experimente el mismo tipo ni el mismo grado de innovación. En este sentido, la actividad innovadora variará dependiendo del modelo de negocio ante el cual nos encontremos, pues no experimentaran el mismo grado de innovación los nuevos modelos legales basados en la aplicación masiva de tecnología o en la prestación alternativa de los servicios legales que los modelos tradicionales, así como tampoco experimentaran el mismo grado un despacho especializado que uno multidisciplinar. Asimismo, también cabe señalar que el grado

de innovación variará dependiendo de en qué manera pretenda el abogado hacer frente a los diferentes cambios del entorno.

En consecuencia, la aplicación y utilización de las nuevas tecnologías a través de la actividad innovadora así como la necesidad de dar respuesta a nuevos fenómenos ha dado lugar a que los operadores legales cuestionen la adaptación e idoneidad de los modelos de negocio legales a un entorno cada vez más cambiante. De ahí, que los abogados hayan comenzado a repensar y revisar qué elementos pueden ser susceptibles de ser adaptados o transformados en pos de prestar unos servicios legales de mayor calidad, con un menor coste y con un valor añadido superior. El surgimiento de los nuevos modelos negocio se ha producido sobre la base de la innovación pero, principalmente, como consecuencia del ejercicio de análisis y cuestionamiento que están haciendo algunos abogados sobre el estado en el que se encuentra el sector legal. Si están surgiendo nuevos modelos de negocio es porque la actitud del abogado hacia el entorno está cambiando, hay una posición crítica y reflexiva. En definitiva, los nuevos modelos de negocio nacen de un cambio de pensamiento.

02 Análisis de los nuevos modelos de negocio legales

2.1. La aparición de las *New Law*. Una concepción alternativa de la prestación de los servicios legales

Origen, concepto y delimitación

El primer aspecto problemático que presenta el surgimiento de nuevos modelos de negocio legales tiene que ver con su definición y delimitación. En un escenario caracterizado por el cambio constante y la aparición de nuevas tendencias y tecnologías en tan breves espacios de tiempo, no resulta tarea fácil conceptualizar este fenómeno. A la hora de analizarse debe partirse de la premisa elemental de que los llamados "nuevos modelos" surgen en contraposición a los modelos tradicionales o, en todo caso, como una alternativa innovadora a éstos.[26]

26. En el informe realizado por Thomson Reuters junto con la Universidad de Georgetown en el año 2017 sobre los proveedores de servicios alternativos legales se definía este término como una alternativa a la idea tradicional de contratar a un abogado de una firma. Véase Thomson Reuters (2017) Alternative legal service providers. Understanding the growth and benefits of these new legal providers. Pág. 1. Disponible en: **https://www.2civility.org/wp-content/uploads/Alternative- Legal-Service-Providers.pdf** (última consulta el 9 de febrero de 2019)

En este sentido, para denominar a todo el acervo de firmas que estaban surgiendo en el sector legal desde finales del siglo XX y principios del XXI, Eric Chin utilizó en el año 2013 el término colectivo "New Law".[27] Según Chin, este concepto debe concebirse como la antítesis de los modelos tradicionales, esto es, como firmas diseñadas en torno a espacios de trabajo virtuales, en los que hay un aumento de los *supertemps*–abogados y directivos, con una excelente formación que han decidido trabajar de forma flexible mediante proyectos independientes de cualquier firma importante–[28] y pueden proporcionar niveles de servicios similares a los observados en los despachos tradicionales.

Sin embargo, la definición que utilizó Chin describía un modelo alternativo concreto, como era el ofrecido por la firma estadounidense Axiom, por lo que el concepto seguía estando técnicamente inconcluso. Por ello, Jordan Furlong y Sean Larkan completarían un año después dicho término, definiéndolo como «cualquier estrategia, estructura, modelo, proceso o forma de brindar servicios legales que represente un enfoque significativamente diferente a la creación o provisión de servicios legales que lo que la profesión jurídica ha empleado tradicionalmente».[29] De tal forma que esta acepción abarca no sólo despachos de abogados sino también variadas combinaciones de talento legal, tecnología y nuevas formas de gestionar la práctica de la abogacía. Es decir, por ejemplo, empresas que no tienen ni forma jurídica ni emplean el modelo tradicional de los bufetes de abogados.[30] Por tanto, hacemos

27. Chin, E. (2013) 2018: The year Axiom becomes the world's largest legal services firm, *Beatoncapital*, publicado el 13 de septiembre de 2013. Disponible en: **http://www.beatoncapital.com/2013/09/2018-year-axiom-becomes-worlds-largest- legal-services-firm/** (última consulta el 9 de febrero de 2019)
28. Greenstone Miller, J. y Miller, M. (2012) The Rise of The Supertemp, *Harvard Business Review*. Disponible en: **https://hbr.org/2012/05/the-rise-of-the-supertemp** (última consulta el 9 de febrero de 2019)
29. Furlong, J. y Larkan, S. (2014) A brief Inventory of New Law in Australia, *Australasian Legal Practice Management Association*, publicado el 25 de agosto de 2014. Disponible en: **https://www.alpma.com.au/a-survival-guide-for-legal- practice-managers/inventory-of-new-law-in-Australia** (última consulta el 9 de febrero de 2019)
30. Navarro, E. (2019) ¿Cómo son los nuevos modelos de prestación de servicios jurídicos?, Abogacía Española, publicado el 5 de febrero de 2019. Disponible en: **https://www.abogacia.es/2019/02/05/como-son-los-nuevos-modelos-de- prestacion-de-servicios-juridicos/** (última consulta el 10 de febrero de 2019)

referencia a modelos que aglutinan elementos que traspasan el mero ámbito legal.

A pesar de que el término "New Law" ha sido acuñado recientemente, la idea subyacente al mismo de ofrecer servicios más eficientes y adaptados al cliente no es nueva, sino que deriva en cierto modo tanto de los llamados *Legal Process Outsourcing*, procesos de subcontratación que han estado en uso por más de cincuenta años,[31] como de las primeras firmas "alternativas" que empleaban ya en la década de 1990 tecnología de automatización de documentos en la prestación de los servicios legales, como fue el caso de la empresa Epoc.[32] No obstante, con la aparición de nuevas fuerzas transformadoras, estos procesos y formas de llevar a cabo la práctica legal no sólo se han visto impulsados sino que además han aparecido una amplia variedad de nuevos servicios, por lo que ha sido necesario dotar de una nueva terminología que represente y englobe a cada uno de los nuevos modelos de negocio legales que están surgiendo.

En consecuencia, podemos identificar dos etapas distintas en el proceso de formación y expansión de las *New Law*.[33] La primera de ellas, abarcaría desde finales de la década de 1990 hasta el año 2007. Este periodo se caracterizaría por el surgimiento de firmas básicamente especializadas en procesos de subcontratación como Exigent, Axiom, Consilio o Integreon. Posteriormente, tras la crisis económica y financiera de 2008, se iniciaría la segunda etapa, la cual comprendería el periodo de tiempo que va desde el año 2010 a 2015. Esta segunda fase destacaría por el surgimiento de todo un conjunto de modelos de negocio legales basados en la aplicación masiva de nuevas tecnologías a la práctica legal como fue el caso de Ravel Law, Neota logic o Kira Systems.

31. Munro, J. (2018) The Rise and Impact of Alternativw Legal Service Providers, *Medium*, publicado el 7 de febrero de 2018. Disponible en: **https://medium.com/@JohnDMunro/the-rise-and-impact-of-alternative-legal- service-providers-c12bda23eaab** (última consulta el 10 de febrero de 2019)
32. Beaton, G, (2013) How to recognise a New Law firm, *Beatoncapital*, publicado el 12 de diciembre de 2013. Disponible en: **http://www.beatoncapital.com/2013/12/recognise-newlaw-firm/** (última consulta el 10 de febrero de 2019)
33. Furlong, J. (2018) Where next for alternative legal services providers? *Infolaw*. Disponible en: **http://www.infolaw.co.uk/newsletter/2018/03/next-alternative- legal-services-providers/** (última consulta el 11 de febrero de 2019)

Por otra parte, la aparición de estos modelos alternativos no se ha experimentado de manera homogénea ni está siguiendo el mismo ritmo en las principales economías. Los países en los que más se ha extendido la prestación de servicios alternativos son Estados Unidos, Reino Unido y Australia donde el ecosistema legal está observando un fuerte avance de estos modelos en diferentes sectores. Según el informe realizado a principios de 2019 por Thomson Reuters junto con la Universidad de Georgetown sobre los proveedores de servicios alternativos, en apenas dos años, los ingresos generados por este sector han pasado de los 8,4 billones de dólares en 2015 a los 10,7 en 2017, lo cual supone una tasa de crecimiento anual del 12,9 % durante ese periodo.[34] Este hecho, demuestra no sólo la importante cantidad de dinero que generan estos modelos alternativos sino también su acelerado crecimiento. Sin embargo, en otras regiones como Europa continental, a excepción de los Países Bajos donde sí se está apreciando una mayor presencia de estos servicios, la situación es distinta. Bien es cierto que aunque estos modelos son ya una realidad en el sector legal, aún no se han afianzado suficientemente en el mercado.

En el caso de España, nuestro país sigue la tendencia que se observa en el resto de Europa. Se aprecia un incipiente avance de estos modelos en el sector pero no deja de ser una aparición tímida y focalizada principalmente en determinadas áreas como son la aplicación de tecnología a la prestación de servicios, como se expondrá más adelante. No obstante, ciertas prácticas como el LPO o la derivación de asuntos hacia consultoras especializadas están aumentando considerablemente en los últimos años.[35]

34. Thomson Reuters (2019) Alternative legal service providers 2019. Fast Growth, Expanding Use and Increasing Opportunity. Pág. 1. **http://liblog.law.stanford.edu/wp- content/uploads/2019/02/Alternative.Legal_.Serv_.Providers.2019.pdf** (última consulta el 11 de febrero de 2019)

35. CincoDías (2018) Fernández-Samaniego: "Externalizar la asesoría puede reducir un 50% la facturación legal de la empresa", *CincoDías*, publicado el 29 de enero de 2018. Disponible en: **https://cincodias.elpais.com/cincodias/2018/01/25/legal/1516872334_268888.html** (última consulta el 11 de febrero de 2019)

Perspectiva general sobre los rasgos y características de las New Law

Hasta este momento nos hemos limitado a exponer la definición y delimitación del término "New Law". Corresponde pasar ahora a profundizar en dicho concepto, describiendo e identificando cuáles son los principales rasgos y características que comparten los nuevos modelos de negocio legales. Como se ha expuesto *supra,* es preceptivo realizar tal análisis desde una perspectiva comparativa con los modelos tradicionales, pues sólo de esta manera se puede alcanzar una comprensión adecuada de este fenómeno.

Teniendo en cuenta el gran número y variedad de firmas legales que han surgido en los últimos años es algo complejo realizar una relación exhaustiva y concreta de cada una de las manifestaciones y peculiaridades que presentan los nuevos modelos de negocios. Pero, sí es posible perfilar y extraer, de una manera genérica, cuáles son las principales características que los identifican. A saber:

- **Uso intensivo de tecnología**. Uno de los principales elementos identificativo de las *New Law* es la aplicación intensiva de nuevas tecnologías a la realización de las tareas legales y el desarrollo de espacios de trabajo virtuales. En este sentido, y a diferencia de las firmas tradicionales, gran parte de los proveedores alternativos se constituyen en torno a la idea de utilizar la tecnología como medio para prestar servicios jurídicos. Señalar, que para estos modelos la tecnología no es una mera herramienta de soporte o ayuda, sino un elemento consustancial de su forma de prestar los servicios legales. Por ejemplo, en el informe antes citado de Thomson Reuters, de los 35 proveedores de servicios legales alternativos entrevistados, una cuarta parte de éstos afirmaron estar utilizando-IA, mientras que otro tercio reconoció estar evaluando activamente el uso potencial de esta tecnología para sus propósitos.[36]

36. Thomson Reuters (2019) Alternative legal… *op. cit.*, pág. 2

- **Organización flexible.** Otra de las notas características más relevantes de estas firmas es su flexibilidad organizativa. Los nuevos modelos permiten una mayor movilidad a los abogados, favoreciendo que el trabajo se realice en ambientes laborales distintos como puede ser un despacho de abogados o un departamento legal de una empresa. Asimismo, permiten a la fuerza de trabajo un mayor equilibrio entre el ámbito familiar y el laboral, aumentando la satisfacción y generando mejores oportunidades para desarrollar carreras profesionales, lo cual favorece la atracción del talento legal hacia estos modelos. De hecho, las principales firmas alternativas a nivel global como Axiom, Riverview, AdventBalance -actualmente adquirida por Legal on Demand (LOD)- o Conduit Law, reclutan su fuerza de trabajo de los bufetes de abogados tradicionales.[37]

- **Estructura no piramidal.** Los despachos de abogados se han caracterizado tradicionalmente por su estructura piramidal estratificada y basada en el *partnership*. Sin embargo, a diferencia de éstas, las *New Law* presentan estructuras planas, más próximas a las modelos empresariales. Así, se sustituye la estructura de socios que aportan trabajo y capital por los socios que aportan únicamente capital, dando lugar a una incorporación de capital exterior a la firma y favoreciéndose una concepción a largo plazo de los beneficios. Por otra parte, cobra una especial importancia la aparición de estructuras "alternativas" al sistema piramidal clásico, como es la "estructura *rocket*".[38] Esta forma de organización se caracteriza por estar integrada no sólo por abogados sino otros profesionales como para-legales o técnicos especializados en ámbitos como el *Legaltech*. Además, además de disminuirse la ratio del número de abogados junior y senior por socio.

37. Chin, E. (2013) What Voltaire might have said about New Law, *Beatoncapital*, publicado el 13 de octubre de 2013. Disponible en: **http://www.beatoncapital.com/2013/10/voltaire-might-said-newlaw/** (última consulta el 11 de febrero de 2019)
38. Veith, C., Bandlow, M., Harnisch, M., Wenzler, H., Hartung, M. y Hartung, D. (2016) How Legal Technology Will Change the Business of Law, *The Boston Consulting Group*, págs. 10 y 11.

- **Estructura de costes variables.** A diferencia de las firmas tradicionales, las *New Law* se caracterizan por prestar servicios de una forma más eficiente, realizando el mismo tipo de servicios pero con menores costes. El abogado deja de ser considerado como un coste fijo para la firma, y pasa a ser entendido como un coste variable. Además, las firmas alternativas intentar reducir los *overhead* o costes de estructura, eliminando las grandes oficinas y trasladando sus centros de trabajo a áreas cuyos costes para operar son menores. Asimismo, la externalización de los procesos legales permite a estos modelos minimizar los costes al mismo tiempo que mantienen la calidad del servicio y la especialización.

- **Utilización de modelos de tarificación alternativos.** Como se expuso en su momento, la crisis financiera obligó a los clientes a reducir sus gastos en bufetes de abogados, bien buscando alternativas legales más económicas, bien negociando otras formas de tarificación menos costosas. Ante esto, los nuevos modelos están dejando de aplicar la tarificación por horas que caracteriza a las firmas tradicionales para ofrecer sistemas alternativos como la fijación de precios fijos por la prestación de servicios predefinidos, las cuotas contingentes o de éxito o incluso sistemas híbridos en los que se conjuga la tarifa fija y el cobro por horas. La utilización de dichos modelos alternativos puede suponer incrementos en la rentabilidad de la firma así como un aumento de la satisfacción del cliente.[39]

- **Trabajo estandarizado.** Los nuevos modelos de negocios legales están enfocados en la realización del trabajo legal rutinario y poco especializado, mientras que las firmas tradicionales siguen

39. Para una mayor comprensión de los modelos de tarificación alternativos véase LegalTrek (2015) Alternative Fee Arrangements: a Comprehensive Guide for Law Firms, LegalTrek publicado el 16 de septiembre de 2015. Disponible en: **https://legaltrek.com/blog/2015/09/alternative-fee-arrangements-a- comprehensive-law-firm-guide/** (última consulta el 11 de febrero de 2019)

realizando el trabajo más complejo y específico. No obstante, los proveedores alternativos están avanzando cada vez más hacia la prestación de servicios más sofisticados.

- **Desagregación de tareas.** Uno de los principales objetivos que persiguen estos nuevos modelos de negocio es la obtención de mayores niveles de eficiencia a la hora de prestar sus servicios. En este sentido, resulta fundamental analizar cada asunto con la finalidad de desagregarlo en varias tareas. Así, se separan aquellas actividades que no son propiamente legales de las que sí lo son. De esta forma, cada una de estas tareas puede ser gestionada y realizada por un equipo de profesionales especializado o adaptado a la tarea en concreto, lo cual acaba redundando en una mayor eficiencia y competitividad. El proceso de desagregación adquiere suma importancia en tanto que permite identificar las tareas rutinarias y menos complejas de los asuntos para, posteriormente, poder automatizarlas y así reducir o minimizar costes.

Aproximación a la tipología de las New law

Dada la heterogeneidad de firmas que están surgiendo actualmente en el sector legal como proveedores de servicios legales alternativos es complicado establecer una taxonomía exhaustiva del fenómeno. Ciertamente, no hay una clasificación uniforme que distinga qué tipos de nuevos modelos de negocio hay. Por ejemplo, si comparamos las clasificaciones que realizan sobre las *New Law* distintas fuentes como Furlong, Thomson Reuters, Chin o la Universidad de California, se aprecia fácilmente como en cada una de ellas se establece una taxonomía diferente sobre la cuestión.[40]

40. Furlong, J. (2014) An incomplete inventory of *NewLaw, Law Twenty One*, publicado el 13 de mayo de 2014. Disponible en: **https://www.law21.ca/2014/05/incomplete-inventory-newlaw/** (última consulta el 11 de febrero de 2019); Thomson Reuters (2019) Alternative legal… op. cit., pág. 3; Böck, H. A, (2015) "El sector legal cambia de paradigma del profesional del derecho a un negocio legal", *Lawyerpress*, publicado el 18 de junio de 2018. Disponible en: **http://www.lawyerpress.com/news/2015_06/1806_15_001.html** (última consulta el 11 de febrero de 2019) y Williams et al. (2015) Disruptive Innovation… *op. cit.*

Partiendo de los esfuerzos realizados por los citados autores y de los diferentes tipos de proveedores de servicios legales alternativos que están apareciendo en el mercado, hemos realizado una aproximación a la tipología de las *New Law* a través de una clasificación basada en dos categorías, integradas, a su vez, por diferentes subgrupos de modelos. Antes de pasar a analizar dicha tipología es preceptivo señalar una serie de apreciaciones. En primer lugar, no pretende ser una lista exhaustiva y pormenorizada de los diferentes tipos que pueden darse en el mercado sino una relación de los principales modelos de proveedores de servicios legales que hay actualmente en el sector legal. Como bien expone Furlong, la lista de las *New Law* no puede sino ser calificada como un "inventario incompleto" dado el grado de dinamismo y transformación que sufre el mercado. En segundo lugar, las categorías y subgrupos no son compartimentos estancos ni tampoco tienen carácter excluyente, por lo que puede darse el caso que una determinada firma sea susceptible de ubicarse en varios modelos al mismo tiempo. En tercer lugar, a pesar de que el grupo llamado como las *Big Four* es clasificado por el informe de Thomson Reuters como un tipo de proveedores de servicios legales alternativos, vamos a excluirlo de la lista al considerar que no se ajustan a la definición de *New Law*. A pesar de que comparten muchas de las características propias de los nuevos modelos y de que están redefiniendo sus dimensiones a través de la adquisición de proveedores alternativos, no dejan de ser firmas tradicionales que están adaptando sus estructuras y organizaciones a las nuevas exigencias del mercado.[41]

Las dos categorías en las que podemos separar los nuevos proveedores de servicios legales son; por una parte, los modelos basados en la aplicación intensiva de la tecnología a las tareas legales –surgidos del *Legaltech*- y, por otra parte, los modelos que no se fundamentan en el

41. Varios ejemplos del proceso que están llevando a cabo las Big Four para redefinir sus dimensiones son la adquisición de proveedores de servicios legales alternativos como es el caso de la firma Riverview por Ernst & Young (EY) o la obtención de licencias *Alternative Busines Structure (ABS)* en Reino Unido. Véase Cohen, M. A. (2018) There is nothing "alternative" about new model providers – especially the Big Four, Forbes, publicado el 3 de diciembre de 2018. Disponible en: **https://www.forbes.com/sites/markcohen1/2018/12/03/there-is-nothing- alternative-about-new-model-providers-especially-the-big-four/#7b3efc0d6f5a** (última consulta el 11 de febrero de 2019)

uso masivo de la tecnología sino en otras formas de alinear el factor trabajo con las tareas legales. Aunque bien es cierto que en general las *New Law* suelen caracterizarse por la utilización de tecnología, la diferencia a la hora de establecer esta distinción taxonómica radica en el componente esencialmente tecnológico que presenta el primero en contraposición al segundo, en el cual la tecnología no es que asuma un papel incidental sino que hay otros factores que adoptan un mayor peso.

Por consiguiente, corresponde pasar ahora a exponer y analizar cada una de estas categorías así como los diferentes tipos de proveedores de servicios legales alternativos que las integran.

2.2. Modelos surgidos del Legaltech

La aplicación de soluciones tecnologicas a las tareas legales

Aunque el concepto *Legaltech* no tiene una definición unívoca y oficial, puede entenderse como la aplicación o uso de la tecnología con el fin de comercializar y proveer servicios legales. Es decir, aplicar soluciones tecnológicas a las tareas legales. En este sentido, este concepto puede interpretarse bien como tecnología legal que los proveedores desarrollan para proporcionar servicios de apoyo a abogados o a firmas legales, como pueda ser la creación de *softwares* o servicios online, o bien como medio para resolver problemas legales. Un ejemplo ilustrativo de esto último sucedió en marzo de 2018 en la ciudad de Nueva York cuando una mujer sin medios para contratar los servicios de un abogado, utilizó una aplicación digital para resolver una controversia que tenía con su arrendador. A través de aquella, se recopiló la información del caso y se envió automáticamente una queja oficial ante el Tribunal de la Vivienda de Nueva York, el cual resolvió a su favor.[42]

Las soluciones tecnológicas que son aplicadas a las tareas y procesos legales pueden ser clasificadas tal y como señala el informe realizado por Boston Consulting Group en tres categorías o niveles dependiendo del objeto al cual se empleen y del grado de especificidad que revista la actividad.[43] En el primer nivel, situaremos las tecnologías habilitadoras (*enabler technology*) las cuales conforman la categoría más genérica de las tres. Este tipo de soluciones tecnológicas se centra en actividades tales como la digitalización de documentos, las herramientas de almacenamiento en la nube, soluciones de ciberseguridad, acceso a bases de datos de legislación y jurisprudencia o la integración de softwares. Es

42. Chin, E. (2018) The Rise of the LegalTech Market, *The Legal Festival*, publicado el 24 de julio de 2018. Disponible en: **https://www.legalfestival.com/blog/blog/legal-technology/the-rise-of-the-legaltech- market** (última consulta el 12 de febrero de 2019)
43. Veith et al. (2016) How Legal… *op. cit.*, págs. 4 y 5

decir, hacemos referencia a elementos básicos de las tareas legales, las cuales no tienen excesiva complejidad para el abogado.

En un nivel más específico encontramos las soluciones de soporte de procesos (*support process solutions*). Esta categoría hace referencia a tareas relacionadas con los recursos humanos, la gestión administrativa y de los asuntos, la gestión de las relaciones con los clientes o la facturación de los servicios a estos últimos. Por tanto, en este nivel ubicaríamos a las herramientas tecnológicas que conllevan soluciones más integrales.

Por último, en el tercer nivel situaríamos las soluciones tecnológicas más especializadas, las llamadas soluciones de derecho sustantivo (*substantive law solutions*). Esta categoría se centraría en las actividades relacionadas con la transacción, la litigación, la toma de decisiones, el análisis de datos jurisprudenciales, la redacción de escritos como contratos y cartas o la predicción de resultados. En este nivel es donde las soluciones tecnológicas se aplicarían a las tareas más complejas y singulares.

Tipología del Legaltech

Desde el año 2010 se han creado alrededor del 84% de las *Legaltech,* hecho que coincide con el crecimiento exponencial que han tenido las *star-up* legales desde el año 2009 hasta la actualidad, donde han pasado de 15 a 2.079 compañías, respectivamente, según los datos ofrecidos por AngelList.[44] Todo ello, ha contribuido a la creación de un mercado global de *Legaltech* cuyo valor se estima alrededor de los 15,9 billones de dólares.[45]

Son varias las clasificaciones que pueden encontrarse sobre las *Legaltech* y aunque la mayoría de ellas se asemejan sustancialmente, es difícil encontrar procesos taxonómicos que coincidan en su totalidad. Según Praduroux, habría un total de 8 categorías de *Legaltech* en el mercado: *online marketplaces,* automatización y montaje de documentos, *practice management, legal research,* análisis predictivo, *e-discovery,*

44. Véase los datos actualizados a 12 de febrero de 2019
45. Chin, E. (2018) The Rise of... *op. cit.*,

resolución de disputas *online (ODR)* y tecnologías de seguridad de datos. Otra clasificación muy similar a la de Praduroux es la realizada por la Universidad de Stanford a través del llamado CodeX Techindex, una lista conformada con 1.128 firmas *Legaltech* procedentes de todo el mundo. En ésta, se identifican 9 categorías, las cuales, a excepción de dos –*compliance* y *legal education*– coinciden en su totalidad con las mencionadas anteriormente. En cambio, Rackwitz y Corveleyn, elaboran una lista que dista significativamente de las anteriores al estar conformada solamente por 4 categorías: plataformas, redes, *softwares* y *knowhow*.[46]

En España, se han hecho públicas dos clasificaciones o mapas *Legaltech*. La primera, realizada en octubre de 2018 por Legaltechies, en la cual se muestran cinco grandes categorías de *Legaltech* como son: *softwares* de gestión, contratos *online*, reclamaciones *online*, evidencias digitales y *marketplaces* jurídicos. En este estudio, el entorno *Legaltech* estaría integrado por un total de 127 proyectos localizados principalmente en Barcelona y Madrid.[47] Respecto a la segunda clasificación, cabe traerse a colación el mapa *Legaltech* desarrollado por la consultora Finnovating en enero de 2019. En este, se identifican 8 categorías diferentes como son: *legal consultation, litigation funding, research & analytics, online legal services, digital evidence, marketplace, management software* y *contracts & legal documents*. En este caso, el mapa estaría conformado por 116 compañías.[48]

46. Kerikmäe, T., Hoffmann, T. y Chochia, A. (2018) Legal Technology for Law Firms: Determining Roadmaps for Innovation, *Croatian international Relations Review*, XXIV (81), págs. 93 – 95. Disponble en: **https://www.researchgate.net/publication/325011038_Legal_Technology_for_Law_ Firms_Determining_Roadmaps_for_Innovation** (última consulta el 12 de febrero de 2019)
47. Legaltechies (2018) Los gráficos de la Legaltech española, *Legaltechies*, publicado el 1 octubre de 2018. Disponible en: **https://legaltechies.es/2018/01/04/los-graficos-de-la-legaltech-espanola/** (última consulta el 13 de febrero de 2019)
48. Finnovating (2019) Mapa Legaltech España, *Finnovating*, publicado en enero de 2019. Disponible en: **http://www.finnovating.com/news/mapa-legaltech-espana/** (última consulta el 13 de febrero de 2019)

2.3. Modelos basados en formas alternativas de prestar los servicios legales

Secondments

Aunque el *secondment* es más una forma de ejercer la abogacía que un modelo de negocio, lo incluimos dentro de las *New Law* en tanto que supone una manera alternativa de prestar servicios legales. Definimos el concepto de *secondment* como el acuerdo suscrito entre un despacho de abogados y una empresa a través del cual, el primero se compromete a facilitar un abogado de la firma para que pase a formar parte de la estructura organizativa del cliente durante un tiempo determinado, bien a jornada completa o bien de forma parcial. Este tipo de acuerdo también suele celebrarse entre despachos de abogados.

Los *secondments* suelen materializarse de muchas maneras y por distintos motivos. Por ejemplo, pueden celebrarse para fomentar las relaciones entre firmas distintas a través del intercambio de abogados o para fidelizar al cliente, prestándole servicios de forma más flexible y a un menor coste. Asimismo, esta forma de práctica legal supone importantes ventajas para ambas partes. Por un lado, el abogado que realiza el *secondment*, el *secondee,* obtiene una experiencia de la abogacía desde otra perspectiva práctica al mismo tiempo que está en contacto con otra cultura, valores y formas de abordar los asuntos. Por otro lado, el cliente obtiene un abogado que le puede aportar valor en términos de experiencia legal así como una perspectiva diferente a la estrictamente empresarial.

A pesar de que en España generalmente este tipo de acuerdos suelen observarse en despachos tradicionales como una experiencia *sui generis*, cada vez hay más despachos que ofrecen estos servicios como un elemento nuclear de su modelo de negocios. O, incluso, firmas cuyo modelo de negocios es ser únicamente una *secondment* como es el caso de la firma *The General Counsel,* la cual ofrece abogados para trabajar en oficinas o empresas por un tiempo determinado.

Legal Interim Management

El *Legal Interim Management (LIM)* consiste en gestionar y realizar un proyecto dentro del ámbito legal por parte de un abogado. Se trata de acuerdos a través de los cuales un abogado con una experiencia consolidada en el sector y con un alto grado de especialización se integra por un periodo de tiempo bien en una empresa, bien en otro bufete de abogados, para llevar a cabo un determinado proyecto jurídico, un asunto complejo o incluso cubrir una vacante.[49] Los supuestos en los cuales se recurre a este modelo suelen ser momentos de crisis empresariales, proyectos especiales y complejos, periodos de gran carga de trabajo o procesos de internacionalización y expansión de empresas.

Las ventajas que presenta este modelo para el receptor del LIM son varias. Por un lado, recibe un profesional con experiencia al cual no debe formar ni introducir en el sector pues aquél ya está familiarizado con éste. Por otro lado, supone disponer de un abogado especializado con una mayor flexibilidad para trabajar que uno procedente de una firma tradicional, además de conseguirlo a un menor coste.

Aunque esta figura se asemeje al *secondment*, ambos son modelos diferentes. Tanto en el LIM como en el *secondment*, el abogado pasa a formar parte de una estructura de trabajo distinta durante un tiempo determinado, ya sea en un bufete o una empresa, sin embargo, en cada uno de ellos se persigue un *telos* diferente. En el primero, el fin es realizar un proyecto o asunto concreto, mientras que en el segundo es la mera práctica jurídica en un ambiente diferente al que estaba antes el abogado. Además, la particularidad que presenta el LIM es que normalmente la prestación de servicios que realiza el abogado está más enfocada a la consecución de resultados. De ahí, que tenga tanto peso la formación, cualidades y experiencia del profesional en el LIM, mientras que en el

49. Fidefundación (2016) ¿Está el mercado legal español preparado para que empiecen a prestar sus servicios las denominadas "firmas alternativas" que ya operan en otros países y ganan cuota de mercado progresivamente?, *Fide fundación*. Disponible en: **https://www.fidefundacion.es/Esta-el-mercado-legal- espanol-preparado-para-que-empiecen-a-prestar-sus-servicios-las-denominadas- firmas-alternativas_a431.html** (última consulta el 14 de febrero de 2019)

secondment, el *secondee* puede ser un abogado junior o un profesional no especializado en un área concreta.

En el mundo anglosajón esta figura está más implantada en el mercado que en los países europeos. De hecho, en Estados Unidos se ha denominado como firmas *acordeón* a aquellas firmas que proporcionan a despachos o empresas una red de abogados durante un periodo de tiempo determinado, tanto a través del *secondment* como del LIM.[50] En nuestro país, este modelo no está tan implantado como en Reino Unido o Norte América. Sin embargo, podemos observar una tendencia al alza de esta figura. Una muestra de ello son las firmas españolas que ofrecen este tipo de servicio como Iterlegis, Metricson o Samaniego.

Legal Process Outsourcing

El *legal process outsourcing* (LPO) supone subcontratar determinados servicios legales a entidades externas. En este sentido, hay firmas que se especializan en brindar apoyo a despachos de abogados o departamentos jurídicos de empresas a través de la supervisión de contratos, gestión y revisión de documentos, redacción de plantillas o soporte de patentes y *due diligence*[51]. A pesar de no ser una figura nueva, pues se empezó a emplear ya en la década de 1950, sí ha visto incrementado su uso con la transformación del entorno legal.

En general, el trabajo más adecuado para externalizar es el orientado a los procesos y basado en tareas estandarizadas, no obstante, también hay firmas que externalizan actividades con un alto componente de especificidad, como es el caso de la redacción de solicitudes de patentes o investigación legal. Esto último es menos común en tanto que quien tiene que realizar la subcontratación debe ser una empresa muy

50. Williams et al. (2015) Disruptive Innovation... *op. cit.*, págs. 38 y ss.
51. Association of Corporate Counsel (2010) Legal Process Outsourcing. A how-to guide on legal process outsourcing (LPO), *Association of Corporate Counsel*. Disponible en: **https://www.acc.com/advocacy/valuechallenge/toolkit/loader.cfm?csModule=securi ty/getfile&pageid=1112956&title=Legal%20Process%20Outsourcing%3A%20A%20 How-To%20Guide%20on%20Legal%20Process%20Outsourcing%20&recorded=1** (última consulta el 14 de febrero de 2019)

especializada y, en segundo lugar, puesto que, a no ser que sea una tarea muy concreta y compleja que el propio el despacho no pudiese asumir, la firma estaría renunciando a servicios de alto valor añadido.

A través del LPO, los despachos de abogados consiguen estructuras más flexibles, reduciendo sus costes y prestando servicios más personalizados y adaptados al cliente. Además, también permite reducir los tiempos de entrega de proyectos y contratos, lo cual redunda en una mayor eficiencia para la firma. No obstante, también puede provocar conflictos de intereses entre el cliente y el despacho o abogado externalizado si no se analiza este aspecto de forma previa así como problemas de confidencialidad y de tratamiento de datos.[52]

Proveedores de servicios globales

Se denominan con el nombre de proveedores de servicios globales aquellas firmas que ofrecen un modelo de negocio que integra diferentes soluciones legales como son la gestión de tareas, la realización de proyectos, la consultoría o la provisión de personal jurídico para desarrollar funciones de apoyo en departamentos legales o bufetes de abogados. Algunas de estas firmas son Axiom, LOD, UnitedLex o Elevate.

Axiom es uno de los mayores proveedores de servicios legales alternativos a nivel mundial con más de 2.000 empleados. Combina dos modelos diferentes; por una parte, ofrece un modelo basado en una plataforma de talento a través de la cual provisiona con equipos de profesionales –ya sean abogados o no– a empresas o despachos de abogados, realizando funciones que van desde tareas operacionales hasta de carácter estratégico. Mientras, por otra parte, ofrece un modelo de gestión de servicios centrado en tareas de *due diligence*, análisis de contratos, gestión de proyectos o asesoramiento en materia regulatoria.[53]

52. Molina Pérez-Tomé, S. (2017) Externalización e Internalización de recursos: LPO y LIM, *Legaltoday*, publicado el 18 de agosto de 2017. Disponible en: **http://www.legaltoday.com/gestion-del-despacho/rrhh/articulos/externalizacion-e- internalizacion-de-recursos-lpo-y-lim** (última consulta el 13 de febrero de 2019)
53. Williams et al. (2015) Disruptive Innovation... *op. cit.*, pás. 33

El modelo de Axiom ayuda a los clientes a decidir cómo deberían abordar de la mejor forma el trabajo legal. En este sentido, dependiendo del asunto y de su complejidad, unas veces serán los abogados del departamento jurídico de la empresa los encargados de llevar a cabo la tarea, otras será Axiom quien facilite los abogados para trabajar tanto en la empresa como fuera de ella. Sin embargo, Axiom no se define a sí misma como una firma de abogados ni tampoco como un LPO puro.[54] Un caso similar a este modelo sería la firma LOD.

Otras firmas con modelos similares pero diferentes a las anteriores serían UnitedLex y Elevate. La primera se define como un modelo de servicios legales de empresa que combina la consultoría y el asesoramiento legal con la utilización de plataformas tecnológicas. Del mismo modo, Elevate ofrece un modelo basado en la consultoría, la tecnología y la prestación de servicios de apoyo como la revisión de documentos, gestión de contratos, revisión de facturas, *due diligence* o reclamaciones médicas y litigios. Estos servicios están dirigidos tanto a firmas de abogados como a departamentos jurídicos. Actualmente, con la adquisición de la firma Halebury, Elevate también presta servicios de provisión de abogados.

Los elementos que comparten en común todas estas firmas son; i) la utilización de la tecnología como elemento fundamental de su modelo, ii) el entrelazamiento de estructuras propias de firmas legales con estructuras de carácter empresarial y iii) su posicionamiento en el mercado como firmas que prestan servicios legales flexibles, eficaces, con costes reducidos y garantizando la calidad del servicio.

54. Disruptive Legal (2013) Analyzing Axiom Law, *Disruptive Law*, publicado el 13 de julio de 2013. Disponible en: **https://disruptivelegal.wordpress.com/2013/07/19/axiom-law-is-not-an-lpo-but-it- is-one-of-the-most-important-companies-in-the-legal-services-industry/** (última consulta el 14 de Febrero de 2019)

03 Implicaciones de los nuevos modelos de negocio legales en la práctica de la abogacía

3.1. Observaciones previas

En los epígrafes anteriores nos hemos limitado a describir; primero, cómo se ha transformado el sector legal y cuáles han sido los factores que han dirigido dicho cambio; segundo, cómo han surgido nuevos modelos de prestación de servicios legales a raíz de dicho proceso de transformación y, tercero, cuáles son los principales modelos que han aparecido y qué características les identifican. Sin embargo, corresponde pasar ahora a analizar una de las perspectivas más relevantes que presenta el fenómeno de los modelos alternativos de prestación de servicios legales como son sus implicaciones en la práctica de la abogacía.

A pesar de que los modelos alternativos están surgiendo o consolidándose principalmente en países anglosajones, y que su aparición en España es más bien tímida, es igualmente interesante –y necesario– analizar las consecuencias y efectos que producen o pueden producir en el ejercicio de la abogacía. No cabe duda de que el entorno en el que el abogado presta sus servicios está inmerso en un profundo proceso de transformación, el cual ha tenido como corolario, entre otros, la aparición de nuevos modelos de negocio legales. Pero, no resulta tan claro

distinguir cuáles son las consecuencias que pueden derivarse de dichos modelos para la abogacía en su conjunto.

A la hora de tratar las implicaciones que tienen los modelos alternativos para la práctica de la abogacía, vamos a analizarlas teniendo en cuenta diferentes ámbitos. Si se procediese a estratificar la abogacía en capas, podrían identificarse tres niveles superpuestos distintos. En el primero, se situaría el abogado como sujeto profesional, individual y autónomo; en el segundo, el despacho de abogados como entidad en torno a la cual se organizan y estructuran los abogados para desarrollar sus funciones y, en último lugar, el mercado de los servicios legales. Pues bien, esta triple diferenciación nos sirve para abordar las repercusiones que tienen los nuevos modelos de negocio en cada uno de esos ámbitos. El motivo por el cual se realiza tal distinción reside en el hecho de que en cada uno de dichos ámbitos se pueden apreciar consecuencias y efectos distintos por lo que es preceptivo llevar a cabo su estudio de manera separada. Por todo ello, pasamos a exponer cada uno ellos.

3.2. Ámbito del mercado de los servicios legales

Si analizamos la aparición de nuevos modelos de prestación de servicios legales en el sector de la abogacía desde una perspectiva de estructura de mercado podemos diferenciar dos escenarios que afectan directamente a los despachos de abogados. Un primer escenario es el incremento de la competencia en el sector como consecuencia lógica de la entrada de nuevos operadores en el mercado. En este caso, las firmas alternativas ejercerán algún tipo de presión sobre los despachos tradicionales en el sentido de que estos se verán obligados a prestar los servicios de manera más eficiente y diferenciada en caso de ver amenazada su posición. La competencia se podrá observar en diferentes formas y grados, dependiendo del tipo de despacho, del ámbito de práctica legal, del tipo de servicios ofertados, de los precios o de los clientes a quien se ofrezcan los servicios.

Pero, aunque un incremento de la competencia en un sector ya de por sí competitivo pueda parecer nocivo y adverso para los propios despachos, también puede generar oportunidades para la innovación y el posicionamiento en el mercado. Sin duda, dicha coyuntura puede favorecer que despachos pequeños y medianos identifiquen nuevos segmentos de mercado, reconfiguren sus modelos y focalicen sus servicios en materias específicas y clientes concretos.

Por otra parte, cabe diferenciar un segundo escenario basado en la colaboración. La aparición de nuevos modelos de negocio no debe suponer directamente una amenaza para el propio despacho. Como ya se expuso anteriormente, uno de los elementos que se ha producido en consonancia con el surgimiento de las *New Law* ha sido la segmentación del mercado legal, de tal forma que hay muchos sectores y nichos de mercado en los que puede centrarse un determinado bufete de abogados. Además, tal y como ya se ha tratado en un epígrafe anterior, una gran mayoría de las firmas alternativas presta servicios a empresas pero también a departamentos jurídicos y despachos de abogados. De hecho, según los informes de Thompson Reuters el 51% de los departamentos

jurídicos y el 60% de las firmas de abogados encuestadas en Estados Unidos, Reino Unido, Canadá y Australia afirman utilizar proveedores alternativos legales en algún tipo de servicio, siendo las razones que llevan a aquellas a colaborar con estos las siguientes: la reducción de costes que consiguen, el acceso a expertos especializados y la mayor satisfacción del cliente.[55] En este sentido, es destacable el importante papel que puede dar la colaboración entre ambas figuras, pues en muchos casos puede generar notables sinergias cuyos beneficios repercutan en ambas partes.

Por ejemplo, pensemos en un despacho de abogados de tamaño pequeño que está centrado en el asesoramiento laboral y que dadas sus dimensiones o falta de especialización en un tema concreto no puede; primero, contratar más abogados para hacer frente a determinados asuntos complejos y, segundo, poder gestionar el trabajo de una manera más eficiente. Estas circunstancias, *a priori*, podrían suponer una dificultad para poder crecer o fortalecer su posición en el mercado. Sin embargo, la posibilidad de establecer una colaboración con una firma alternativa podría dar respuesta a dicha problemática a través de funciones de apoyo en materias específicas o estandarizadas como podría ser la gestión de la documentación o la gestión de procesos. Respecto a esto último, imagínese un despacho de abogados especializados en el asesoramiento fiscal que no puede responder a todas las consultas que le realizan sus clientes. Pues bien, una firma alternativa podría aportar soluciones tecnológicas mediante el desarrollo de un *chatbot* jurídico que contestase automáticamente dichas cuestiones, lo cual supondría un ahorro de tiempo para el despacho.

De igual forma, imagínese un despacho especializado en el ámbito mercantil, concretamente en materia de marcas, propiedad intelectual e industrial. Aun siendo una firma especializada, podría contratar los servicios de un proveedor alternativo para que le apoyase en tareas de investigación mediante la utilización de herramientas de búsqueda de marcas o patentes en diferentes campos y áreas geográficas que, de otra manera, el propio despacho no podría realizar por ser herramientas muy costosas.

55. Thomson Reuters (2019) Alternative legal... *op. cit*., pág. 9

3.3. Ámbito de los efectos en el despacho de abogados

Ante el proceso de transformación que está viviendo el sector y, más concretamente, con el advenimiento de nuevos modelos de negocios legales, a los despachos de abogados como organismos autónomos e independientes, se les plantean varias opciones o escenarios. Un primer escenario sería el inmovilismo, es decir, obviar la realidad mostrando indiferencia hacia los nuevos fenómenos que están apareciendo y seguir ejerciendo la abogacía como lo han hecho hasta ahora, sin realizar cambio alguno y sin adoptar ningún tipo de medida. Un segundo escenario, sería el de la adaptación. Los despachos, ante un escenario de cambios, pueden acomodar su modelo de negocios a las exigencias del mercado introduciendo cambios de poca o gran relevancia o incorporando determinadas tecnologías o procesos que mejorasen su funcionamiento. El tercer escenario, sería el de la transformación, esto es, modificar sustancialmente el modelo de negocio. Ésta, sería la opción más agresiva, en tanto que significaría alterar totalmente la organización del despacho. Pero, dicha transformación no tiene por qué ser absoluta y afectar al todo, sino que puede ser parcial y matizada, limitándose a determinados aspectos o elementos del despacho[56].

Considerando que de los tres escenarios planteados, el menos plausible a adoptar o, en todo caso, el menos deseable para cualquier despacho es el primero, pues abocará al mismo, ya sea en el corto o largo plazo, a una posición de notable incapacidad, vamos a tomar como referencia los dos escenarios restantes, por lo que los despachos ante el surgimiento de los modelos alternativos estarán abocados a adaptarse o a transformarse en alguna forma o sentido. Teniendo en cuenta lo

56. *Legaltech: digitalización y revolución del sector jurídico* (2018) UPF Barcelona School of Management (Video). Disponible en: **https://www.youtube.com/watch?v=3dtMp-TaKT5s&t=924s**

expuesto, vamos a pasar a exponer cuáles son las principales implicaciones que tienen los nuevos modelos para los bufetes de abogados.

En primer lugar, uno de los aspectos que pueden verse afectados por la aparición de los proveedores alternativos es la parte de la organización y trabajo interno de un despacho. Los nuevos modelos de negocio han puesto de manifiesto un elemento fundamental en el plano de la prestación de los servicios legales y es que se puede prestar los mismos servicios con un coste menor. La desagregación de actividades que promueven las firmas alternativas supone alcanzar cotas mayores de eficiencia manteniendo la calidad del servicio. Por tanto, los despachos tradicionales si quieren reducir costes y prestar los servicios de una manera más eficiente deben de buscar una solución a esta cuestión. Para ello, es conveniente llevara a cabo antes que nada, un análisis y diagnóstico de cómo gestionan sus propios asuntos para examinar si pueden separar, dentro del conjunto de tareas que conforman un mismo proceso, el trabajo legal del no legal y el más estandarizado del más especializado. Así, podrán automatizar las tareas y focalizar sus esfuerzos en los aspectos más complejos. Realizar un estudio de cómo se lleva a cabo el trabajo en el despacho puede aportar información útil sobre posibles ineficiencias, pérdidas de tiempo, déficit de comunicación entre departamentos o incluso identificar tareas que no aportan valor al propio despacho.

La reconfiguración de la organización interna del despacho puede realizarse también de otras maneras. Por ejemplo, una firma tradicional puede establecer una asociación o colaboración con otra que preste servicios *outsourcing* para reducir costes o para realizarlos de manera más eficiente. Otra forma podría ser lanzar su propia firma alternativa como hizo el despacho Allen & Overy con la creación de Peerpoint. Este firma alternativa se define como una plataforma global de abogados autónomos que prestan servicios de apoyo por un periodo de entre dos y seis meses –o un tiempo superior, si el proyecto lo requiere– tanto a

los equipos de abogados de Allen & Overy, como a los clientes que contraten los servicios de Peerpoint.[57]

En segundo lugar, la utilización de la tecnología como elemento consustancial de la prestación de los servicios legales por parte de los nuevos modelos va a favorecer que las firmas tradicionales inviertan en aquella. La tecnología resulta esencial para automatizar tareas, reducir costes y brindar un servicio más sofisticado al cliente. Los despachos tradicionales van a verse obligados a adaptarse a las nuevas exigencias de un entorno cada vez más digital, de lo contrario, no sólo les generará una clara desventaja competitiva respecto a otras firmas sino que no podrán satisfacer las necesidades de los clientes. Por tanto, los nuevos modelos van a presionar ya sea de manera directa o indirecta a los bufetes tradicionales a implementar la tecnología en sus ámbitos de trabajo.

Pero, adaptar o transformar un despacho "tecnológicamente" puede suponer en muchos casos grandes inversiones de dinero que los despachos no siempre pueden afrontar. Por ello, resulta necesario alinear la tecnología utilizada con la realidad del despacho, esto es, con la tipología de los clientes, de los asuntos y de la materia. No obstante, en caso de no poder disponer de determinadas tecnologías, la colaboración con firmas alternativas que sí dispongan de estas, puede suponer una vía eficaz y menos costosa de acceder a ellas.

En tercer lugar, otra de las implicaciones que tienen los nuevos modelos se manifiesta a través de la forma de facturar los servicios prestados. Hasta ahora, el modelo tradicional de tarificación empleado generalmente por los despachos de abogados ha sido la facturación por horas. Esta forma de calcular el precio de los servicios muchas veces ocasiona cierta incertidumbre al cliente al no saber a cuánto ascenderá la factura final, lo cual puede generarle un cierto descontento e insatisfacción. Sin embargo, con la aparición de modelos de tarificación alternativos más predecibles y transparentes, los clientes pueden disponer de una variable más a la hora de tener en cuenta la elección de un despacho de abogados. En este sentido, si dichos modelos de tarificación acaban recibiendo una

57. Peerpoint (2019) How consulting Works. Disponible en: **https://www.peerpoint.com/how-consulting-works** (última consulta el 15 de febrero de 2019)

mayor atención por parte de los clientes, los despachos tradicionales pueden verse arrojados a cambiar sus estructuras de facturación y aplicar nuevas formas de tarificación como los precios fijos o las tarifas de éxito compartido.

En cuarto lugar, la aparición de nuevos modelos de negocio que combinan elementos legales con otros extra legales nos lleva a plantearnos si la concepción del despacho como organización única y exclusivamente jurídica puede mantenerse en el tiempo. Hemos visto que las firmas alternativas se constituyen sobre estructuras flexibles y adaptables que integran elementos que van más allá de lo puramente legal. No sólo se requiere dar una respuesta legal al cliente sino asesorarle en el ámbito en el que opera, saber cómo es su entorno y entender qué es lo que quiere. En este sentido, los despachos de abogados pueden comenzar a integrar en sus equipos de trabajo profesionales de otros ámbitos como ingenieros, matemáticos o economistas, dejando de ser organizaciones integradas exclusivamente por abogados.

En quinto lugar, teniendo en cuenta que la irrupción de las firmas alternativas en el ecosistema legal ha contribuido a la segmentación del mercado de los servicios legales y al aumento de la competencia resulta fundamental el posicionamiento de mercado que haga el propio despacho. En este sentido, los bufetes de abogados deben definir y delimitar el servicio que pretenden ofrecer con el fin de ubicarlo en la mente del cliente frente a los servicios de las firmas competidoras.[58] Asimismo, resultará esencial identificar un nicho concreto de clientes, especializarse y crear valor diferenciado dentro de ese ámbito. La diferenciación será un elemento capital para los despachos, ya que sin ésta, será complejo que puedan hacer frente a un mercado tan competitivo. De hecho, con la aparición de los nuevos modelos, los despachos que pueden verse más afectados serán aquellos que ofrezcan unos servicios menos especializados pues serán los que mayores dificultades tendrán para ofrecer valor diferenciado.

58. Monferrer Tirado, D. (2013) *Fundamentos de marketing*. Pág. 65. Disponible en **http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia74** (última consulta el 16 de febrero de 2019)

Por último, es relevante poner de manifiesto el lugar que ocupa en los nuevos modelos de negocio la relación con los clientes. Del análisis de las principales firmas alternativas se deduce que el cliente pasa a ocupar una posición preponderante para aquellas.[59] La firma se configura de tal forma que la prestación de los servicios se ofrezca de la mejor forma al cliente, conjugando la tecnología y los conocimientos jurídicos. Esta concepción se refuerza también con la implantación de modelos alternativos de tarificación que beneficien al cliente. Por consiguiente, las firmas alternativas ejercen una presión en el sentido de desplazar el valor diferencial de los servicios legales de la calidad técnica a la forma en que se presten dichos servicios.

59. LegalTrek Team (2016) What Is NewLaw and How It Is Changing the Legal Industry Forever!, *LegalTreck*. Disponible en: **https://legaltrek.com/blog/2016/04/what-is-newlaw-and-how-it-is-changing-the- legal-industry-forever/** (última consulta el 18 de febrero de 2019)

3.4. Ámbito de los efectos en la figura del abogado

Con la aparición de los nuevos modelos de prestación de servicios legales cabe preguntarse si la figura del abogado se va a ver afectada y, de ser así, en qué medida. Lo primero que debe resaltarse es que tanto la práctica legal como la forma de aplicar e interpretar el Derecho van a permanecer inalteradas, por lo que en relación a esta vertiente el abogado no va a experimentar afectación alguna. Sin embargo, será más difícil sostener lo mismo sobre la forma en que se prestan los servicios legales. En este sentido, el surgimiento de firmas alternativas puede afectar a la figura del abogado tanto en la manera de trabajar como en las habilidades requeridas para desarrollar la profesión.

Respecto a la primera cuestión, cabe traer a colación uno de los principales rasgos identificativos de las firmas alternativas; la flexibilidad organizativa. Los nuevos modelos sitúan al abogado no como un elemento fijo del despacho sino como una pieza móvil, capaz de prestar servicios no ya en el mismo despacho sino en ámbitos laborales distintos como puedan ser otro bufete de abogados o un departamento jurídico de una empresa. En este sentido, encontramos los *secondment,* los LIM o el *outsourcing*.

Esta concepción de entender el abogado como una pieza que puede desplazarse y encajar en diferentes engranajes –despachos o departamentos jurídicos de empresas– transforma sustancialmente la forma de trabajar de aquél. Tradicionalmente, el abogado ha desarrollado sus funciones siguiendo una mismo *modus operandi* dentro de un despacho y bajo las directrices de su tutor o superior correspondiente. Sin embargo, las firmas alternativas promueven el trabajo en diferentes ámbitos laborales, lo cual significa que el abogado deberá desarrollar sus funciones siguiendo *modus operandi* distintos, de tal forma que, por ejemplo en un plazo de seis u ocho meses puede tener que trabajar en

organizaciones totalmente distintas adaptándose a métodos o sistemas de trabajo diferentes.

La movilidad a la hora de realizar la práctica jurídica puede tener como consecuencia que los abogados se vean obligados a trabajar con equipos de profesionales distintos. La abogacía no es una profesión que se ejerza únicamente de forma individual, sino que puede llevarse a cabo mediante la formación de equipos de trabajo. Bien es cierto, que dichos equipos han estado integrados mayoritariamente por abogados. Pero, con el surgimiento de las firmas alternativas, esta tendencia está cambiando de tal forma que pasamos a hablar más bien de equipos multidisciplinares integrados por diferentes profesionales como ingenieros o informáticos. Esto, cambia radicalmente el entorno de trabajo de los abogados al tener que trabajar con profesionales del ámbito extra-legal, lo cual supone tener que abordar los asuntos no sólo desde una perspectiva estrictamente legal sino también tecnológica, medioambiental o empresarial. Un ejemplo de esta interrelación podemos observarlo en la estructura *rocket* que presentan algunos modelos en la cual cooperan tanto profesionales relacionados con la tecnología como técnicos no legales o abogados.

La flexibilidad que presentan las firmas alternativas y que permite la movilidad y el trabajo no presencial, también redunda en horarios más adaptables y elásticos que permiten al abogado compatibilizar y conciliar su vida laboral con su vida familiar de una mejor manera, lo cual acaba dando lugar a una mayor satisfacción del profesional. Esta consecuencia es relevante desde la perspectiva del abogado en tanto que se amplían las posibilidades de elegir donde desarrollar sus funciones en atención al estilo de vida y trabajo que mejor se adapte a sus intereses.

También es relevante exponer cómo la aplicación y utilización de las nuevas tecnologías facilitan y agilizan el trabajo diario del abogado. Por ejemplo, hay *softwares* de gestión que permiten integrar procesos legales de tal forma que el abogado acudiendo al mismo *software* pueda saber en qué punto del proceso se encuentra o cuál es el siguiente paso que debe dar, lo cual supone una importante reducción en los tiempos

empleados por el abogado para la realización de las tareas.[60] Ciertamente, puede variar notablemente la forma de trabajar de un abogado de una firma tradicional a una alternativa si se atiende al elemento tecnológico. En las segundas, realizándose el mismo tipo de tareas que en las primeras, el abogado puede desarrollar sus funciones de manera mucho más ágil, rápida y sofisticada, mediante la utilización de aplicaciones y procesos tecnológicos novedosos.

Por otra parte, la desagregación de las tareas que fomentan los modelos alternativos también tiene sus efectos en la forma de trabajar de los abogados. Al disgregar las actividades, se impide que un mismo sujeto gestione un mismo asunto desde el principio al final. Esta circunstancia puede suponer tanto efectos positivos como negativos para el abogado. Positivos, en tanto que permite al profesional centrarse en una tarea concreta, especializarse y realizarla de manera más efectiva. Negativos, puesto que en determinados asuntos y materias es importante conocer el caso desde sus orígenes ya que permite tener una visión más amplia y apropiada del mismo.

En relación con la desagregación de las tareas, es relevante traer a colación la cuestión de la automatización. Como ya se ha mencionado, las firmas alternativas buscan identificar las tareas más estandarizadas para automatizarlas y así eliminar costes. Desde la perspectiva del despacho esto podría ser beneficioso, sin embargo, desde la perspectiva del abogado podría tener sus inconvenientes. Cabe tenerse en cuenta que la abogacía ha sido tradicionalmente una disciplina basada en la relación maestro-aprendiz. Esto es, la correlación entre el aquél que posee los conocimientos y la experiencia y aquél que no los ha adquirido aún. Algunas de las tareas que realizan los "aprendices" o abogados junior son actividades poco especializadas, que sirven para comenzar a desarrollar sus aptitudes en la práctica legal. Esas mismas tareas, al automatizarse, podrían dificultar en cierto sentido el aprendizaje de los abogados sin experiencia.

60. *Legaltech: digitalización y revolución del sector jurídico* (2018) UPF Barcelona School of Management (Video). Disponible en: **https://www.youtube.com/watch?v=3dtMp-TaKT5s&t=924s**

En cuanto a la segunda cuestión, esto es, las habilidades del abogado, también podemos señalar importantes consecuencias. La más relevante de ellas es la reconfiguración del perfil del abogado. Tradicionalmente éste ha estado caracterizado por la preeminencia de las aptitudes relacionadas con la práctica legal, esto es, los conocimientos que se tienen para interpretar y aplicar el Derecho. Sin embargo, los nuevos modelos de negocio requieren perfiles que vayan más allá de lo estrictamente legal. Conocer la ley y saber aplicarla es esencial, pero no es suficiente.

De acuerdo con Mark A. Cohen, "pensar como un abogado" actualmente significa enfocarse en los objetivos del cliente, entender su negocio, pensar de manera integral, combinar el conocimiento legal con las habilidades de gestión de procesos y proyectos así como tener un conocimiento práctico de la tecnología.[61] Si los abogados ya no van a trabajar exclusivamente con abogados, sino con otros profesionales, es necesario aprender a colaborar y trabajar en ambientes distintos. Nuevos modelos requieren nuevos perfiles de abogados.

Por otro lado, modelos como el *secondment*, el *outsourcing* o el LIM pueden suponer para los abogados la oportunidad de trabajar en diferentes escenarios, de estar en contacto con otras firmas, departamentos jurídicos y empresas. Este hecho va a permitir a los abogados conocer con mayor profundidad el ámbito empresarial, la metodología de otras organizaciones así como desenvolverse en sectores económicos diferentes. Todo ello, va a favorecer, indudablemente, la formación y especialización de los abogados.

En último lugar, mientras los despachos tradicionales se caracterizan por estructuras piramidales basadas en sistemas de competición o *tournament* a través de los cuales sólo los mejores abogados alcanzan el vértice de la pirámide y llegan a convertirse en socios, en los modelos

61. Cohen, M.A. (2018) What Are Law Schools Training Students For?, *Legal Mosaic*, publicado el 27 de diciembre de 2018. Disponible en: **https://legalmosaic.com/2018/12/27/what-are-law-schools-training-students-for-2/** (última consulta el 17 de febrero de 2019)

alternativos el sistema establecido es significativamente diferente.[62] Las firmas alternativas al tender hacia la eliminación de la estructura piramidal, no conciben la competición entre abogados como un medio para la promoción. Este cambio en la estructura, contribuye a eliminar posibles comportamientos impropios e inadecuados entre compañeros profesionales lo cual redunda en un mejor ambiente de trabajo para el despacho. En este sentido, el abogado deja de estar expuesto a un estado constante de rivalidad que muchas veces suele generar insatisfacción y ansiedad. No obstante, no deja de ser cierto que un entorno competitivo que recompense el esfuerzo y dedicación de los abogados con la promoción favorece indudablemente la obtención de resultados y la lealtad hacia la firma.

62. Bruch Maseras, E. (2017) Tendencias y nuevos modelos de negocio en la abogacía, *Diario La Ley,* publicado el 29 de mayo de 2017. Disponible en: **https://diariolaley.laley.es/home/DT0000247580/20170529/Tendencias-y-nuevos- modelos-de-negocio-en-la-abogacia** (última consulta el 20 de febrero de 2019)

Conclusiones

Con este trabajo se ha pretendido realizar una aproximación al fenómeno de los modelos alternativos de prestación de servicios legales haciendo especial hincapié en las implicaciones que tienen éstos para la práctica de la abogacía. Tras realizar este ensayo, la primera conclusión que podríamos establecer es que dichos modelos, a pesar de estar en auge son más propios de países anglosajones. Que su cultura y sistema *common law* favorecen más el surgimiento de las firmas *New Law* que en otros países como es el caso de España y que, por consiguiente, en nuestro país su presencia será más bien residual. Este razonamiento podría ser plausible si no fuera porque, a mi modo de ver, es un análisis que sitúa el foco de atención sobre un elemento equivocado.

Es cierto que países como Estados Unidos, Reino Unido o Australia son los que mayor crecimiento de firmas alternativas están observando por el momento, y puede ser que haya una relación directa y estrecha entre dicho crecimiento y la cultura de aquellos. Pero este hecho, no es premisa suficiente para concluir que en España el fenómeno vaya a ser algo circunstancial. Y la razón por la cual no puede sostenerse tal lógica tiene que ver con los clientes. No debe olvidarse que aquello que da sentido a la abogacía son los clientes, sin ellos no hay profesión. En un contexto tan globalizado e interconectado, nuestros clientes están en contacto constante con las nuevas tendencias y corrientes que

aparecen en otras regiones del globo. Es más, son ellos quienes, actualmente, están presionando y dirigiendo en muchos casos el cambio en el sector. Por consiguiente, no es la cultura de nuestro sector legal la que va a determinar la implantación o proliferación de nuevos modelos de negocio, sino la cultura de los clientes.

Por otro lado, al tratar las características de los nuevos modelos se ha podido observar las diferencias que separan a éstos de los despachos tradicionales. Los primeros buscan ofrecer formas de prestar los servicios legales de una manera más sofisticada, flexible, ágil y eficiente, mejorando al mismo tiempo, la relación con el cliente y la vida laboral de los abogados. Todo ello, como hemos expuesto, va a dar lugar a una mayor competencia en el sector, pero también a una mayor colaboración entre despachos. De esta convergencia de consecuencias, pueden extraerse varias conclusiones.

En primer lugar, tanto la rivalidad derivada de la competencia, como las sinergias propias de la colaboración van a contribuir a la mejora de la calidad y oferta de los servicios legales así como a la modernización de las formas de trabajar y de las relaciones con los clientes. En segundo lugar, van a generarse importantes oportunidades de negocio y nuevos nichos de mercado para los despachos de abogados, circunstancia que dará lugar a una mayor segmentación del mercado.

En tercer lugar, de las anteriores conclusiones podemos deducir que el valor diferenciado que pueda ofrecer una determinada firma de abogados va a tener una importancia sustancial a la hora de contratar los servicios de los mismos. Los bufetes van a tener que posicionarse en un mercado concreto y buscar la diferenciación. Con la irrupción de nuevos modelos de negocio se pone de manifiesto la distinción entre práctica legal y prestación de servicios legales. Hasta ahora, la práctica legal, es decir, la pericia de aplicar e interpretar el Derecho para resolver conflictos era sinónimo de prestación de servicios legales. Sin embargo, actualmente la prestación de servicios legales va más allá de la mera práctica legal. Hace referencia a cómo se ofrece ésta al cliente y a cómo podemos crear valor a la hora de vender nuestros servicios.

Al analizar y exponer las implicaciones que tienen los modelos alternativos hemos visto de qué manera se ven afectados los despachos y los

propios abogados. Por tanto, se puede concluir respecto a esta cuestión que el surgimiento de nuevos modelos va a tener importantes consecuencias para ambos. Respecto a los despachos de abogados tradicionales, queda claro que se van a ver abocados a analizar sus modelos, sus organizaciones y estructuras y, por ende, a adaptarse o transformarse a las nuevas realidades de acuerdo a sus necesidades. Pero, qué ocurre con aquellos abogados que pretendan constituir un nuevo despacho, ¿deben seguir modelos tradicionales y adaptarlos o transformarlos o, por el contrario, deben seguir la línea de las firmas alternativas? Sin duda, esta es una de las cuestiones más importantes que plantea el análisis de las firmas alternativas; saber cuál es el modelo de negocio legal que debe implantarse.

Naturalmente, esta cuestión no tiene una contestación clara sino que puede dar lugar a diferentes respuestas. No obstante, sí puede ser abordada no ya la propia respuesta en sí, sino el razonamiento o lógica a aplicar. En este sentido, un ejercicio útil sería plantearse qué tipo de modelo de negocio implantaríamos si no supiéremos qué modelos tienen los otros despachos de abogados. De tal forma que, centrásemos nuestros esfuerzos en observar cómo es el cliente al que vamos a prestar los servicios legales, cuáles son sus necesidades, cómo es el sector al que vamos a dedicarnos o cuál es el nivel de tecnología que podríamos aplicar para mejorar nuestros servicios. Esto, es lo verdaderamente importante pues una vez identificados los rasgos y particularidades del entorno donde vamos a prestar nuestros servicios, podremos configurar un modelo de negocio que responda a esas necesidades concretas.

Respecto a las implicaciones que tienen los modelos nuevos para la figura del abogado podemos concluir que la aparición de este fenómeno va a afectar a las formas de trabajar del mismo además de reconfigurar las habilidades y aptitudes que debe mostrar para el desarrollo de sus funciones. Las firmas alternativas exigen que los abogados presten sus servicios en organizaciones flexibles, que sepan entender las necesidades y problemas de los clientes. Y, principalmente, que sepan desenvolverse en entornos virtuales –el denominado trabajo 3.0– a través de la utilización de nuevas tecnologías y procesos. Por consiguiente, los nuevos modelos de negocio conllevan, asimismo, nuevos perfiles de abogados.

El surgimiento de firmas alternativas tiene también repercusiones para la sociedad en general. Fíjese que estos modelos se construyen sobre la base de satisfacer las necesidades de los clientes de una forma más eficiente, con mayor transparencia y con menor coste, por lo que el auge de éstos va a beneficiar sin duda a los propios clientes. Con los nuevos modelos, el mercado de los servicios legales pasa a ser más heterogéneo y competitivo; los consumidores pueden elegir entre más tipos de despachos y entre diferentes formas de prestación de servicios. Todo ello, va a dar lugar a que se fomente una abogacía más transparente y asequible; que genere alternativas ágiles y eficaces para responder a los problemas legales de la sociedad actual; que permita un mejor acceso a los recursos legales y que, en última instancia, permita reducir el déficit de inteligibilidad que muchas veces rodea a esta profesión, lo cual va a favorecer la confianza entre el abogado y el cliente. En definitiva, una abogacía que se acerca a las vicisitudes y exigencias de la sociedad actual.

Para finalizar este trabajo, señalar que, independientemente de cómo se desarrolle el mercado de los servicios legales y de cómo evolucione el fenómeno de los modelos alternativos en nuestro país, el estudio de este tema debe ser una cuestión a tener presente si queremos tener una abogacía moderna y capaz de hacer frente a los retos y desafíos que se nos presentan. Que en el sector legal haya predominado hasta ahora un determinado modelo de negocio no implica que éste, a pesar de ofrecer buenos resultados, vaya a mantenerse en el tiempo de forma perdurable.

La práctica de la abogacía está estrechamente unida al desarrollo de la sociedad por lo que no puede permanecer ajena a éste. Analizar y comprender cuáles son las tendencias que están surgiendo en esta profesión y, más concretamente, qué tipos de modelos están apareciendo, resulta esencial. Debemos conocer el entorno de nuestra práctica si queremos movernos con rapidez y ser capaces de adaptarnos a las nuevas realidades. La incertidumbre que depara el largo plazo sólo puede ser contrarrestada con la seguridad que produce la anticipación en el corto plazo.

Bibliografía

Ab Rahman, A., Abdul Hamid, U. Z. y Ai Chin, T. (2017) "Emerging technologies with disruptive effects: a review", *PERINTIS eJournal*, 2017, Vol. 7, No. 2. Disponible en https://www.researchgate.net/publication/321906585 (última consulta el 17 de enero de 2019)

American Bar Association (2016) *Report on the future of legal services in the United States*. Disponible en https://www.americanbar.org/content/dam/aba/images/abanew s/2016FLSReport_FNL_WEB.pdf (última consulta el 18 de enero de 2019)

Association of Corporate Counsel (2010) Legal Process Outsourcing. A how-to guide on legal process outsourcing (LPO), Association *of Corporate Counsel*. Disponible en: https://www.acc.com/advocacy/valuechallenge/toolkit/loader.cf m?csModule=security/getfile&pageid=1112956&title=Legal%20P rocess%20Outsourcing%3A%20A%20How-To%20Guide%20on%20Legal%20Process%20Outsourcing%20& recorded=1 (última consulta el 14 de febrero de 2019)

Beaton, G, (2013) How to recognise a New Law firm, *Beatoncapital*, publicado el 12 de diciembre de 2013. Disponible en: http://www.beatoncapital.com/2013/12/recognise-newlaw-firm/
(última consulta el 10 de febrero de 2019)

Böck, H. A, (2015) "El sector legal cambia de paradigma del profesional del derecho a un negocio legal", *Lawyerpress,* publicado el 18 de junio de 2018. Disponible en: http://www.lawyerpress.com/news/2015_06/1806_15_001.html (última consulta el 11 de febrero de 2019)

Bruch Maseras, E. (2017) Tendencias y nuevos modelos de negocio en la abogacía, *Diario La Ley*, publicado el 29 de mayo de 2017. Disponible en: https://diariolaley.laley.es/home/DT0000247580/20170529/Ten dencias-y-nuevos-modelos-de-negocio-en-la-abogacia (última consulta el 20 de febrero de 2019)

Cellan-Jones, R. (2017) the robot lawyers are here -and they're wining, en BBC, publicado el 1 de noviembre de 2017. Disponible en https://www.bbc.com/news/technology-41829534 (última consulta el 16 de enero de 2019)

Chin, E. (2013) 2018: The year Axiom becomes the world's largest legal services firm, *Beatoncapital,* publicado el 13 de septiembre de 2013. Disponible en: http://www.beatoncapital.com/2013/09/2018-year-axiombecomes-worlds-largest-legal-services-firm/ (última consulta el 9 de febrero de 2019)

Chin, E. (2013) What Voltaire might have said about New Law, *Beatoncapital,* publicado el 13 de octubre de 2013. Disponible en: http://www.beatoncapital.com/2013/10/voltaire-might-saidnewlaw/ (última consulta el 11 de febrero de 2019)

Chin, E. (2018) The Rise of the LegalTech Market, *The Legal Festival,* publicado el 24 de julio de 2018. Disponible en: https://www.legalfestival.com/blog/blog/legal-technology/therise-of-the-legaltech-market (última consulta el 12 de febrero de 2019)

CincoDías (2018) Fernández-Samaniego: "Externalizar la asesoría puede reducir un 50 % la facturación legal de la empresa", *CincoDías,* publicado el 29 de enero de 2018. Disponible en: https://cincodias.elpais.com/cincodias/2018/01/25/legal/1516872334_268888.html (última consulta el 11 de febrero de 2019)

Cohen, M. A. (2018) Law is Lagging Digital Transformation – Why it Matters. Disponible en: http://legalmosaic.com/blog/ (última consulta el 18 de enero de 2019)

Cohen, M. A. (2018) There is nothing "alternative" about new model providers – especially the Big Four, *Forbes*, publicado el 3 de diciembre de 2018. Disponible en: https://www.forbes.com/sites/markcohen1/2018/12/03/there-isnothing-alternative-about-new-model-providers-especially-thebig-four/#7b3efc0d6f5a (última consulta el 11 de febrero de 2019)

Cohen, M., A. (2018) New Business Models – Not Technology – Will Transform the Legal Industry, *Forbes*, 8 de noviembre de 2018. Disponible en: https://www.forbes.com/sites/markcohen1/2018/11/08/newbusiness-models-not-technology-will-transform-the-legalindustry/#7fc944e818cc (última consulta el 22 de enero de 2019)

Cohen, M.A. (2018) What Are Law Schools Training Students For?, *Legal Mosaic*, publicado el 27 de diciembre de 2018. Disponible en: https://legalmosaic.com/2018/12/27/what-are-law-schools-training-students-for-2/ (última consulta el 17 de febrero de 2019)

Comisión Europea (1995) *Libro verde sobre la innovación*. Boletín de la Unión Europea. Suplemento 5/95.

Disruptive Legal (2013) Analyzing Axiom Law, *Disruptive Law*, publicado el 13 de julio de 2013. Disponible en: https://disruptivelegal.wordpress.com/2013/07/19/axiom-law-isnot-an-lpo-but-it-is-one-of-the-most-important-companies-inthe-legal-services-industry/ (última consulta el 14 de Febrero de 2019)

Dzienkowski, J. S. (2014) The future of Big Law: Alternative Legal Service Providers to Corporate Clients, en *Fordham Law Review*, Vol. 82, Issue 6.

Fidefundación (2016) ¿Está el mercado legal español preparado para que empiecen a prestar sus servicios las denominadas "firmas alternativas" que ya operan en otros países y ganan cuota de mercado progresivamente?, *Fide fundación*. Disponible en: https://www.fidefundacion.

es/Esta-el-mercado-legal-espanolpreparado-para-que-empiecen-a-prestar-sus-servicios-lasdenominadas-firmas-alternativas_a431.html (última consulta el 14 de febrero de 2019)

Finnovating (2019) Mapa Legaltech España, *Finnovating,* publicado en enero de 2019. Disponible en: http://www.finnovating.com/news/mapa-legaltech-espana/ (última consulta el 13 de febrero de 2019)

Furlong, J. (2014) An incomplete inventory of NewLaw, *Law Twenty One,* publicado el 13 de mayo de 2014. Disponible en: https://www.law21.ca/2014/05/incomplete-inventory-newlaw/ (última consulta el 11 de febrero de 2019)

Furlong, J. (2018) Where next for alternative legal services providers? *Infolaw.* Disponible en: http://www.infolaw.co.uk/newsletter/2018/03/next-alternativelegal-services-providers/ (última consulta el 11 de febrero de 2019)

Furlong, J. y Larkan, S. (2014) A brief Inventory of New Law in Australia, *Australasian Legal Practice Management Association,* publicado el 25 de agosto de 2014. Disponible en: https://www.alpma.com.au/a-survival-guide-for-legal-practicemanagers/inventory-of-new-law-in-Australia (última consulta el 9 de febrero de 2019)

Gay Rosell, M. E. (2018) Claves para la internacionalización de la Abogacía. Disponible en https://www.abogacia.es/2018/05/31/claves-para-lainternacionalizacion-de-la-abogacia/ (última consulta el 19 de enero de 2019)

Gilbert, J. (2011) The Millennials: A new generation of employees, a new set of engagement policies, en *Ivey Business Journal*. Disponible en: https://iveybusinessjournal.com/publication/themillennials-a-new-generation-of-employees-a-new-set-of-engagement-policies/ (última consulta el 2 de febrero de 2019)

Greenstone Miller, J. y Miller, M. (2012) The Rise of The Supertemp, *Harvard Business Review*. Disponible en: https://hbr.org/2012/05/the-rise-of-the-supertemp (última consulta el 9 de febrero de 2019)

Javier Sanchez, L. (2018) El 80% de los abogados apuesta por la innovación aunque solo el 34% la ha implementado, *Confilegal,* 7 de noviembre de 2018. Disponible en: https://confilegal.com/20181107-el-80-de-los-abogadosapuesta-por-la-innovacion-aunque-solo-el-34-la-haimplementado/ (última consulta el 27 de enero de 2019)

Kagermann, H., Anderl, R., Gausemeier, J., Schuch, G. y Wahlster, W. (2016) *Industrie 4.0 in a Global Context: strategies for cooperating with International Partners*, acatech – National Academy of Science and Engineering. Disponible en: https://www.acatech.de/Publikation/industrie-4-0-in-a-globalcontext-strategies-for-cooperating-with-international-partners/ (última consulta el 17 de enero de 2019)

Kerikmäe, T., Hoffmann, T. y Chochia, A. (2018) Legal Technology for Law Firms: Determining Roadmaps for Innovation, *Croatian international Relations Review,* XXIV (81). Disponble en: https://www.researchgate.net/publication/325011038_Legal_Tec hnology_for_Law_Firms_Determining_Roadmaps_for_Innovation (última consulta el 12 de febrero de 2019)

Legaltech: digitalización y revolución del sector jurídico (2018) UPF Barcelona School of Management (Video). Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=3dtMpTaKT5s&t=924s

Legaltechies (2018) Los gráficos de la Legaltech española, *Legaltechies,* publicado el 1 octubre de 2018. Disponible en: https://legaltechies.es/2018/01/04/los-graficos-de-la-legaltechespanola/ (última consulta el 13 de febrero de 2019)

LegalTrek (2015) Alternative Fee Arrangements: a Comprehensive Guide for Law Firms, *LegalTrek* publicado el 16 de septiembre de 2015. Disponible en: https://legaltrek.com/blog/2015/09/alternative-feearrangements-a-comprehensive-law-firm-guide/ (última consulta el 11 de febrero de 2019)

LegalTrek Team (2016) What Is NewLaw and How It Is Changing the Legal Industry Forever!, *LegalTreck*. Disponible en: https://legaltrek.com/blog/2016/04/what-is-newlaw-and-how-itis-changing-the-legal-industry-forever/ (última consulta el 18 de febrero)

Lyons, T. (2018) Blockchain innovation in Europe, *The European Union Blockchain Observatory & Forum*, Disponible en: https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/blockchaintechnologies (última consulta el 19 de enero de 2019)

Manyika, J., Chui, M., Miremadi, M., Bughin, J., George, K., Willmot, P. y Dewhurst, M. (2017) A future that works: automation, employment, and productivity, *McKinsey Global Institute*. Disponible en: https://www.mckinsey.com/~/media/mckinsey/featured%20insi ghts/Digital%20Disruption/Harnessing%20automation%20for%20a%20future%20that%20works/MGI-A-future-that-worksExecutive-summary.ashx (última consulta el 17 de enero de 2019)

Mclean, D. L. (2005)"Organizational Culture's Influence on Creativity and Innovation: A Review of the Literature and Implications for Human Resource Development", *Advances in Developing Human, Resource,* Vol. 7, No. 2. Disponible en: http://dx.doi.org/10.1177/1523422305274528 (última consulta el 27 de enero de 2019)

Molina Pérez-Tomé, S. (2017) Externalización e Internalización de recursos: LPO y LIM, *Legaltoday,* publicado el 18 de agosto de 2017. Disponible en: http://www.legaltoday.com/gestion-deldespacho/rrhh/articulos/externalizacion-e-internalizacion-derecursos-lpo-y-lim (última consulta el 13 de febrero de 2019)

Monferrer Tirado, D. (2013) *Fundamentos de marketing*. Disponible en http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia74 (última consulta el 16 de febrero de 2019)

Munro, J. (2018) The Rise and Impact of Alternativw Legal Service Providers, *Medium,* publicado el 7 de febrero de 2018. Disponible en: https://medium.com/@JohnDMunro/the-rise-and-impact-ofalternative-legal-service-providers-c12bda23eaab (última consulta el 10 de febrero de 2019)

Navarro, E. (2019) ¿Cómo son los nuevos modelos de prestación de servicios jurídicos?, Abogacía Española, publicado el 5 de febrero de 2019. Disponible en: https://www.abogacia.es/2019/02/05/como-son-los-nuevosmodelos-de-prestacion-de-servicios-juridicos/ (última consulta el

10 de febrero de 2019)

Núñez Martínez, J. (2011) La aplicación del marketing en los despachos de abogados, en *Revista de Derecho UNED,* núm. 9.

OECD (2006) *Manual de Oslo. Guía para la recogida e interpretación de datos sobre innovación*. 3ª Ed. Disponible en: http://www.itq.edu.mx/convocatorias/manualdeoslo.pdf (última consulta el 27 de enero de 2019)

Peerpoint (2019) How consulting works. Disponible en: https://www.peerpoint.com/how-consulting-works (última consulta el 15 de febrero de 2019)

Rimon, P. C. (2018) Disrupting the law firm model. Disponible en: https://rimonlaw.com/disrupting-the-law-firm-model (última consulta el 17 de enero de 2019)

Sills, A. (2016) *ROSS and Watson tackle the law*, en IBM, publicado el 14 de enero de 2016. Disponible en: https://www.ibm.com/blogs/watson/2016/01/ross-and-watsontackle-the-law/ (última consulta el 16 de enero de 2019)

Thomson Reuters (2017) Alternative legal service providers. Understanding the growth and benefits of these new legal providers. Disponible en: https://www.2civility.org/wpcontent/uploads/Alternative-Legal-Service-Providers.pdf (última consulta el 9 de febrero de 2019)

Thomson Reuters (2019) Alternative legal service providers 2019. Fast Growth, Expanding Use and Increasing Opportunity. http://liblog.law.stanford.edu/wp-content/uploads/2019/02/Alternative.Legal_.Serv_.Providers.2019.pdf (última consulta el 11 de febrero de 2019)

Turner, K. (2016) Meet Ross, the newly hired legal robot, en *The Washington Post*, publicado el 16 de mayo de 2016. Disponible en https://www.washingtonpost.com/news/innovations/wp/2016/05/16/meet-ross-the-newly-hired-legal-robot/?utm_term=.a9dd96e68464 (última consulta el 16 de enero de 2019)

Veith, C., Bandlow, M., Harnisch, M., Wenzler, H., Hartung, M. y Hartung, D. (2016) How Legal Technology Will Change the Business of Law, *The Boston Consulting Group*.

Williams, J. C., Platt, A. y Lee, J. (2015) Disruptive Innovation: New Models of Legal Practice, *Hastings Law Journal,* Vol. 67.

Wortmann, F. y Flücher, K. (2015) Internet of Things. Technology and Value Added, *Business & Information Systems Engineering,* Vol. 57, Iss. 3. http://dx.doi.org/10.1007/s12599-015-0383-3

Zommer, L. (2015) Alternative Fee Arrangements: guía de acuerdos de honorarios alternativos para bufetes de abogados. Disponible en: https://marketingparaabogados.eu/alternative-feearrangements-acuerdos-de-honorarios-alternativos-parabufetes-de-abogados/ (última consulta el 18 de enero de 2019)

FUNDACIÓN
Mutualidad

La protección de los derechos fundamentales en el siglo XXI: el abogado y la inteligencia artificial

Catalina Hierro Hernández-Mora

Catalina Hierro Hernández Mora
Universidad Carlos III de Madrid

PRIMER PREMIO
VIII Premios a la Excelencia de la Cátedra Fundación Mutualidad Abogacía

2019

Índice

Resumen 702
Abstract 703
Listado de abreviaturas 704
1. Introducción 705
2. La protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico español 711
2.1. Origen y características de los derechos fundamentales 714
2.2. Protección en el ordenamiento jurídico español 717
3. La inteligencia artificial frente a los derechos fundamentales 721
3.1. Derecho a la igualdad 724
3.2. Derecho a la vida y a la integridad física y moral 727
3.3. Derecho a la libertad y a la seguridad 731
3.4. Derecho a la intimidad y a la protección de datos 734
3.5. Derecho a la tutela judicial efectiva, al juez ordinario predeterminado por la ley y a la presunción de inocencia 741
3.6. Otros derechos fundamentales afectados 749
4. La inteligencia artificial como sujeto de derecho 752
5. Reflexiones finales 761
Obras doctrinales 767
Otros enlaces de interés 771
Anexo de legislación 777
Anexo de jurisprudencia 779

Resumen

La inteligencia artificial supone uno de los avances más importantes de nuestro tiempo, pero también plantea algunos de los mayores retos para los seres humanos. En concreto podría llegar a vulnerar nuestros derechos fundamentales, caracterizados precisamente por ser aquellos que nuestro ordenamiento jurídico dota de las máximas garantías. Como expertos en derecho y profesionales cercanos a los problemas del cliente, los abogados juegan un papel esencial en la protección de dichos derechos: deben ser conscientes y estar preparados para los desafíos a los que tendrán que enfrentarse en un futuro muy cercano.

Palabras clave: abogado, inteligencia artificial, derechos fundamentales, personalidad jurídica, Tribunal Constitucional, Constitución Española.

Abstract

Artificial intelligence is one of the greatest signs of progress of our times, but it also poses some of the biggest risks to human beings. More specifically, it could violate our fundamental rights, which are precisely those that our legal system provides with the maximum level of protection. As law experts and those closest to the client's legal problems, lawyers play a fundamental role in protecting these rights: they must be aware and prepared for the challenges they will be facing in a very near future.

Key words: lawyer, artificial intelligence, fundamental rights, legal personality, Constitutional Court, Spanish Constitution.

Listado de abreviaturas

CC	Código Civil
CE	Constitución Española
CP	Código Penal
DDFF	Derechos fundamentales
DDHH	Derechos humanos
DIH	Derecho internacional humanitario
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos
IA	Inteligencia artificial
IAE	Inteligencia artificial específica
IAG	Inteligencia artificial general
LAWS	Lethal Autonomous Weapons Systems
LDC	Ley de Defensa de la Competencia
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LOTC	Ley Orgánica del Tribunal Constitucional
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos
OMS	Organización Mundial de la Salud
PAI	Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, 1977
RAE	Real Academia Española
RGPD	Reglamento General de Protección de Datos
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
UNESCO	Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura

01 Introducción

En marzo de 2020, Bill Gates volvía a poner sobre la mesa su plan ID2020, que consiste en implantar nanochips en los pulgares de las personas para dotarles de una identidad digital. Con ello, según el billonario cofundador de Microsoft, que desde hace un tiempo integra reuniones del G-20 y de la Organización Mundial de la Salud (OMS), podrían conocerse -o controlarse- los datos médicos de una persona[1]. En plena crisis de la pandemia Covid-19[2], Gates ofrecía una solución para parar la propagación del virus, proponiendo emplear su avanzada tecnología para, una vez que se desarrollara una vacuna, monitorizar quién estaba vacunado y quién se había infectado y curado.

Dejando al margen cuestiones de quién financia qué, o de los ingresos que llevar a término su agenda podría suponerle al famoso empresario -que pocos días antes de estas declaraciones abandonaba el consejo de administración de Microsoft para "dedicar más tiempo a la filantropía, al cuidado de la salud global, del desarrollo y del medioam-

1. Matt Pérez, "Bill Gates calls for national tracking system for Coronavirus during Reddit AMA", Forbes, 18 de marzo de 2020. **https://www.forbes.com/sites/mattperez/2020/03/18/bill-gates-calls-for-national-tracking-system-for-coronavirus-during-reddit-ama/#67a8b6356a72**
2. Acrónimo de "*coronavirus disease 2019*" (enfermedad por coronavirus 2019). Enfermedad infecciosa detectada por primera vez en China en diciembre de 2019 que en pocos meses se extendió por todo el mundo. El 11 de marzo de 2020, la OMS la declaró pandemia.

biente"[3]- es imposible no preguntarse por las consecuencias que ello tendría para el conjunto de la humanidad. Gates propone abrir una puerta muy peligrosa, que el ser humano ya ha empujado alguna vez: ¿Tecnología o privacidad? ¿Salud o derechos fundamentales? ¿Y por qué ha de plantearse el debate como una dicotomía?

Estas preguntas suponen una llamada a filas a los estudiosos del derecho, y concretamente a la abogacía.

Al hablar de abogados, al ciudadano medio se le vienen unas cuantas ideas a la cabeza. Solo hace falta coger el refranero español para ver que se les tacha de manipuladores –"un abogado listo, te hará creer lo que nunca has visto"- y de deshonestos -"dos en pleito, para ellos es el daño y para otros el provecho"[4].

Unido a la facilidad para crear pleitos está el cierto halo conservador y tradicional (por no decir anticuado) que rodea a esta profesión, para algunos inmutable al paso de los años.

Sin embargo, quienes conocemos la profesión desde más cerca sabemos que esta dista mucho de ser la realidad. Para empezar, sabemos que el de la abogacía es uno de los mercados más saturados que hay[5] y que ello se debe en parte a la aparición de competencia que hace años no cabía ni imaginar. Entre otros, los servicios legales que ofrecen compañías como Amazon o Google, y que se conoce como *new law*[6]; o la que se considera la protagonista de la cuarta revolución industrial: la inteligencia artificial (IA). Algunas voces plantean el siguiente futuro: robots

3. Toss Haselton y Jordan Novet, "Bill Gates leaves Microsoft board", CNBC, 13 de marzo de 2020.**https://www.cnbc.com/2020/03/13/bill-gates-leaves-microsoft-board.html**
4. "Refranes castellanos clasificados por temas", *Refranero castellano*, **https://www.refranerocastellano.com/gente/abogados.html**
5. En 2017 en España había más de 300 abogados por cada 100.000 habitantes, mientras que en Francia no llegaban a la tercera parte.
Cuadro de indicadores de la Justicia en la Unión Europea (Bruselas: Comisión Europea, 2019), **http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Aspectos-internacionales/Informes-Organismos-Extranjeros/Comision-Europea---Cuadro-indicadores-de-la-Justicia-en-la-Union-Europea/**
6. Juan Felipe Torres Varela, "Startups, innovación y su impacto en la industria legal", Legis ámbito jurídico (blog), 8 de marzo de 2018, **https://www.ambitojuridico.com/noticias/columnista-impreso/tic/startups-innovacion-y-su-impacto-en-la-industria-legal** (Última consulta el 15 de marzo de 2020).

que sin pasar años estudiando a Díez Picazo y buceando por Aranzadi van a venir a hacer la labor del abogado por él. Incluso mejor que él.

De hecho, la tecnología ha irrumpido en la vida de los letrados con toda su fuerza: el *legaltech*, el *blockchain*, el *big data*. Como ya adelantábamos una de estas innovaciones, la inteligencia artificial, ha hecho suscitar el debate de si las máquinas podrían llegar a sustituir a los abogados. En palabras de John Buyers, socio de Osborne Clarke y líder del Grupo sobre Inteligencia Artificial del despacho inglés, "el pronóstico es que las habilidades profesionales algún día se abrirán a la automatización, tales como aquellas desarrolladas actualmente por abogados y contables"[7].

Pero ¿de qué hablamos cuando nos referimos a la IA? Aunque son muchas las formas en las que se define[8], debido también a su rápida evolución, existe cierto consenso en que es un término genérico que designa los métodos de aprendizaje autónomo de los ordenadores[9]. Permite a las máquinas pensar y decidir de forma independiente ante situaciones nuevas, adaptando su respuesta a ellas igual que hace un ser humano[10].

Este proceso es posible gracias a los algoritmos. En términos muy sencillos, un algoritmo es una secuencia de instrucciones que, conformando un modelo, permite alcanzar la solución a un problema[11].

7. John Buyers, *Artificial Intelligence: The practical legal issues.* (Bath: Law Brief Publishing, 2018).
8. Aunque los anglicismos *Machine Learning* (ML) o *Deep Learning* (DL) se usen a menudo como sinónimos de 'IA', no son términos intercambiables. El ML es una rama de la IA basada en el análisis de bases de datos para hallar patrones complejos y predecir comportamientos futuros; el DL es un área del ML que se caracteriza por que los modelos están formados por redes neuronales artificiales que emplean una mayor potencia y unas bases de datos de mayor tamaño, alcanzado niveles de precisión altísimos.
9. "Grossman-Cormack Dictionary of Technology-Assisted Review", *Federal Courts Law Review* 7, no1 (2013): 1-34, **https://www.fclr.org/fclr/articles/html/2010/grossman.pdf**
10. Karen Hao, "What is AI? We drew you a flowchart to work it out", *MIT Technology Review*, 10 de noviembre de 2018, **https://www.technologyreview.com/2018/11/10/139137/is-this-ai-we-drew-you-a-flowchart-to-work-it-out/** (Última consulta el 18 de marzo de 2020).
11. MIT OpenCourseWare, "Lecture 1: Algorithmic Thinking, Peak Finding", vídeo de Youtube, 53:21, publicado el 2 de julio de 2014, **https://www.youtube.com/watch?v=HtSuA80QTyo&list=PLUl4u3cNGP61Oq3tWYp6V_F-5jb5L2iHb**

Ahora bien, lo cierto es que no se ha llegado a desarrollar la inteligencia artificial, al menos no tal y como la hemos definido unas líneas más arriba. En este sentido, cabe distinguir este tipo de IA -IA general (IAG) o fuerte- de la que sí que existe ya y está tan presente en nuestras vidas -IA específica (IAE) o débil-. Mientras que la primera se caracteriza por ser inteligente y tener conciencia de sí misma, la segunda es la que poseen los dispositivos capaces de llevar a cabo funciones concretas (como por ejemplo conducir) mejor que un humano. También hay quienes distinguen la 'súper inteligencia artificial', que es aquella capaz de superarse continuamente a sí misma de forma que en poco tiempo sobrepasaría con creces la inteligencia humana, alcanzando con ello la denominada 'singularidad'.

Pero volviendo a los abogados, está claro que la irrupción de la IA les ha obligado a innovar, a mejorar y a diferenciarse. Y con ello ha quedado probado que lejos de permanecer impasibles ante el paso del tiempo, se adaptan al cambio y lo usan en su beneficio[12].

La abogacía ha hecho uso de los instrumentos puestos a su disposición, y con más o menos habilidad se ha subido a la ola de la Revolución 4.0. Mediante aplicaciones de búsqueda de jurisprudencia como *Vincent*, de la archiconocida base de datos Vlex, puede encontrar argumentos favorables a sus pretensiones y evita incurrir en errores derivados del desconocimiento o de una investigación no exhaustiva[13]. Otras herramientas, como *DraftXpress*, diseñada por el despacho Hogan Lovells, le

12. Cabe preguntarse si no hacer uso de la IA podría llegar a constituir negligencia profesional. Por ejemplo, en el caso de un abogado que ante un asunto complejo y teniendo a su disposición la tecnología legal más puntera, decide no usarla. Ello se agrava si, como es la tendencia actual, cada vez más despachos recurren al legaltech para mejorar sus argumentaciones jurídicas. Al fin y al cabo, el nivel de diligencia exigible se establece teniendo en cuenta las concretas circunstancias del caso, pero también en base a los usos y prácticas del sector.

13. "La búsqueda de información legal ha cambiado para siempre. Bienvenido a una nueva era de conocimiento. Bienvenido a Vincent", *Vlex* (blog), 12 de septiembre de 2018, **http://spanish.vlexblog.com/presentamos-vincent-asistente-juridico-virtual-mas-avanzado/.** (Última consulta el 21 de marzo de 2020).

sirven para la redacción automatizada de documentos estandarizados[14]. Y gracias a la jurimetría, ofrecida por compañías expertas en la investigación jurídica como LexisNexis[15] o Wolters Kluwer[16], podría llegar el día en que con unos cuantos *clics* del ratón cada abogado averigüe dónde le conviene interponer una demanda para que sea más probable obtener una sentencia estimatoria.

Con estas herramientas de *legaltech*, la abogacía ahorra en tiempo y costes, ganando tanto en eficiencia como en efectividad. Puede preparar una mejor defensa o un ataque más contundente, coadyuvando de esta forma al derecho fundamental a la asistencia letrada (artículo 24.2 CE). En palabras de Victoria Ortega, presidenta del Consejo General de la Abogacía Española, en relación con las nuevas tecnologías:

> "Son nuevas necesidades a las que debemos responder... Los cambios son estimulantes y lejos de verlos como una amenaza, debemos mirarlos como el futuro que ya está aquí"[17].

En este sentido, hay motivos para callar a quienes vaticinan que la IA supondrá el fin de la profesión, defendiendo que incluso podría ponerse a su servicio. Además, el letrado establece una conexión con el cliente que parece difícil que pueda emular una máquina. Es un experto en leyes pero no solo eso, pues también se convierte a veces en psicólogo e incluso en confidente.

Por otro lado, todos los abogados -de empresa o bufete; de gran o pequeño despacho; de negocios, penalistas o de familia- tienen algo en común: son garantes de derechos. La abogacía tiene una función social como palanca de cambio, como defensora de la Justicia y como protectora de los derechos de las personas. Dado que los avances tecnológicos

14. Ante la pandemia del Covid-19 y la consiguiente paralización de los procedimientos judiciales, se ha planteado hacer uso de esta tecnología para redactar escritos solicitando el aplazamiento del pago o la suspensión de los contratos. Herramientas como esta se emplean sobre todo en el marco del commodity litigation, en el que las disputas son homogéneas y exigen soluciones similares.
15. *Lex Machina*, **https://lexmachina.com**. (Última consulta el 25 de abril de 2020).
16. "¿Por qué Jurimetría es una solución única?", La Ley, **https://jurimetria.laleynext.es/content/Unica.aspx**. (Última consulta el 24 de marzo de 2020).
17. "Valladolid 2019: el congreso del cambio, el congreso de todos los abogados", *Revista del Consejo General de la Abogacía Española*, no114 (2019): 25-31, **https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2019/03/web-ABOG114baja.pdf**

podrían beneficiar pero también amenazar nuestros derechos fundamentales, se hace imprescindible destacar el papel del abogado en la protección de dichos derechos, advirtiéndole asimismo de los retos a los que él mismo podría enfrentarse en los próximos años. Ello constituye el objeto de este estudio.

En este trabajo se pretende hacer un análisis del impacto de la inteligencia artificial sobre la protección de nuestros derechos fundamentales (DDFF). Si bien el potencial para mejorar la vida del ser humano -medicina, coches autónomos, entretenimiento, etc.- y del propio letrado -con las aplicaciones ya descritas- es inmenso, no es tampoco despreciable el riesgo que podría conllevar para nuestros derechos más importantes. Como pilar esencial del Estado de Derecho, los abogados han de ser conscientes de ello y estar preparados.

En primer lugar, se llevará a cabo una breve exposición sobre los derechos fundamentales, haciendo referencia a cuáles son, a su origen y características y a su protección en el ordenamiento jurídico español.

A continuación, se estudiará la forma en la que distintos derechos fundamentales se ven afectados por el uso de la inteligencia artificial. Las referencias a la IA se entenderán hechas a la de propósito general (IAG), salvo que se esté hablando de aplicaciones ya existentes (IAE).

Después se centrará el debate en las máquinas como sujetos de derecho, abordando la cuestión de la responsabilidad en que pudieran incurrir por vulnerar nuestros derechos fundamentales.

Se concluirá resumiendo brevemente lo estudiado e indicando de manera sucinta cómo se están regulando las cuestiones planteadas en el trabajo, invitando al lector a reflexionar acerca de lo leído.

02 La protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico español

Los derechos fundamentales ocupan un lugar absolutamente central en nuestro ordenamiento jurídico.

Ello encuentra su explicación en su origen y en su razón de ser, y se traduce en la manera concreta en la que se tutelan.

Pero antes de entrar a analizar estas dos cuestiones, debemos preguntarnos: ¿cuáles son los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico español? Aunque cueste creerlo, no hay unanimidad sobre la cuestión. La sistemática de la CE tampoco arroja claridad: el Título I se llama "De los derechos y deberes fundamentales"; su Capítulo II, "Derechos y libertades"; dentro de este encontramos la Sección 1a, titulada "De los derechos fundamentales y de las libertades públicas". Y sin embargo no podemos equiparar la categoría de derechos fundamentales a ninguna de las tres divisiones. En pocas palabras: "el deseo del constituyente de hacer una amplia proclamación de derechos pudo más que el necesario rigor jurídico"[18].

Pedro Cruz Villalón, presidente del TC entre 1998 y 2001, explica cómo en la jurisprudencia del órgano jurisdiccional se ha distinguido entre los derechos fundamentales en sentido *amplio* (aquellos contenidos en el Título I de la Constitución) y en sentido *estricto* (aquellos con-

18. Francisco J. Bastida et al., *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978* (Madrid: Tecnos, 2004).

tenidos en la mencionada Sección 1a), mientras que en su opinión los DDFF son los contenidos en el Capítulo II[19]. Determinados autores, por su parte, precisan que no todos los preceptos conforman "el tipo de instituciones jurídicas que merecen la calificación de derechos subjetivos fundamentales desde el punto de vista jurídico-constitucional", puesto que en estos artículos también se incluyen, por ejemplo, mandatos a los poderes públicos (como la prohibición de la imposición de trabajos forzados del artículo 25.2 CE)[20].

A efectos de este trabajo, dejamos a un lado los debates doctrinales y nos acogemos a la postura mantenida por el Tribunal Constitucional en la inmensa mayoría de sus sentencias. Así, el Alto Tribunal se refiere sencillamente a "los derechos fundamentales y libertades públicas comprendidos en los artículos 14 a 29 de la Constitución" (STC 72/1982). Por lo tanto, los derechos contenidos en la Sección 1a (artículos 15 a 29 CE) y en el artículo 14 CE son los que protagonizan nuestro estudio.

Ahora bien, ¿por qué se incluye el artículo 14 CE, que se halla apartado del resto de DDFF? Tal y como se analizará posteriormente, este artículo goza de un estatus especial, al ser a la vez garantía del ejercicio de los demás derechos fundamentales y derecho fundamental en sí mismo[21]. A pesar de su colocación fuera de la Sección 1a, es considerado un derecho fundamental más.

19. Pedro Cruz Villalón, "Formación y evolución de los derechos fundamentales", Revista Española de Derecho Constitucional 9, no25 (enero-abril 1989): 37-39, **https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/79388.pdf**.
20. María Emilia Casas Baamonde, "De los derechos y deberes fundamentales", en *Comentarios a la Constitución Española*, ed. por Enrique Arnaldo y Jesús Remón (Madrid: Wolters Kluwer, 2018), 199-213.
21. María Fernanda Fernández y Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, "La igualdad ante la ley y en la aplicación de la ley", en Comentarios a la Constitución Española, ed. por Enrique Arnaldo y Jesús Remón (Madrid: Wolters Kluwer, 2018), 334-353.

En relación con esto último apuntamos que la localización de los derechos fundamentales dentro de la Constitución es reflejo de su singular importancia. Al igual que ocurre con las constituciones de países de nuestro entorno[22], están ubicados en el título siguiente al Título Preliminar, que recoge ni más ni menos que los pilares básicos sobre los que se erige nuestro Estado social y democrático de Derecho.

22. La *Costituzione della Repubblica Italiana* (1947), por ejemplo, recoge en sus primeros doce artículos las bases de la República, para a continuación tratar los derechos y deberes de los ciudadanos. De manera similar, la Constituição da República Portuguesa (1976) recoge los derechos y deberes fundamentales después del Preámbulo.

2.1. Origen y características de los derechos fundamentales

Hechas estas observaciones iniciales, procede dedicarle unas líneas a aquello que constituyen los derechos fundamentales. En términos muy generales, son la positivización de los derechos humanos (DDHH), entendiendo por estos aquellos derechos inherentes a todo ser humano por su simple condición de tal, sin distinción de raza, sexo, religión, nacionalidad o de ningún otro tipo[23].

En palabras de Gregorio Peces-Barba, padre de la Constitución Española y catedrático de Filosofía del Derecho[24]:

> "Alguien tiene un derecho o un deber fundamental sólo cuando una norma jurídica lo reconoce o lo establece. Son derechos y deberes jurídicos. En el lenguaje ordinario el término derechos fundamentales, derechos humanos en la utilización más extendida, se usa con un sentido más amplio, incluyendo también aquellos supuestos en los cuales esos "derechos humanos" no están incorporados al Derecho positivo."

Ahora bien, no todos los derechos comprendidos en la categoría de DDHH se reconocen en nuestra Constitución como **derechos fundamentales**, que son aquellos a los que los constituyentes dotaron de una mayor protección. Esto se debe, por un lado, a que muchos de los DDFF se identifican con los derechos civiles y políticos o de primera generación, que se erigían frente a los abusos del poder y eran particularmente relevantes en el contexto histórico en el que se fraguó la Carta Magna. Por otro lado, y tal y como explica Luis López Guerra, antiguo vicepresidente del TC y magistrado del TEDH, a diferencia de lo que ocurría con

23. "¿Qué son los derechos humanos?", *Naciones Unidas*, **https://www.un.org/es/sections/issues-depth/human-rights/index.html** (Última consulta el 7 de mayo de 2020).
24. Gregorio Peces-Barba, "Derechos fundamentales", *Revista jurídica de Castilla la Mancha*, no2 (1987): 7-34, **https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/10462/?sequence=1**.

otros derechos (como el derecho al matrimonio o a la propiedad), en los que influyen mucho las cuestiones ideológicas, existía un mayor consenso acerca del contenido y alcance de los derechos fundamentales[25]. Por lo tanto, solo algunos de los derechos fueron incluidos dentro de esta categoría privilegiada.

Frente a los derechos fundamentales encontramos los **derechos recogidos en los artículos 30 a 38 CE** (Sección 2a del Cap. II del Título I), que constituyen en buena parte derechos de segunda generación. Se caracterizan por su contenido prestacional, en la medida en que requieren de la actuación por parte del Estado para su eficacia.

En tercer lugar están los **principios rectores de la política social y económica** de los artículos 39 a 52 CE (Cap. III del Título I). A diferencia de las dos categorías anteriores, estos no establecen derechos exigibles sino directrices que deben inspirar la actuación de los poderes públicos (artículo 53.3 CE). Sin embargo, igual que en su día se debatía acerca de su contenido, actualmente los políticos discuten acerca de la posibilidad de invocarlos directamente ante los tribunales. Un ejemplo clásico es el del derecho a una vivienda digna, (artículo 47 CE). El TC se ha disipado todas las dudas acerca de la exigibilidad directa de derechos como este: carece de fuerza vinculante inmediata, "pues no se trata de un derecho subjetivo exigible, sino [de] un mandato constitucional programático" (STC 72/2019).

Algunos autores han querido explicar las diferencias entre estas tres categorías en base al papel que juegan respecto de nuestro Estado *de Derecho* (derechos fundamentales en sentido estricto), *social* (derechos de los artículos 30 a 38 CE) y *democrático* (principios rectores)[26]. Sin embargo, de verificarse esta teoría el derecho a la propiedad privada, por ejemplo, no estaría en el segundo sino en el primer grupo, pues es uno de los principales derechos individuales.

25. Luis López Guerra, "40 años de Constitución – Los derechos fundamentales", *Observatorio de Derecho Público IDP* (blog), 22 de noviembre de 2018, **http://idpbarcelona.net/los-derechos-fundamentales/** (Última consulta el 8 de mayo de 2020).
26. Hans Peter Schneider, "Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático", *Revista de Estudios Políticos*, no7 (1979): 7-36, **https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1427304.pdf**.

Frente a esta encontramos una clasificación que es absolutamente pacífica en la doctrina y que se desprende del propio texto constitucional. Esta distingue estos tres conjuntos de derechos (dentro de que no todos son derechos, como ya hemos visto) según su *nivel de protección*. Y con esto concluimos, tras dar algún que otro rodeo, que aquello que hace únicos a los derechos fundamentales son los medios de tutela de los que se les dota.

Resulta que podríamos haber ahorrado leer muchas disquisiciones y debates doctrinales: basta acudir al diccionario para descubrir que la Real Academia Española define los DDFF como "derechos declarados en la Constitución, que gozan del máximo nivel de protección"[27].

27. Definición de "derechos fundamentales", *Diccionario del español jurídico*, **https://dpej.rae.es/lema/derechos-fundamentales**

2.2. Protección en el ordenamiento jurídico español

El particular tratamiento que reciben los derechos fundamentales se refleja en tres ámbitos: su tutela jurisdiccional, su régimen normativo y su eventual reforma.

2.2.1. Tutela jurisdiccional

Dentro del primero de estos aspectos encontramos a su vez una doble especialidad. Aparte del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE), que permite a un ciudadano acudir a los tribunales ordinarios en defensa de sus intereses legítimos, este puede reaccionar de otras dos formas ante una vulneración de sus derechos fundamentales.

Por una lado, puede recurrir al amparo ordinario, un procedimiento que aunque también se sustancia ante los mismos jueces y tribunales que el anterior, se caracteriza por la rapidez (plazos más breves) y la prioridad frente a otros procedimientos (con independencia del orden de entrada de los asuntos en el juzgado).

Encontramos que este procedimiento especial se materializa en todos los órdenes jurisdiccionales salvo en el penal. Esto resulta lógico, pues el propio procedimiento penal se caracteriza por lidiar con violaciones de derechos fundamentales -no supone una excepción, como podríamos decir de los demás órdenes jurisdiccionales-, es de por sí preferente -tanto que es lo único capaz de frenar el 'tren bala' al que algunos autores asimilan el procedimiento laboral[28]- y sus plazos no pueden acortarse

28. Así lo exponía el catedrático de Derecho Penal Jacobo Dopico Gómez-Aller el 15 de abril de 2020 en la asignatura de Derecho Penal Económico del Máster de Acceso a la Abogacía de la Universidad Carlos III.

más sin poner en riesgo los propios derechos fundamentales de las partes[29].

Ahora bien, en puridad tampoco podemos afirmar que se pueda acudir a un procedimiento basado en los principios de sumariedad y preferencia para proteger todos y cada uno de los derechos fundamentales, sino únicamente respecto de aquellos para los que se haya previsto en las concretas normas procesales de desarrollo[30].

Por otro lado, las personas que vean conculcados sus DDFF pueden acudir al amparo constitucional, vía excepcional y subsidiaria mediante la cual el máximo intérprete de la Constitución protege estos derechos (además de la objeción de conciencia del artículo 30.1 CE) de la actuación de los poderes públicos (artículos 161.1.b CE y 41 LOTC)[31].

El carácter subsidiario no merece mayor comentario: antes de acudir al TC hay que agotar la vía jurisdiccional ordinaria. Sin embargo, sí nos paramos en la nota de la excepcionalidad, pues es prácticamente imposible conseguir la admisión de un recurso de amparo (luego ya nos centraremos en que se estime). Solo los derechos fundamentales stricto sensu tienen acceso a este medio de tutela, y el Constitucional interpreta esto al pie de la letra. De nada sirve, por ejemplo, invocar una vulneración del artículo 25 CE, comprendido dentro del ámbito material del recurso, cuando lo que realmente se pretende tutelar son los principios del artículo 9.3 CE (STC 127/1990). Añadido a esto está el requisito de especial trascendencia constitucional (artículo 49.1 *in fine* LOTC), que obliga al recurrente en amparo a explicar por qué su caso merece una decisión por parte del Alto Tribunal[32]. Pasamos de un papel del recurso

29. María Garrote de Marcos y Beatriz Vila, *Jurisdicción constitucional y procedimiento de defensa de los derechos* (Madrid: Dykinson, 2016).
30. *Ibid*.
31. Bastida et al., *Teoría general de los derechos fundamentales*...
32. La especial trascendencia constitucional se valorará en base a la importancia del pronunciamiento para "la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales" (art. 50.1 b LOTC).

de amparo subjetivo a uno mucho más objetivo, y el resultado es que se admite un recurso de cada cien que se presentan[33].

2.2.2. Regulación

En cuanto a la regulación de los derechos fundamentales, existe reserva de ley (artículo 53.1 CE). Su desarrollo -que el TC ha entendido referido a sus elementos consustanciales, no así a los accidentales (STC 101/1991)- habrá de hacerse mediante ley orgánica (81.1 CE), lo que significa que para su aprobación se requiere la mayoría absoluta del Congreso de los Diputados, pero no que estas leyes tengan un rango superior al de las ordinarias. Aunque haya quienes las describan como 'cuasi-constitucionales', la diferencia es jerárquica, no competencial[34].

La Constitución vela por que no quede ningún cabo suelto: prohíbe la delegación legislativa para su desarrollo (artículo 82.1 CE), así como su regulación mediante decreto-ley (artículo 86.1 CE), y exige recabar la autorización previa de las Cortes Generales para firmar un tratado internacional que los pueda afectar (artículo 94.1.c CE).

De esta forma, y en palabras del Constitucional, la regulación de los derechos fundamentales se lleva a cabo ejerciendo una "democracia de consenso" (STC 224/1993), tratando de sustraerla así de los vaivenes políticos.

2.2.3. Reforma (168 CE)

Por último encontramos el procedimiento extraordinario de reforma constitucional, que para la revisión de los preceptos contenidos en la Sección 1a del Capítulo II del Título I exige obtener una mayoría cuali-

33. "El Constitucional admite a trámite el 1,6% de los recursos de amparo que recibe", Elderecho.com, 17 de junio de 2019, **https://elderecho.com/constitucional-admite-tramite-16-los-recursos-amparo-recibe** (Última consulta el 12 de mayo de 2020).
34. Ángel Garrorena, "Acerca de las leyes orgánicas y de su espuria naturaleza jurídica", *Revista de Estudios Políticos*, nº13 (enero-febrero 1980): 169-207, **https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/26600.pdf.**

ficada en el Congreso y en el Senado. Obtenida esta mayoría, obliga a disolver las Cortes y a convocar elecciones. Las nuevas Cámaras deberán ratificar la revisión y someterla a referéndum.

El procedimiento resulta tan rígido y complicado que la doctrina ha llegado a compararlo con las "cláusulas de intangibilidad"[35], pues de una forma indirecta el artículo 168 CE ha blindado su ámbito material a cualquier intento de modificación[36].

Reformar el contenido de uno de los artículos 15 a 29 CE requiere meditarlo mucho: aparte de que conseguir tantas aprobaciones supone un gran esfuerzo, el partido en cuestión corre el riesgo de tener que abandonar el gobierno. Sea como fuere, jamás se ha intentado.

De esta forma podemos entender que se califique a las leyes orgánicas como 'cuasiconstitucionales'. Al fin y al cabo, sirven para moldear el contenido de la Constitución, derechos fundamentales incluidos, con la ventaja de no tener que atravesar el farragoso procedimiento de reforma.

35. Presentes en los textos constitucionales de Francia e Italia, entre otros, estas cláusulas impiden la reforma de algunas de sus disposiciones. En el caso concreto de estos dos países, imposibilitan el abandono de la forma republicana del Estado.
36. Pedro de Vega, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente.* (Madrid: Tecnos, 1985).

03 La inteligencia artificial frente a los derechos fundamentales

El Título I de nuestra Constitución, al que ya nos hemos referido, abre con el reconocimiento de la dignidad de la persona como eje central (artículo 10.1 CE) y con la necesidad de interpretar las normas en él establecidas con arreglo a la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) y demás tratados relevantes ratificados por España (artículo 10.2 CE).

En este sentido, cabe hacer un primer apunte: la inteligencia artificial afecta indudablemente a nuestros derechos humanos. Entre otros, es previsible que impacte de lleno sobre el derecho al trabajo, recogido en el artículo 23 DUDH, y que los empleos menos cualificados -y más fácilmente sustituibles- sufran más. Ahora bien, la otra cara de la moneda es que la realización de muchas tareas por parte de máquinas podría ser positivo para el derecho al descanso y al tiempo libre (24 DUDH).

El futuro respecto de otros derechos humanos es incierto: la consecución de un nivel de vida adecuado (artículo 25 DUDH) o la participación en el progreso científico (27 DUDH) dependerían del uso que se le diera a la inteligencia artificial y de al servicio de qué o quién se pusiera. En este sentido, estos derechos podrían materializarse en tener acceso a las aplicaciones de inteligencia artificial.

Centrándonos en nuestros derechos fundamentales, que como hemos visto no son sino los derechos humanos a los que los constituyentes optaron por dotar de una protección privilegiada, parece sencillo concretar las formas en las que la IA podría conculcarlos.

Sin embargo, en los artículos dedicados a los derechos fundamentales encontramos una única previsión que a priori resulta relevante, recogida en el artículo 18.4 CE: "la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos." Con esta referencia, comprobamos que aunque nuestra Constitución tenga cerca de medio siglo de vigencia, ya preveía que del uso de la tecnología podrían derivarse riesgos para los derechos fundamentales. Sin embargo, en ningún momento intentó predecir en qué se concretarían aquellos.

Por otro lado, era de esperar. Al fin y al cabo, los avances en este ámbito han sido exorbitantes y más aún en el campo concreto de la inteligencia artificial. Así, el mismo año en el que los padres de la Constitución redactaban la Carta Magna, el de la IA -John McCarthy- afirmaba que para desarrollar una IA con la inteligencia de un humano harían falta "1,7 Einsteins, 2 Maxwells, 5 Faradays y... 3 Manhattan Projects"[37]. Sin embargo, pocas décadas después de la afirmación de a quien se le atribuye el propio concepto de 'inteligencia artificial', los expertos que asistieron a la Conferencia sobre Seguridad en materia de Inteligencia Artificial celebrada en San Juan de Puerto Rico en 2015 establecían una fecha concreta para la llegada de la IAG: el año 2060[38].

Por ello, y ante la rápida proliferación de numerosas formas de inteligencia artificial específica, nos encontramos en posición de someter a examen a la protagonista de la nueva era digital: ¿de qué forma podemos prever que la inteligencia artificial vaya a comprometer los derechos que más nos esforzamos en proteger? Puesto que resulta imposible hacer un estudio individualizado respecto de cada uno de ellos, vamos

37. Hector J. Levesque, *Common Sense, the Turing Test, and the Quest for Real AI: Reflections on Natural and Artificial Intelligence* (Massachusetts: MIT Press, 2018).
38. "AI safety conference in Puerto Rico", Future of Life Institute, 12 de octubre de 2015, **https://futureoflife.org/2015/10/12/ai-safety-conference-in-puerto-rico/**(Última consulta el 11 de abril de 2020).

a centrarnos en aquellos sobre los que el impacto en principio pudiera ser mayor, y que por tanto plantearan mayores retos para los abogados en un futuro cada vez más próximo.

3.1. Derecho a la igualdad

El primero de los derechos fundamentales que recoge nuestra Constitución es **el derecho a la igualdad ante la ley** (artículo 14 CE).

Este derecho presenta tres vertientes diferenciadas: es una exigencia del ordenamiento jurídico, condición del ejercicio de los demás derechos fundamentales y una garantía personal como derecho fundamental en sí mismo[39]. De ahí que presida los DDFF recogidos en la CE y que, como hemos explicado, su complejidad e importancia lo hagan objeto de una regulación personalizada.

También encabeza los principales debates en torno a la inteligencia artificial, que están ligados a la forma en la que esta funciona. Como ya explicábamos al principio de este trabajo, la IA se nutre de bases de datos. De hecho, los rápidos avances en este campo se deben en gran medida a la proliferación del *big data*. Ahora bien, el desarrollo no ha venido exento de problemas. Al fin y al cabo, los datos pueden ser reflejo de realidades no paritarias, y por tanto conducir a resultados discriminatorios cuando se usan para que un algoritmo aprenda.

Sería el caso, por ejemplo, de la IA empleada en el proceso de selección de una compañía del sector tecnológico. Basándose en los currículums recibidos en la última década, el algoritmo llegaría a la conclusión de que se debería contratar a un hombre. Al fin y al cabo, la incorporación más tardía de la mujer al mercado de trabajo y en particular su menor representación en el campo de las ciencias ha llevado a que en los trabajos relacionados con la tecnología predominen los hombres. Ello evidentemente no guarda relación con la mayor o menor aptitud de una mujer, por el mero hecho de serlo, para ocupar el puesto. La situación se agrava por la dificultad probatoria: la IA se caracteriza por su opacidad, con lo que probar que se está discriminando es muy difícil.

39. Fernández y Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, "Derechos y libertades (arts. 14 a 38)", 334-353.

Este supuesto que planteamos no es producto de la imaginación, sino que fue protagonizado por Amazon entre 2014 y 2015[40]. Puso de manifiesto el fenómeno conocido como '*data diet vulnerability*', por el que la IA replica sistemáticamente patrones discriminatorios[41].

Como explica Ramón López de Mántaras, fundador y antiguo director del Instituto de Investigación de Inteligencia Artificial del Consejo Superior de Investigaciones Científicas (CSIC), los algoritmos son diseñados por humanos, y como tal pueden incorporar sus sesgos[42]. Debemos por tanto abandonar la premisa de que la IA es imparcial por el simple motivo de que los algoritmos son fruto de la matemática. Además, libre de los mecanismos de control que gobiernan el comportamiento humano, la discriminación en que pueden incurrir las aplicaciones de inteligencia artificial podría tener un impacto mayor que aquella que proviene de los humanos.

Un ejemplo paradigmático del diseño discriminatorio de algoritmos es el del acceso a la financiación. Esta ha sido tradicionalmente una ventana de oportunidad para que las personas con menos recursos prosperen. Sin embargo, a lo largo de la historia algunos bancos han empleado factores como la nacionalidad y la clase social para calcular el riesgo de impago, incurriendo en una discriminación que amenaza con no desaparecer nunca[43]. La IA podría incluso agravarla, introduciendo en la ecuación muchos otros posibles indicadores de la situación económica de una persona: dónde compra la ropa, la marca de su ordenador o los restaurantes que frecuenta.

40. Jeffrey Dastin, "Amazon scraps secret AI recruiting tool that showed bias against women", *Reuters*, 10 de octubre de 2018, **https://www.reuters.com/article/us-amazon-com-jobs-automation-insight/amazon-scraps-secret-ai-recruiting-tool-that-showed-bias-against-women-idUSKCN1MK08G** (Última consulta el 12 de abril de 2020).
41. Osonde A. Osoba y William Welser IV, *An intelligence in our image: the risks of bias and errors in Artificial Intelligence* (Santa Monica: RAND Corporation, 2017), **https://www.rand.org/pubs/research_reports/RR1744.html**.
42. Miquel Molina, "Ni inteligente ni artificial: masculina", La Vanguardia, 8 de marzo de 2020, **https://www.lavanguardia.com/cultura/20200308/474017324883/inteligencia-artificial-igualdad-feminismo-tecnologia-algoritmo.html**
43. Inmaculada Llorente, "Exclusión financiera e igualdad de trato en el acceso a servicios bancarios", *Ensayos* 6, no1 (enero-marzo 2019): 399-443, **https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/download/359/336**.

Otro ámbito en el que los colectivos más vulnerables podrían sufrir discriminación es en la contratación de un seguro. La inteligencia artificial podría servir a las aseguradoras para determinar a qué individuos cobrar una prima más alta o incluso denegarles directamente la cobertura de ciertos riesgos.

La situación se complica porque no están claros los límites entre la diferenciación, basada en datos objetivos y una práctica necesaria y aceptada, y la discriminación, prohibida por ser arbitraria. Sobre lo que no cabe duda es que la IA daría a las aseguradoras mucho más poder sobre los asegurados. Aunque la reducción de la asimetría de información entre ambas partes podría tener consecuencias positivas, también podría incrementar la desigualdad social si la prohibición de contratar un seguro afectara sobre todo a las clases más pobres[44].

Además, ello podría cercenar también otros derechos. Dificultar el acceso al cuidado de la salud incide inevitablemente en la protección de la vida y de la integridad física y moral de las personas.

Estos dos ejemplos revelan la importancia que tiene otro de los derechos fundamentales que estudiaremos más adelante: el derecho a la protección de los datos personales. El derecho a la igualdad, como derecho fundamental en sí mismo, necesita de este otro derecho para existir. A su vez, en tanto en cuanto presupuesto necesario para la salvaguarda de los demás DDFF, protege derechos como el derecho a la presunción de inocencia, que también analizaremos después, o el derecho a la vida, que pasamos a examinar a continuación.

44. Frederik Zuiderveen, *Discrimination, artificial intelligence, and algorithmic decision-making* (Estrasburgo: Dirección General de la Democracia del Consejo de Europa, 2018), **https://rm.coe.int/discrimination-artificial-intelligence-and-algorithmic-decision-making/1680925d73**

3.2. Derecho a la vida y a la integridad física y moral

Por una parte, resulta incontestable que la inteligencia artificial puede ponerse al servicio del derecho a la vida y del derecho a la integridad física y moral, derechos fundamentales recogidos en el artículo 15 CE.

Puesto que sus ámbitos de protección en muchas ocasiones se solapan, nos centraremos en el análisis del **derecho a la vida**, por ser condición necesaria para la existencia del derecho a la integridad física y moral y de todos los demás derechos fundamentales.

Pues bien, los profundos avances en la aplicación de la inteligencia artificial al campo de la medicina demuestran la intención del ser humano de que esta se use en pro del derecho a la vida, definido por nuestro Tribunal Constitucional como "derecho fundamental esencial y troncal en cuanto es el supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible" (STC 53/1985). De esta forma, la IAE ya interviene en el diagnóstico y tratamiento de enfermedades (tales como el cáncer), y se plantea emplearla de forma generalizada en la ejecución de intervenciones quirúrgicas[45].

También en protección de la vida humana, gigantes de la red como Facebook se sirven de la inteligencia artificial para identificar usuarios con tendencias suicidas, poniéndose en contacto con ellos antes de que pueda ocurrir cualquier desgracia[46].

No obstante, no parece que esta imagen de protectores de la humanidad sea la que muchos tienen de los robots. Prueba de ello es que el

45. Daniel A. Hashimoto et al., "Artificial Intelligence in Surgery: Promises and Perils", *Annals of Surgery* 268, no1 (2018): 70-76, **https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC5995666/pdf/nihms951789.pdf**.
46. Leo Kelion, "Facebook artificial intelligence spots suicidal users", *BBC News*, 1 de marzo de 2017, **https://www.bbc.com/news/technology-39126027**.

escritor de ciencia ficción Isaac Asimov formulaba, ya en el año 1940, las siguientes tres leyes de la robótica[47]:

> I. Un robot no hará daño a un ser humano, ni permitirá que por inacción este lo sufra.
> II. Un robot seguirá las órdenes que reciba de un ser humano, siempre y cuando estas no entren en conflicto con la primera ley.
> III. Un robot salvaguardará su propia existencia, siempre que ello no entre en conflicto con la primera o la segunda ley.

Estas leyes, que Asimov pretendía que se implementaran en el cerebro de los androides, son reflejo del mayor miedo que ha tenido tradicionalmente la humanidad frente a la inteligencia artificial: que esta pueda infligir daño a una persona o, en último término, acabar con su vida.

Stephen Hawking y Elon Musk han advertido de este mismo peligro, afirmando que la inteligencia artificial podría ser la causa de la extinción de la especie humana[48]. De hecho, en el año 2015 estos dos físicos de renombre se unieron a otros muchos expertos en una carta en la que pedían que se investigara el impacto de la IA en la sociedad y que no se creara algo que no se pudiera controlar[49].

Algunas de las preocupaciones de los firmantes parecen estar próximas a materializarse, y suponen un verdadero riesgo para el derecho a la vida y a la integridad física y moral.

47. Dror G. Feitelson, "Asimov's Laws of Robotics applied to software", IEEE Software 24, n04 (2007): 112-120,**https://ieeexplore.ieee.org/document/4267613/;jsessionid=hcTjyZp3u4AbmhyeTBOY7nIih7d_V9cWT3-2fsOZxlfq0t-G8xSH8!-793196492**
48. Dom Galeon, "Stephen Hawking: 'I fear that AI may replace humans altogether'", Futurism, 6 de noviembre de 2017, **https://futurism.com/stephen-hawking-ai-replace-humans** (Última consulta el 13 de abril de 2020).
49. La carta, titulada "Research Priorities for Robust and Beneficial Artificial Intelligence: an Open Letter", puede firmarse por cualquier persona y viene acompañada de un documento de doce páginas en el que se hace una lista de áreas prioritarias para la investigación.
"An Open Letter: research priorities for robust and beneficial artificial intelligence", *Future of Life Institute*, enero de 2015, **https://futureoflife.org/ai-open-letter/**. (Última consulta el 13 de abril de 2020).

Es el caso de las armas letales autónomas ('LAWS'[50], por sus siglas en inglés), que no solo suponen una amenaza para estos derechos por la mera obviedad de que su función es la de matar sino también como consecuencia de sus características particulares: son capaces de identificar y seleccionar a sus objetivos sin necesidad de intervención humana[51]. Aunque las LAWS aún no existen como tal (son un ejemplo de IAG), muchos países están invirtiendo fuertemente en su desarrollo[52], y ya existen armas con funciones autónomas (IAE)[53].

Para analizar cómo afectarían a los derechos del artículo 15 CE, partimos de que aunque la guerra sea una triste realidad que ha acompañado al ser humano a lo largo de su existencia, ello no implica que lo haya hecho al margen del derecho. Existe un cuerpo normativo, el derecho internacional humanitario (DIH), que establece límites a aquello que pueden hacer las partes en conflicto, con el objetivo de proteger a las personas que sufren sus consecuencias y reducir los dolorosos efectos del conflicto armado[54].

El derecho de la guerra trata de minimizar los estragos causados por esta a través de varios principios. El de distinción, por ejemplo, prohíbe atacar tanto a la población civil como a sus bienes, estableciendo como únicos objetivos legítimos los militares (artículo 48 PA I[55]). Por su parte,

50. *Lethal Autonomous Weapons Systems.*
51. "Sistemas de armas autónomas – Preguntas y respuestas", Comité Internacional de la Cruz Roja, 11 de noviembre de 2014, **https://www.icrc.org/es/content/sistemas-de-armas-autonomas-preguntas-y-respuestas** (Última consulta el 15 de abril de 2020).
52. China, Arabia Saudí y Estados Unidos, entre otros, abogan por el uso de las LAWS. Ello resulta especialmente alarmante si tenemos en cuenta que según datos del SIPRI (Instituto Internacional de Estocolmo para la Investigación de la Paz), se atribuye a estos tres países la mitad del gasto mundial en armas e investigación militar. "SIPRI Military Expenditure Database", **https://www.sipri.org/databases/milex**. (Última consulta el 15 de abril de 2020).
53. William C. Marra y Sonia K. McNeil, "Understanding the loop: regulating the next generation of war machines", Harvard Journal of Law and Public Policy 36, no3 (2013): 1140-1185, **http://harvardjlpp.wpengine.com/wp-content/uploads/2013/05/36_3_1139_Marra_McNeil.pdf**
54. Derecho Internacional Humanitario: respuestas a sus preguntas (Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja, 2005), **https://www.icrc.org/es/doc/assets/files/other/icrc_003_0703.pdf**.
55. Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales.

el de proporcionalidad restringe aún más lo que está permitido: los medios de combate empleados deben ser ajustados a la ventaja militar concreta pretendida (artículo 51 PA I). Un tercer principio, el de limitación, prohíbe causar sufrimientos innecesarios (artículo 35 PA I).

No resulta difícil imaginar la dificultad que los llamados 'robots asesinos' podrían tener para respetar cada uno de estos principios. Respectivamente, ¿cómo distinguir a un civil de un guerrero, si los combatientes luchan sin portar uniforme o distintivos, y solo es posible identificarles en base a su intención de participar en las hostilidades? ¿Cómo asegurar la razonabilidad de una ofensiva militar, si esta puede depender en gran medida de factores subjetivos? ¿Y hasta qué punto no supone un sufrimiento adicional perecer a manos de un robot, si tenemos en cuenta la importancia que tiene el honor en la guerra?

Ahora bien, la inteligencia artificial bien podría usarse para alejar a las personas del campo de batalla. Un escenario posible en este sentido sería que las guerras se libraran únicamente entre robots, lo cual protegería los derechos consagrados en el artículo 15 CE.

Por lo tanto, como es habitual, que la IA esté al servicio o en contra de nuestros derechos a la vida y a la integridad física y moral depende del uso que decidamos darle los propios humanos.

3.3. Derecho a la libertad y a la seguridad

Después de la vida, no hay bien jurídico más preciado para las personas que la libertad. De hecho, el carácter absoluto que el Tribunal Constitucional ha reconocido al derecho a la vida (STC 48/1996) es cuestionado hoy en día por sectores de la sociedad que defienden que existen casos en los que deben prevalecer la autonomía individual y la libertad[56]. Esta última, valor supremo de nuestro ordenamiento jurídico (artículo 1.1 CE), se manifiesta a través de varios derechos fundamentales, tales como el **derecho a la libertad personal o deambulatoria** del artículo 17.1 CE, que a su vez necesita de la **seguridad**, recogida en el mismo precepto[57].

Los supuestos que primero nos vienen a la mente cuando hablamos de la privación de esta clase de libertad son la detención preventiva, la prisión provisional, la prisión y el arresto domiciliario. Ahora bien, también existen otras situaciones en las que esta se ve limitada: por ejemplo, la retención que lleva a cabo la policía para practicar la prueba de alcoholemia o el internamiento forzoso en un centro psiquiátrico. En este sentido, la doctrina constitucional ha interpretado que la seguridad a la que se refiere el artículo 17.1 CE hace referencia a la prohibición de adoptar medidas restrictivas o privativas de libertad sin respetar las garantías constitucionales o legales (STC 325/1994).

Hechas estas aclaraciones, ¿cómo podría la IA impedir nuestra libertad de movimiento? Tomando el ejemplo del encarcelamiento, ¿estamos imaginando una realidad dominada por máquinas inteligentes que, cansadas de ver cómo los humanos destruimos el planeta, decidieran

56. Los debates en torno al aborto y a la eutanasia reflejan la pugna entre la vida como bien jurídico indisponible y la libertad para decidir, incluso sobre esta.
57. Juan Antonio Lascuraín, "El derecho a la libertad", en Comentarios a la Constitución Española, ed. por Enrique Arnaldo y Jesús Remón, (Madrid: Wolters Kluwer, 2018), 447-464.

encerrarnos? ¿O hablamos de un futuro a priori mucho más próximo, en el que sean robots quienes patrullen las prisiones?[58]

Ninguna de las dos cosas, aunque el escenario que aquí planteamos se acerca mucho más a la primero que a la segundo. Al fin y al cabo, la supervisión de los centros penitenciarios mediante el uso de IA no supone una privación del derecho fundamental a la libertad deambulatoria, de la que los penados ya carecen.

Por tanto, lo decisivo para que el derecho consagrado en el artículo 17.1 CE sea vulnerado por la inteligencia artificial es que sea esta la que decida que una persona sea o no privada de su libertad.

Recordando lo dicho antes acerca de los sesgos que podía incorporar y las prácticas discriminatorias en las que la IA corría el riesgo de incurrir, ¿qué nos hace pensar que no vaya a actuar con arbitrariedad también en el ámbito del encarcelamiento y de las detenciones? De hecho, parece ser un campo abonado para ello, habida cuenta los perjuicios que pesan sobre determinadas clases sociales, nacionalidades, razas y etnias, entre otras minorías, en relación con la criminalidad.

Ahora bien, también se pueden invertir las tornas: según un estudio realizado por investigadores de la Universidad de Harvard, la Universidad de Stanford y la Universidad de Chicago, el uso de la IA podría reducir la población encarcelada provisionalmente sin incrementar la criminalidad de los acusados[59]. La razón de esto es que podría determinar con mayor precisión que los propios jueces quién debe estar en prisión preventiva y quién puede ejercitar plenamente su derecho a la libertad de movimiento mientras espera a ser juzgado. Con ello, la IA no solo estaría incrementando la eficacia del sistema penal (e incluso

58. A finales de 2019 se probaba en Hong Kong un sistema de vigilancia penitenciaria basado en la inteligencia artificial, que busca reducir costes e incrementar la seguridad, poniendo solución a la escasez de personal dispuesto a trabajar en las cárceles. Christy Leung, "Robot warders check on inmates as Hong Kong tests 'smart prison' devices to step up security, surveillance", The Star, 22 de octubre de 2019, **https://www.thestar.com.my/tech/tech-news/2019/10/22/robot-warders-check-on-inmates-as-hong-kong-tests-smart-prison-devices-to-step-up-security-surveillance**

59. Tom Simonite, "La inteligencia artificial ya es capaz de evitar la prisión preventiva innecesaria", MIT Technology Review, 10 de marzo de 2017, **https://www.technologyreview.es/s/6859/la-inteligencia-artificial-ya-es-capaz-de-evitar-la-prision-preventiva-innecesaria.** (Última consulta el 16 de abril de 2020).

suponiendo un ahorro para el Estado), sino que también contribuiría a la consecución de los fines constitucionalmente legítimos que justifican la prisión provisional.

Por lo tanto, el impacto de la inteligencia artificial sobre el derecho a la libertad y a la seguridad depende de su actuación en base a datos objetivos. En cualquier caso, lo más sensato es que no se sustraiga al juez de la toma de decisiones hasta que no exista una certeza absoluta de que no se van a vulnerar los derechos fundamentales recogidos en el artículo 17.1 CE. Una previsión en este sentido es la que contiene el artículo 42 de la Ley 18/2011 Tecnológica de la Justicia, que ordena la supervisión de la actuación judicial automatizada por un ser humano.

3.4. Derecho a la intimidad y a la protección de datos

Igual que en el escenario futurista que planteábamos, los robots podrían algún día emplear la fuerza física para vulnerar nuestros derechos. Por contraste, los algoritmos no pueden interactuar con el mundo físico, por carecer de corporeidad. ¿Significa esto que no deban preocuparnos?

La respuesta se puede dar con una sola palabra: ciberseguridad. La falta de control sobre la IA y su capacidad -en continuo desarrollo- para la investigación han hecho que expertos en la materia vaticinen que la inteligencia artificial traerá consigo el aumento de los ciberataques[60].

Tal y como ya han tenido ocasión de comprobar un buen número de abogados[61], estos son un auténtico quebradero de cabeza. Habida cuenta el papel esencial que juega el secreto profesional en la relación entre el letrado y su cliente, el secuestro de información en un ciberataque (con el objetivo de obtener un rescate, fenómeno conocido como 'ransomware') puede tener consecuencias drásticas para el abogado y para su despacho. Ello hace que la diligencia, la responsabilidad y el deber de "extremar el cuidado en la preservación de la confidencialidad y del secreto profesional" exigidos por el Código Deontológico de la Abogacía[62] sean más cruciales que nunca.

60. Según el Informe sobre Predicciones y tendencias clave en ciberseguridad de 2019, de ITS Security, compañía experta en ciberseguridad, la IA y el ML incrementarán el nivel de sofisticación de los ataques inteligentes, que cada vez serán más complejos y difíciles de contrarrestar.
ITS, 2018, **https://www.its-security.es/recursos/predicciones-ciberseguridad-2019/**. (Última consulta el 16 de abril de 2020).
61. Solo durante el año 2016, se denunciaron en España al menos 70 ciberataques a despachos de abogados.
"¿Están preparados los bufetes para rechazar un ciberataque?", Expansión Jurídico, 4 de diciembre de 2018, **https://ecija.com/wp-content/uploads/2018/12/EXP04DIMAD-Nacional-Jur%C3%ADdico-pag-34.pdf**
62. Artículo 21.2 del Código Deontológico de la Abogacía Española (Madrid: Consejo General de la Abogacía Española, 2019), **https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2019/05/Codigo-Deontologico-2019.pdf**

Dicho esto, los abogados no son los únicos que temerán la intromisión de la IA en sus vidas, concretamente mediante el uso no autorizado y fraudulento que pueda hacer esta de los datos. En este sentido, los algoritmos podrían vulnerar el **derecho fundamental a la intimidad personal** de cualquier ciudadano, recogido en el artículo 18.1 CE.

Este derecho, que nuestro Tribunal Constitucional ha descrito como derivado de la dignidad humana y dirigido a proteger el patrimonio moral de las personas (STC 14/2003), a menudo entra en colisión con otros derechos fundamentales. Tal y como expone el máximo intérprete de la Constitución, las injerencias que pueda sufrir este derecho en su contenido han de analizarse para ver si se justifican en la existencia de derechos o bienes constitucionales merecedores de una mayor protección (STC 156/2001).

Ya poníamos un ejemplo de esto al comienzo de este trabajo. Al fin y al cabo, la propuesta de Bill Gates para controlar la pandemia causada por el Covid-19 es un caso típico en el que la voluntad de proteger la vida y la salud de las personas[63] encuentra en la salvaguarda de la intimidad un escollo. También es un supuesto en el que la inteligencia artificial puede ser de gran utilidad: países como Singapur o Corea del Sur, ejemplares en la gestión de la crisis, han hecho uso de ella para monitorizar y con ello frenar la propagación del virus. En el caso de China, epicentro de la enfermedad, se han usado dispositivos inteligentes que reconocen a las personas y les miden la temperatura, incluso cuando llevan puesta una mascarilla[64].

De hecho, algunas fuentes afirman que fue un programa de inteligencia artificial el que detectó el coronavirus, al percibir un aumento

63. Existe debate acerca de qué protege el derecho a la integridad física y a la vida (derecho fundamental recogido en el artículo 15 CE) y qué el derecho a la salud (principio informador de la actuación de los poderes públicos previstos en el artículo 43 CE), pues en ocasiones sus ámbitos de protección se solapan. Sin embargo, dada la diferencia en la tutela de ambos derechos, el TC ha interpretado restrictivamente aquello que se considera vulneración de la integridad física y por tanto es susceptible de tutela por la vía del recurso de amparo.

64. "AI and control of Covid-19 coronavirus", Council of Europe Portal, marzo de 2020, **https://www.coe.int/en/web/artificial-intelligence/ai-and-control-of-covid-19-coronavirus**. (Última consulta el 20 de abril de 2020).

inusual en los casos de neumonía en la región china de Wuhan[65]. Tanto es así que en un informe emitido en febrero de 2020 la OMS alegaba que la IA y el *big data* habían sido absolutamente determinantes en la respuesta del país asiático al virus[66].

Por lo tanto, la inteligencia artificial puede resultar determinante para responder de forma eficaz ante episodios de crisis. Sin embargo, no hay que olvidar que en dichos momentos de incertidumbre el desconocimiento y el miedo hacen que se desdibujen los límites entre lo que está justificado y lo que no.

En este sentido, resulta crucial tratar otro de los derechos contenidos en el artículo 18 CE: el **derecho a la protección de los datos personales** o *habeas data* (18.4 CE). Tal y como establece la doctrina, aunque se reconoce la autonomía de ambos derechos, las fronteras entre lo que tutelan este último y el derecho a la intimidad personal y privada (18.1 CE) siguen siendo difusas[67].

Una rápida lectura de estos dos apartados del artículo 18 CE podría llevarnos a pensar que lo único que distingue estos dos derechos es que en la protección de los datos personales el foco se pone en la tecnología. Sin embargo, una lectura más atenta revela otra diferencia especialmente relevante para nuestro estudio: mientras que no cabe duda de que el derecho a la intimidad personal del artículo 18.1 CE es un derecho fundamental, la protección de los datos personales del 18.4 CE parece con-

65. Will Douglas Heaven, "AI could help with the next pandemic – but not with this one", MIT Technology Review, 12 de marzo de 2020, **https://www.technologyreview.com/2020/03/12/905352/ai-could-help-with-the-next-pandemicbut-not-with-this-one/**(Última consulta el 20 de abril de 2020).
66. Report of the WHO-China Joint Mission on Coronavirus Disease 2019 (COVID- 19), (Ginebra: Organización Mundial de la Salud, 2020), **https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/who-china-joint-mission-on-covid-19-final-report.pdf**
67. Javier Pardo Falcón, "La protección de datos", en Comentarios a la Constitución Española, ed. por Enrique Arnaldo y Jesús Remón (Madrid: Wolters Kluwer, 2018), 562-567.

figurado más como un mandato al legislador que como un derecho dotado de las máximas garantías[68].

Así, la escasa presencia de la alta tecnología en la España de los años setenta dio lugar a que no se considerara un derecho fundamental, sino una garantía normativa destinada a proteger los derechos consagrados en el artículo 18.1 CE. Sin embargo, los importantes avances que se han sucedido en el campo tecnológico y los retos que comportaron llevaron a un abundante desarrollo normativo y a que el Tribunal Constitucional lo reconociera primero como derecho fundamental incardinado en el ámbito del derecho a la intimidad (STC 15/1982) y luego como derecho fundamental autónomo (STC 290/2000).

En la primera resolución, el alto tribunal hacía hincapié en el papel del *habeas data* "frente a las potenciales agresiones [...] provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos" (STC 15/1982). Varias décadas después, y ante la inminente aparición de máquinas inteligentes que puedan hacer precisamente esto, el derecho a la protección de datos adquiere un papel absolutamente protagonista.

Tanto es así que la Unión Europea ha querido encargarse personalmente de que nuestros datos estén protegidos. De hecho, con el objetivo de reaccionar cuanto antes frente a los avances tecnológicos y de asegurarse de que el tratamiento era igual en todos los Estados miembros, la UE ha optado por la vía de la técnica normativa del reglamento en vez de por la de la directiva.

El resultado ha sido el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD), que entre otras cosas define lo que son los datos personales[69], los divide en categorías y establece los motivos que hacen lícito el acceso a cada una de ellas. Dichos motivos, que se conocen como 'bases del tratamiento', varían según el tipo de dato cuyo tratamiento se pretenda.

Los relativos a la salud, por ejemplo, conformarían una categoría especial de datos personales. Como tal, su tratamiento está prohibido (ar-

68. Artículo 18.1 CE: "Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen."
Artículo 18.4 CE: "La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos."
69. Artículo 4.1 RGPD: "datos personales": toda información sobre una persona física identificada o identificable ("el interesado").

tículo 9.1 RGPD), salvo en una lista de abundantes excepciones que incluyen, entre otras, la concurrencia de razones de interés público en el ámbito de la salud pública (artículo 9.2.i RGPD) o la existencia de fines de investigación científica (artículo 9.2.j RGPD). Al respecto se han pronunciado voces autorizadas en la materia: Federico de Montalvo, doctor en Derecho Sanitario y Derecho Constitucional y miembro del Comité Internacional de Bioética de la UNESCO, considera que compartir los datos en beneficio de la salud pública constituye un deber ético. Habiendo defendido esto durante gran parte de su carrera profesional, propone ponerlo en práctica mediante el uso de tecnologías como el *big data*, el *blockchain* o la inteligencia artificial[70].

En este sentido, el RGPD contiene previsiones que se vuelven especialmente relevantes en relación con el uso de la inteligencia artificial. Entre estas encontramos la 'elaboración de perfiles' (artículo 4.4 RGPD), que consiste en el tratamiento automatizado de datos personales para evaluar un aspecto concreto de una persona y efectuar predicción. Por ejemplo, respecto de su salud, situación económica o su rendimiento profesional. Conforme al artículo 22.1 del Reglamento:

> "Todo interesado tendrá derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles, que produzca efectos jurídicos sobre él o le afecte significativamente de un modo similar."

A priori, por lo tanto, la IA por sí sola no podría usar los datos personales a los que hubiera tenido acceso para denegarnos un trabajo, un préstamo o un seguro de salud... pero ¿podríamos impedírselo en la práctica?

La realidad es que cuando una persona aprende, no puede 'desaprender'. Puede perder la costumbre, pero si el comportamiento o la noción se ha interiorizado de verdad, deja detrás una especie de poso de información. De la misma manera, los algoritmos aprenden y acumulan lo que se conoce como '*information residuals*': conocimientos que la má-

70. Susana Blázquez, "Hay un deber ético de compartir los datos en beneficio de la salud pública", Blockchain Economía, 7 de abril de 2020,**https://www.blockchaineconomia.es/compartir-los-datos-beneficio-salud-publica/**. (Última consulta el 22 de abril de 2020).

quina ha interiorizado y no puede 'desaprender'[71], y que por tanto hacen imposible garantizar el ejercicio eficaz del derecho a la supresión de datos personales (artículo 15.1.e RGPD).

Teniendo en cuenta la capacidad que tendrá la IAG para innovar y su carácter de *black box*[72], no podemos estar verdaderamente seguros de que datos a los que haya tenido acceso la IA de forma legítima en un momento dado no vayan a emplearse después en nuestra contra.

En relación con esto último se vuelven cruciales los dos ejes sobre los que descansa la normativa actual en materia de protección de datos: el principio de responsabilidad proactiva (artículo 5.2 RGPD) y la protección de datos desde el diseño y por defecto (artículo 25 RGPD).

El primero obliga a aquel que trata los datos personales (el responsable del tratamiento) a cumplir la normativa y además ser capaz de demostrarlo. Por su parte, la segunda exige que el cumplimiento de la normativa se asegure antes del tratamiento (desde el diseño) y sea por norma lo más restrictivo y protector (por defecto).

Si bien hay quienes defienden que resulta imposible aseverar que la IA, autónoma y opaca por definición, vaya a permitir cumplir con estas exigencias, existen quienes ya proponen formas de garantizarlo. Entre estas se halla la de la 'privacidad diferencial', que mediante la introducción de restricciones matemáticas en la fórmula del algoritmo permite recolectar información agregada de las personas a la vez que impide que sea posible individualizar a alguien a través de sus datos personales. Esta técnica, que ya emplean compañías como Apple o Google, presenta sin embargo limitaciones a su uso: por una parte, solo puede utilizarse con bases de datos de gran volumen, pues introduce ruido que en otras más pequeñas llevaría a resultados inexactos; por otra, su implementación resulta cara[73].

71. Buyers, Artificial Intelligence: The practical legal issues,...
72. Término que los expertos emplean para aludir a la dificultad de comprender y predecir el funcionamiento de la inteligencia artificial, que se nos presenta como una 'caja negra' difícil de descifrar.
73. Simply Explained – Savjee, "Differential Privacy – Simply Explained", vídeo de YouTube, 6:59, publicado el 25 de enero de 2018, **https://www.youtube.com/watch?v=-gI0wk1CXlsQ.**

Por lo tanto, existen y se están investigando fórmulas para garantizar nuestros derechos a la intimidad y la protección de los datos personales frente a la inteligencia artificial. Retomando el ejemplo de los despachos y la ciberseguridad, hay firmas que conociendo bien los ciberataques incluso defienden que la IA contribuirá a su tutela[74].

Al fin y al cabo, igual que se prevén avances sorprendentes en el campo de la tecnología que permitirán a los algoritmos burlar fácilmente los sistemas de seguridad existentes, resulta lógico pensar que estos avances también vayan a llevar a la creación de barreras de protección cada vez más difíciles de sortear.

74. Bhaswati G. Majumder, "Hong Kong law firm, which rolled out Darktrace AI, believes in tackling new cybersecurity issues", International Business Times, 21 de agosto de 2019, **https://www.ibtimes.sg/hong-kongs-law-firm-which-turns-darktrace-ai-believes-evolution-cybersecurity-32159**

3.5. Derecho a la tutela judicial efectiva, al juez ordinario predeterminado por la ley y a la presunción de inocencia

El último derecho que vamos a analizar en profundidad no es, ni mucho menos, menor en importancia. De hecho, el artículo 24 CE es aquel cuya vulneración más se alega al recurrir en amparo ante el Tribunal Constitucional. En 2018, por ejemplo, más del setenta por ciento de los recursos presentados ante el Alto Tribunal invocaban alguno de los derechos contenidos en este precepto[75].

Es también el artículo de contenido más complejo, por los numerosos derechos y garantías procesales que prevé. De una forma o de otra, la inteligencia artificial afecta a cada uno de ellos. Sin embargo, igual que resulta imposible analizar el impacto de la IA sobre cada uno de los DDFF que recoge nuestra Constitución, también lo es hacerlo en relación con cada una de las vertientes del 24 CE. Esta tarea se complica aún más por las difusas líneas que las delimitan entre sí.

Habiendo hecho algunos apuntes en relación con el derecho a la asistencia letrada, nos vamos a centrar en el empleo de la IA en las funciones jurisdiccionales, tendencia que cada vez cuenta con mayor apoyo y que afecta a tres de las garantías del artículo 24 CE: el derecho a la tutela judicial efectiva, el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley y el derecho a la presunción de inocencia.

El **derecho a la tutela judicial efectiva**, recogido en el primer apartado del artículo 24 CE, se concreta a su vez en el derecho de acceso a la jurisdicción: "poder promover la actividad jurisdiccional que desembo-

75. Memoria del Tribunal Constitucional de 2018 (Madrid: Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado, 2019), **http://www.tribunalconstitucional.es/es/memorias/Documents/MEMORIA-2018.pdf**

que en una decisión judicial sobre las pretensiones deducidas" (STC 115/1984), debiendo esta ser motivada y fundada en derecho[76].

Tal y como venimos reiterando, dos características que son inherentes a la naturaleza de la IA son la autonomía y la opacidad. Si es complicado predecir su comportamiento, ¿cómo pretender explicarlo?

Además, ya veíamos que no debemos confiar ciegamente en la supuesta objetividad de las máquinas. Como creaciones humanas que son, los algoritmos pueden incorporar sus sesgos y reproducirlos, cayendo en la arbitrariedad y en la injusticia.

Aparte de suponer una vulneración del requisito de motivación, la arbitrariedad con la que puede actuar la inteligencia artificial nos lleva a otro problema en relación con el artículo 24.1 CE. Al fin y al cabo, ¿cómo recurrir, si no sabemos en qué se ha basado realmente el juzgador para dictaminar el fallo? La inteligencia artificial estaría comprometiendo el derecho a entablar los recursos legales, otra de las vertientes de la tutela judicial efectiva.

A pesar de poder vulnerar nuestro derecho fundamental a no sufrir indefensión, parece que la IA está cada día un poco más cerca de integrarse plenamente en la Administración de Justicia. Así, ya se está investigando la utilidad que podría tener para la función jurisdiccional.

En este sentido, se han llevado a cabo experimentos en los que los algoritmos llegaban al mismo fallo que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en el 80% de los casos[77]. El mismo experimento, pero hecho con la Corte Suprema de los Estados Unidos, llevaba

76. Una resolución de inadmisión no vulnera lo dispuesto por el artículo 24.1 CE, siempre y cuando el juez se haya basado en la existencia de una causa legal que justifique razonablemente dicha inadmisión. Por lo tanto, no existe el derecho absoluto a que el juez entre a resolver sobre el fondo del asunto.

77. Adam Harkens y John Morison, "Re-engineering justice? Robot Judges, Computerized Courts and (semi) automated legal decision-making", Legal studies 39, no4 (2019): 1-18, **https://ssrn.com/abstract=3369530**.

a un resultado similar: la máquina era capaz de predecir el sentido de su fallo siete de cada diez veces[78].

Partiendo de la base de que todavía no se han desarrollado aplicaciones de inteligencia artificial general y que los algoritmos no son verdaderamente inteligentes, estos resultados plantean muchos interrogantes. ¿Es la labor del juez una tarea mecánica, reducida a la mera aplicación del derecho? ¿Tenía razón Montesquieu cuando decía que "el juez es la boca muda que pronuncia la palabra de la ley"? En suma: ¿podría ser sustituido algún día por máquinas?

Volviendo al artículo 24 CE, encontramos que el derecho a ser juzgado por un juez humano no está entre nuestros derechos fundamentales. Tal y como veíamos al estudiar la relación de la IA con el derecho a la libertad y a la seguridad (17.1 CE), es una ley la que establece que el juez debe supervisar las decisiones automatizadas[79]. Por lo tanto, en ausencia de un pronunciamiento del TC que interprete que el juez al que se refiere la Constitución es un juez humano, corresponde al legislador determinar el papel que juega la IA en la actividad jurisdiccional. Y ello, por supuesto, sin los mecanismos de protección que llevan aparejados los derechos fundamentales.

Pues bien, aquello que sí establece el artículo 24.2 CE es el **derecho al juez ordinario predeterminado por la ley**. Este, también conocido como 'derecho al juez legal', se traduce en que todo sujeto de derecho debe ser juzgado por un órgano jurisdiccional constituido conforme a las normas comunes de competencia y respetuoso con los principios de independencia, imparcialidad e igualdad. En palabras del Tribunal Constitucional (STC 64/1997), este derecho busca preservar la imparcialidad del juez en sus dos vertientes:

> "La subjetiva, que trata de evitar la parcialidad del criterio del juez -o su mera sospecha- derivada de sus relaciones con las partes, y la objetiva, que trata de evitar esa misma parcialidad derivada de

78. Josh Blackman, Michael J. Bommarito y Daniel M. Katz, "A general approach for predicting the behaviour of the Supreme Court of the United States", Public Library of Science ONE 12, no4 (2017): 1-15, **https://www.researchgate.net/publication/311586220_A_General_Approach_for_Predicting_the_Behavior_of_the_Supreme_Court_of_the_United_States**

79. Ver epígrafe 3.3: Derecho a la libertad y a la seguridad.

su relación con el objeto del proceso o de su relación orgánica o funcional con el mismo."

Irónicamente, son los propios abogados los que podrían desvirtuar la eficacia de este derecho fundamental. Ya veíamos que mediante el uso de la jurimetría -empleada ya por despachos como Cleary Gottlieb, Dentons o White and Case y las asesorías jurídicas de empresas como Facebook, FedEx o Microsoft[80]-, la inteligencia artificial permitiría averiguar en qué juzgado concreto sería más probable obtener una sentencia estimatoria. Basada en el análisis exhaustivo de las resoluciones de los distintos órganos jurisdiccionales, podría además proporcionar información a los letrados acerca de qué argumentos resultan más efectivos o a qué razonamientos atienden los distintos jueces, para así construir un discurso más convincente.

Dicho esto, ¿de qué sirve saber qué juez sería más 'comprensivo' con las pretensiones concretas de un abogado? Al fin y al cabo, las normas de competencia y concretamente el sistema de reparto no permiten elegir un juez para que conozca del caso en cuestión. Y sin embargo, existen algunas formas de hacerlo. Pongamos el ejemplo típico del particular que interpone una demanda de reclamación de cantidad: se le notificará en qué juzgado de primera instancia ha turnado su demanda, y se le requerirá el pago de la tasa judicial en el plazo de 10 días (artículo 696 LEC). Si no pagara, se le tendría por desistido y podría volver a probar suerte, repitiendo el proceso para ver si esta vez el juez que se le asigne le conviene más.

Esto, que podríamos asemejar en cierta forma al *forum shopping*[81], desnaturaliza el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, y supone "una posible manipulación del litigio al sustraer éste del conocimiento del juez natural" (STC 90/2019).

Ahora bien, igual que la inteligencia artificial puede aportar ciertas ventajas para los letrados, también puede plantearles algunos problemas. Como ocurría con el derecho al juez ordinario predeterminado por

80. Lex Machina... (Última consulta el 25 de abril de 2020).
81. Conocido en español como 'foro de conveniencia', es una figura del Derecho Internacional Privado que consiste en elegir el foro más beneficioso para nuestros intereses entre varios que podrían ser aplicables.

la ley, el artículo 24.2 CE no establece que el derecho a la defensa consista en estar asistido por un abogado humano. Lo que sí ha venido interpretando la jurisprudencia constitucional es que el derecho a la asistencia letrada (STC 30/1981):

> "Comporta de forma esencial el que el interesado pueda encomendar su representación y asesoramiento técnico a quién merezca su confianza y considere más adecuado para instrumentar su propia defensa".

¿Y si, como adelantábamos al principio de este trabajo, los androides llegaran a hacer el trabajo del abogado mejor que el propio abogado? ¿Optarían los ciudadanos por dejar su defensa en manos de los robots? Ya veíamos que hay quienes afirman que la inteligencia artificial podría hacer de la abogacía algo prescindible.

Pero volviendo a los experimentos de los que hablábamos antes, y a las preguntas que planteábamos: ¿cabe afirmar ya que la inteligencia artificial vaya a sustituir a los jueces?

Evidentemente no. El juez no es un mero aplicador del derecho. Su labor no se reduce a aplicar las normas como si estas fueran un conjunto de moldes con los que hacer de la realidad fáctica formas exactamente iguales. Los jueces también interpretan, razonan y empatizan: labores esencialmente humanas que son cruciales para ir motivadamente de lo justo general (la ley) a lo justo particular (su aplicación al caso concreto).

En este sentido, las máquinas que protagonizaban los experimentos a los que nos referíamos no dictaban resoluciones como a las que nos tienen acostumbrados nuestros órganos jurisdiccionales. Aquellas se limitaban a determinar si se habían vulnerado o no algunos de los derechos humanos contenidos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en el caso del TEDH), o si el tribunal iba a confirmar o revocar la decisión apelada (en el caso de la Corte Suprema de Estados Unidos). Y todo ello en base a la propia jurisprudencia de estos dos tribunales, producto, obviamente, del trabajo de jueces de carne y hueso.

Dicho esto, entendemos que es posible -y más correcto- enfocar las estadísticas anteriores de otra manera: los algoritmos se apartaban de la decisión de la máxima autoridad judicial en materia de derechos humanos en el 20% de los procedimientos; respecto del tribunal de mayor

rango de Estados Unidos lo hacían en tres de cada diez ocasiones. Considerando la importancia de los casos que resuelven estos tribunales y lo prácticamente inapelable de sus resoluciones[82], este margen de error no parece ni muchísimo menos despreciable.

Errores como estos son exponencialmente más graves cuando afectan a los derechos fundamentales de una persona. Pensemos en uno de los principios que constituyen la mismísima esencia del derecho penal: **la presunción de inocencia.** Este, consagrado como derecho fundamental en el artículo 24.2 CE, también podría verse conculcado por la inteligencia artificial.

El resonado caso del sistema COMPAS[83], utilizado por jueces de varios estados de EE. UU., es prueba de ello. En él un algoritmo determinaba la probabilidad de reincidencia del sujeto, lo que se tenía en cuenta por los jueces a la hora de determinar su condena o si debía permanecer en prisión preventiva hasta celebrar el juicio. Aunque tanto la compañía que lo desarrolló como algunos de los magistrados que lo emplearon dijeron que podía ayudar a prevenir la comisión de más crímenes, también surgieron estudios que alegaban que el nivel de aciertos no era mayor que el de un grupo de personas legas en derecho[84].

Sea como fuere, e igual que ocurrió con aplicaciones de reconocimiento facial basadas en la IA, que llegaron a confundir a miembros del Congreso de Estados Unidos con criminales convictos[85], se demostró

82. La sentencia del TEDH es únicamente recurrible ante la Gran Sala, mientras que las resoluciones de la Corte Suprema de Estados Unidos solo pueden revisarse por la propia Corte o, en determinadas materias, si el Congreso aprueba una nueva ley o reforma la Constitución y el presidente lo firma.

83. Acrónimo de "Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions".

84. Destaca la labor de ProPublica, una redacción neoyorkina sin ánimo de lucro que, a la vista de las carencias de los estudios sobre la validez del sistema realizados hasta le fecha, decidió en 2016 llevar a cabo su propia investigación. Llegó a la conclusión de que el sistema COMPAS no respetaba los DDFF.
Jeff Larson et al., "How we analyzed the COMPAS recidivism algorithm", ProPublica, 23 de mayo de 2016,**https://www.propublica.org/article/how-we-analyzed-the-compas-recidivism-algorithm** (Última consulta el 27 de abril de 2020).

85. La protagonista de este escándalo fue 'Rekognition', una aplicación diseñada por Amazon que identificó erróneamente a 28 congresistas con delincuentes. Lo que fue aún más preocupante es que las falsas coincidencias eran notablemente más frecuentes entre los miembros del Congreso que eran de color.

que el sistema no era infalible. Al fin y al cabo, basarse en datos históricos llevaba a aplicar patrones de correlación, no de causación.

Por otro lado, venimos diciendo que la opacidad de los algoritmos impide saber en qué se ha basado la máquina para alcanzar su conclusión. En este sentido, se acusó al sistema COMPAS de ser arbitrario y discriminatorio, al predecir una mayor probabilidad de reincidencia entre la población negra que entre la población blanca.

No obstante, también es cierto que la inteligencia artificial bien podría favorecer la eficacia de los derechos fundamentales recogidos en el 24.2 CE. Al aligerar la carga de trabajo de jueces y magistrados, por ejemplo, coadyuvaría al derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

También podría servir a los fines del derecho penal: igual que Facebook hace uso de ella para actuar frente a tendencias potencialmente suicidas[86], podría emplearse para identificar delitos de odio, detectar actitudes radicalizadas o monitorizar áreas potencialmente conflictivas.

Pero en algunos de estos supuestos existe el riesgo de que el uso de la inteligencia artificial conduzca precisamente a aquello que se pretende evitar. Saberse objeto de especial atención por parte de las autoridades puede llevar a la marginalización de un colectivo y a la criminalización de sus integrantes. Los métodos de policía predictiva, en los que se usa la IA para anticipar la comisión de un crimen -y que podemos encontrar tanto en el relato ficticio de *Minority Report* como en las dependencias del Cuerpo Nacional de Policía[87] y del Ministerio del Interior[88] de nuestro país- podrían hacernos caer en esta suerte de profecía autocumplida.

En suma, vemos que aunque la inteligencia artificial pueda ayudar a garantizar los derechos del 24 CE, también los va a poner a prueba. En la medida en que el contenido de este precepto funciona como garantía

86. Ver epígrafe 3.2: Derecho a la vida y a la integridad física y moral.
87. Ramón Álvarez, "La inteligencia artificial de la Policía que desenmascara denuncias falsas", La Vanguardia, 13 de abril de 2019,**https://www.lavanguardia.com/tecnologia/20190414/461583468024/veripol-policia-nacional-inteligencia-artificial-algoritmo-denuncias-falsas.html**
88. Jordi Pérez, "Así trabaja el equipo de Interior que predice el perfil de los asesinos", El País, 29 de junio de 2019, **https://elpais.com/tecnologia/2019/06/26/actualidad/156150733_085160.html**.

jurisdiccional del resto de los derechos fundamentales, su vulneración es especialmente preocupante. A la postre, y en palabras de Díez Picazo, es la "estrella en el firmamento jurídico-constitucional"[89].

89. Luis Díez-Picazo, "Notas sobre el derecho a la tutela judicial efectiva", Poder Judicial, n05 (1987): 41-49.

3.6. Otros derechos fundamentales afectados

Los mencionados hasta ahora no son los únicos derechos fundamentales que van a verse afectados por el uso generalizado de la inteligencia artificial.

Ejemplo de ello son los **derechos al honor y a la propia imagen**, recogidos en el artículo 18.1 CE. Ambos son derechos de la personalidad con autonomía propia (STC 14/2003) que se erigen como límites a la libertad de expresión e información (artículo 20.1.d CE).

También tienen en común que la IA puede llegar a cercenarlos con facilidad, haciéndolo de manera simultánea debido a las similitudes entre sus ámbitos de protección. Por ilustrar la cuestión con ejemplos reales: el algoritmo de la aplicación *DeepNude* era capaz de desvestir la imagen de cualquier mujer[90]; el de la web *Zao* permitía, en un vídeo, ponerle la cara de un famoso a un actor porno[91]. Aunque programas como Photoshop permiten hacer alteraciones similares, la inteligencia artificial del *deepfake* facilita mucho la tarea y consigue resultados más creíbles. En una era en la que las tecnologías de la información ya hacen de la vulnerabilidad y la desprotección características de estos derechos, la IA podría acentuarlas todavía más.

Por otro lado, merece comentar el **derecho a recibir información veraz** por cualquier medio de difusión (artículo 20.1.d CE). Hay que resaltar el requisito de la veracidad de la información, pues la importancia de este derecho fundamental radica en su "contribución a la formación de una opinión pública libre" (STC 49/2001).

90. Raúl Limón, "Una aplicación machista que desnudaba a mujeres pone en el punto de mira la creación de imágenes falsas", El País, 8 de julio de 2019, **https://elpais.com/tecnologia/2019/07/03/actualidad/156141652_404722.html**.
91. Natalia Jorquera, "Why is there increasing concern about deepfake videos?", ITV News, 11 de septiembre de 2019, **https://www.itv.com/news/2019-09-11/what-is-a-deepfake-and-why-are-people-worried-about-them**. (Última consulta el 1 de mayo de 2020).

En este sentido, son conocidos varios de los escándalos protagonizados por aplicaciones de IA, acusadas de difundir fakenews y de manipular a la población. Sin duda el más notorio fue el que puso todos los focos sobre Cambridge Analytica en el marco de las elecciones presidenciales de Estados Unidos del año 2016. Esta consultora británica fue acusada de analizar los perfiles de Facebook de unos cincuenta millones de votantes para adaptar y personalizar la información enviada a cada uno de ellos, de manera que su actitud frente Donald Trump, candidato a la presidencia, fuera lo más favorable posible[92]. Esta desinformación, que constituye un atentado contra la democracia, también podría ser contrarrestada por la propia IA, capaz de detectar noticias falsas[93].

Por otro lado, podríamos estar siendo víctimas de manipulaciones similares a esta mucho más a menudo de lo que pensamos. Así, nos hemos acostumbrado a que después de buscar algo en Internet nos salgan en las páginas que visitamos anuncios relacionados. Es el efecto de las cookies, que condicionan nuestros gustos, las series que vemos y la música que escuchamos.

Ello unas veces resulta útil, pero otras es hasta intrusivo: ¿podríamos plantear el derecho fundamental a la información veraz y *no dirigida subrepticiamente a manipular nuestra opinión*? De reconfigurar la definición de este derecho, ¿quedaría prohibida la publicidad, tan importante para la supervivencia de muchas empresas? A nuestro modo de ver, no. Lo determinante sería saber que se está siendo objeto de una campaña de márketing, cosa que la IA puede hacernos olvidar pero que la publicidad no oculta (salvo la de carácter subliminal, que está prohibida). En cualquier caso, ejemplos como este nos llevan a plantearnos si no convendría redefinir los límites de algunos DDFF.

92. Carole Cadwalladr, "Exposing Cambridge Analytica: 'It's been exhausting, exhilarating and slightly terrifying", The Guardian, 29 de septiembre de 2018, **https://www.theguardian.com/membership/2018/sep/29/cambridge-analytica-cadwalladr-observer-facebook-zuckerberg-wylie**

93. La difusión de una inmensa cantidad de fakenews en relación con el Covid-19 ha llevado a plataformas como YouTube o Twitter a usar la IA para intentar detectarlas y eliminarlas.
Mariana Spring, "Coronavirus: the people fighting fakes from their sofas", BBC Trending, 10 de abril de 2020, **https://www.bbc.com/news/blogs-trending-52149568**

En esta misma línea podemos hablar del **derecho a acceder a los cargos públicos** (artículo 23.2 CE), cuya titularidad ha sido atribuida por el constituyente a los ciudadanos, a diferencia de lo que ocurre con otros DDFF, que se recogen sin decir quiénes son sus titulares.

Por lo tanto, y si entendemos que la ciudadanía solo puede predicarse de una persona, a priori queda excluida toda posibilidad de que algún día lleguen a gobernarnos los robots... ¿o no?

La realidad es que algunos de los países más desarrollados del mundo ya han contado con criaturas de IA entre sus dirigentes. Es el caso de Nueva Zelanda, que ha visto 'nacer' a Sam, el primer político virtual[94]. También el de Japón, en el que el robot Michihito Matsuda resultó ser el tercer candidato más votado en un distrito de la ciudad de Tokio[95]. De hecho, un estudio reciente ha revelado que uno de cada cuatro europeos estaría a favor de la participación de la inteligencia artificial en la toma de decisiones relacionadas con la gestión del país[96].

Si algún día nos superaran las máquinas en inteligencia, ¿podría resultar conveniente replantearse también la configuración de este derecho para permitir que gobiernen androides y algoritmos?

¿Nos obligará la inteligencia artificial a actualizar o reinterpretar el contenido de los derechos fundamentales?

94. Sam busca reducir la brecha entre lo que los votantes quieren y lo que los políticos prometen. Para ello, pide la opinión de los ciudadanos, que estos pueden comunicarle directamente a través de su página web.
"Sam. Meet your politician of the future", **http://www.politiciansam.nz/** (Última consulta el 2 de mayo de 2020).

95. "Un robot se presenta a la alcaldía de un distrito de Tokio para acabar con la corrupción", El País, 18 de abril de 2018, **https://elpais.com/internacional/2018/04/18/mundo_global/1524045163_744119.html**

96. Diego Alcázar y Manuel Muñiz, European Tech Insights 2019 (Madrid: IE University y Center for the Governance of Change, 2019), **http://docs.ie.edu/cgc/European-Tech-Insights-2019.pdf**.

04 La inteligencia artificial como sujeto de derecho

Hasta ahora hemos analizado cómo se protegen nuestros derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico español y cómo podría atentar contra ellos la inteligencia artificial.

Aunque hemos manejado hipótesis que van tomando cuerpo, lo cierto es que nos hemos movido dentro del terreno de lo meramente posible. Ahora vamos a dar un paso más, para adentrarnos (o igual no) en el espacio de la fantasía: ¿podría la inteligencia artificial llegar a ser sujeto de derecho algún día?

Como hemos expuesto en este trabajo, nuestra Constitución no siempre habla de 'personas' o de 'ciudadanos' para referirse a los titulares de los DDFF o para excluir a las máquinas inteligentes de su protección. Por lo tanto, podría llegar el momento en el que nos preguntáramos si una aplicación de IA, y en concreto de IAG, por ser aquella propiamente inteligente, puede ver conculcados sus derechos.

Para tratar de dar respuesta a estos interrogantes debemos en primer lugar entender qué significa ser sujeto de derecho. Según el diccionario del español jurídico de la RAE, se trata de una "persona física, colectividad o entidad a la que se le atribuye legalmente capacidad jurídica"[97]. A su vez, la capacidad jurídica es "la atribución por ley de la posibilidad

97. Definición de "sujeto de derecho", Diccionario del español jurídico, **https://dej.rae.es/lema/sujeto-de-derecho**.

de ser sujeto de derechos y obligaciones"[98]. Atendiendo al Código Civil (artículos 29 a 39), son sujetos de derecho -es decir, tienen personalidad jurídica- las personas físicas desde que nacen, y las personas jurídicas en los términos establecidos por la ley.

Por lo tanto, ser sujeto de derecho significa poder ser titular de relaciones jurídicas, y se predica de personas físicas y personas jurídicas, esto es, no solo de humanos. De hecho, hubo un tiempo en que se discutía, e incluso se llegó a afirmar, que esta cualidad también era propia de los objetos inanimados[99].

Hoy renace este debate en torno a los animales y la naturaleza, pero también respeto de la inteligencia artificial general. Si se alcanza la singularidad y los algoritmos se vuelven súper inteligentes, ¿podremos exigirles obligaciones y reconocerles derechos? ¿O *deberemos* hacerlo, si se demuestra que pueden llegar a sufrir?[100] En cualquier caso, ¿qué hace falta para ser sujeto de derechos y obligaciones?

En nuestro ordenamiento hemos visto que pueden ser titulares de relaciones jurídicas las personas físicas o reales y las personas jurídicas o morales. Ahora bien, que ello sea así en derecho español no significa que no quepan otras opciones.

98. Definición de "capacidad jurídica", Enciclopedia jurídica, **http://www.enciclopedia-juridica.com/d/capacidad-jur%C3%ADdica/capacidad-jur%C3%ADdica.htm**

99. Los orígenes de la noción de sujeto de derecho (o subiectum iuris) se sitúan en el siglo XVI, cuando la escolástica española cuestionaba quién podía ser propietario y titular de derechos subjetivos. Fue un concepto muy discutido por filósofos y juristas, y durante parte de su vida el racionalista Leipzig llegó a afirmar que las cosas también eran sujetos (sin que se consideraran personas). De hecho, la propia escolástica española trataba de definir el concepto en torno al debate de si los animales podían ser sujetos.
Alejandro Guzmán, "Los orígenes de la noción de sujeto de derecho", Revista de estudios histórico-jurídicos, n024 (2002): 151-247, **https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0716-54552002002400007**

100. Así lo plantea Cyriel Pennartz, profesor y doctor en neurociencia por la Universidad de Ámsterdam.
Cyriel Pennartz, "How did brain evolution lead to the development of our consciousness?", video de Coursera, 9:12, **https://www.coursera.org/lecture/bighistory/how-did-brain-evolution-lead-to-the-development-of-our-consciousness-1kWz7**

La Constitución de la República de Ecuador, por ejemplo, reconoce a la naturaleza como sujeto de derecho[101]; la Corte Suprema de Justicia de Colombia, por su parte, ha establecido que también lo es la Amazonia[102]. Se plantea respecto de ecosistemas, ríos como el Ganges en la India[103], seres espirituales con los que interactúan los pueblos indígenas y animales[104]. También, como ya decíamos, respecto de la inteligencia artificial[105].

El fundamento del reconocimiento de la personalidad jurídica tampoco es siempre el mismo. En las personas físicas se trata de una consecuencia necesaria de la dignidad inherente a todo ser humano (aquella a la que hace referencia el artículo 10.1 CE). En las jurídicas es una cuestión instrumental, un medio para un fin. Tal y como explica el catedrático de Derecho Mercantil Cándido Paz-Ares, es la forma en que el ordenamiento otorga a las sociedades la capacidad de tener relaciones jurídicas, de manera que se forme un patrimonio que pueda actuar en el tráfico jurídico[106].

En otros casos, como el de la naturaleza o los animales, el reconocimiento de personalidad jurídica tiene la función de proteger. Supone admitir el hecho de que estos entes tienen la capacidad de sufrir y son merecedores de protección.

Todo esto podría ser aplicable, en cierta medida, a la inteligencia artificial. Como ya adelantábamos, es más que posible que los algoritmos

101. El capítulo VII (artículos 71 a 74) de la Constitución de la República del Ecuador de 2008 reconoce, entre otros, los derechos de la naturaleza a existir, mantenerse y repararse.
102. Camilo Diaz, "La Amazonia colombiana ya es sujeto de derechos", ABC, 10 de abril de 2018, **https://www.abc.es/natural/biodiversidad/abci-amazonia-colombiana-sujeto-derechos-201804101225_noticia.html**
103. Francisco López-Seivane, "¿Por qué el río Ganges tiene los mismos derechos que una persona?", ABC, 15 de octubre de 2017, **https://www.abc.es/viajar/destinos/asia/abci-ganges-tiene-mismos-derechos-persona-201710131622_noticia.html**.
104. Franco Ceballos, "Otros sujetos de derecho o personas (?)", Estudios socio- jurídicos 22, no1 (2019): 321-351, **https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/viewFile/7576/7 671**.
105. Ibid.
106. Jesús Alfaro, "Personalidad jurídica y sociedad", Almacén de derecho (blog), 24 de octubre de 2019, **https://almacendederecho.org/personalidad-juridica-y-sociedad**. (Última consulta el 7 de mayo de 2020).

lleguen a pensar por sí solos algún día. No es descartable que también puedan llegar a sentir. Sin querer aventurarnos en la idea de que puedan ser seres dignos -no consideramos que sea posible, pues supondría equipararlos en valor a los humanos-, el hecho de que participaran de la racionalidad humana y de sus capacidades emocionales podría ser un argumento para atribuirles derechos y obligaciones.

La posibilidad de que actuaran de forma independiente a sus creadores, expresando con ello una voluntad autónoma, también podría ser un motivo para reconocerles personalidad jurídica y exigirles responsabilidad por sus actos.

Con esto damos paso a otro tema que guarda estrecha relación con el de la subjetividad jurídica y que también se ha dejado entrever sutilmente en distintos puntos de este trabajo: la cuestión de la responsabilidad. Al fin y al cabo, ser titular de relaciones jurídicas implica tener derechos, pero también obligaciones cuyo incumplimiento puede derivar en responsabilidades.

En el concreto ámbito de la IA esto se plantea, por poner un ejemplo, respecto de las LAWS. ¿Quién responderá cuándo un arma autónoma se equivoque de objetivo o viole las normas del derecho internacional humanitario? ¿El programador que esté a miles de kilómetros del lugar donde se esté usando? ¿El militar que decidió introducirla en el campo de batalla? ¿El Estado propietario del arma? Y si el arma tuviera voluntad propia, ¿podría llegar a responder ella misma?

La mayoría de los abogados no va a tener que dar respuesta a estos interrogantes. A otros en cambio probablemente sí. Por ejemplo, en el ámbito del derecho de la competencia, ¿qué ocurrirá si los algoritmos de varias empresas distintas establecen el mismo precio y no se puede

saber ni, por consiguiente, probar cómo han llegado hasta él[107]? En el del derecho societario, ¿qué implicaciones podría tener que la IA participara en la toma de decisiones del consejo de administración de una empresa, como ya sucede en China desde hace años[108]? Y en temas de propiedad intelectual, ¿qué consecuencias tendría que un robot -sin querer o 'queriendo'- copiara una fórmula patentada?

En términos generales, para exigir responsabilidad hace falta que concurran tres requisitos: una acción o una omisión de lo debido, un daño y un nexo causal entre ambos. Si falta alguno de estos elementos, y salvo concretas excepciones, no se exige responsabilidad.

Es también una regla general que no se responde de aquello que no se puede controlar; visto de otra forma, que solo se responde de lo que está bajo nuestro control. Así, eximen de responsabilidad la fuerza mayor y el caso fortuito[109], así como encontrarse en una situación de embriaguez o de miedo insuperable[110]; mientras que los padres responden por aquello que hagan sus hijos menores de edad y los empresarios de lo que hagan sus empleados[111], puesto que ejercen control sobre ellos.

De momento, la IA está sometida a nuestra voluntad. Sin embargo, es posible que llegue el día en que ya no lo esté. Entonces, un sistema basado en la culpabilidad no bastará para exigir responsabilidades, pues ya no dependerá de nosotros aquello que haga.

107. El conscious parallelism o colusión tácita describe una práctica en la que empresas competidoras, sin llegar a comunicarse directamente, van alterando sus precios hasta que coinciden. Puesto que no se formaliza acuerdo alguno, no entra en el ámbito de aplicación del artículo 101 TFUE ni en el artículo 1 LDC, que prohíben los acuerdos anticompetitivos. El Comité de Competencia de la OCDE ya estudia el uso de la IA para llevar a cabo estos 'acuerdos' tácitos, para tratar de dar solución a los problemas de prueba que plantearía.
OECD (2017), Algorithms and Collusion: Competition Policy in the Digital Age
www.oecd.org/competition/algorithms-collusion-competition-policy-in-the-
http://www.oecd.org/competition/algorithms-collusion-competition-policy-in-the-digital-age.htm (Última consulta el 8 de mayo de 2020).
108. Pablo Pardo, "Un algoritmo, sentado en el consejo de un fondo chino", El Mundo, 9 de junio de 2014, **https://www.elmundo.es/economia/2014/06/09/5394e0d-722601df76f8b458f.html**
109. Artículo 1105 CC, sobre la responsabilidad civil contractual.
110. Artículo 20 CP, sobre la responsabilidad penal.
111. Artículo 1903 CC, sobre la responsabilidad civil extracontractual.

También de momento, las aplicaciones de IA no son conscientes de lo que hacen, con lo que no cabe imputarles las consecuencias de sus actos. Sin embargo, podría llegar el día en que sí lo fueran, y entonces tendremos que decidir si queremos que sean responsables y si queremos que lo sean conjuntamente con sus creadores.

Para tratar de dar solución a estas cuestiones podemos inspirarnos en otros supuestos a los que ya se ha enfrentado el legislador español.

En materia de responsabilidad es especialmente ilustrativo el ejemplo de las personas jurídicas. Tal y como veíamos antes, estas son titulares de derechos y obligaciones para operar en el tráfico jurídico. Ahora bien, si hablamos de su responsabilidad penal, esta se fundamenta en el fin de prevención general de la pena, una de sus finalidades más importantes (STC 110/2003): cuantos más respondan de la comisión de un delito -la empresa en sí, además de los administradores y/o empleados-, menores serán las posibilidades de que se delinca[112]. Así, la comisión de determinados delitos por parte de una compañía puede llevar a su disolución (artículo 33.7 CP) y a la inhabilitación para el ejercicio de la profesión de quienes la dirigen.

Esto, que hoy está más que aceptado por la doctrina penalista española, no encajó bien al principio. Cuando se introdujo la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el año 2010, muchos se oponían alegando que era incompatible con la teoría general del delito, y aducían la máxima de que societas delinquere non potest. Ahora, a pesar de que la teoría de la responsabilidad penal deba adaptarse un poco a las particulares características de las personas jurídicas, el hecho de que una empresa puede responder penalmente de la comisión de ciertos delitos está plenamente admitido. Entre otras cosas, el alto nivel de crimen organizado y la intervención en este de un importante número de sociedades lo hace necesario.

112. La prevención general es el fundamento de la responsabilidad penal de la persona jurídica. Así lo explicaba Jacobo Dopico Jiménez-Aller el 7 de mayo de 2020 en la asignatura de Derecho Penal Económico del Máster de Acceso a la Abogacía de la Universidad Carlos III.
También lo desarrolla en Jacobo Dopico, "Responsabilidad penal de las personas jurídicas" en Derecho Penal Económico y de la empresa, ed. por Norberto J. de la Mata et al. (Madrid: Dykinson, 2018), 129-169.

Podría darse una situación similar respecto de la inteligencia artificial. Hoy son muchos los escépticos ante la idea de que algún día vaya a ostentar responsabilidad, pero ya empieza a haber quienes quieren poner el tema sobre la mesa y regularlo. Igual que nuestro Código Penal prevé la posibilidad de 'darle muerte' a una persona jurídica, podría llegar el día en que contemple una pena consistente en 'apagar' una máquina inteligente.

También se plantea la cuestión de la responsabilidad de los creadores por lo que hagan sus creaciones, de forma similar a la de los administradores y representantes legales de las personas jurídicas por lo que hagan estas. En este sentido, ya adelantábamos que un sistema basado en la culpabilidad o en el control podría ser insuficiente, en la medida en que es previsible que las aplicaciones de IA lleguen a funcionar de forma autónoma en las próximas décadas.

Para salvar este problema, se han propuesto alternativas basadas en la responsabilidad objetiva. Podría ser aplicable, por ejemplo, la Directiva 85/374/CEE sobre responsabilidad por productos defectuosos, que no determina la necesidad de demostrar culpabilidad alguna por parte del fabricante para que deba responder por los daños que el producto hubiera ocasionado. Sin embargo, no está claro que una aplicación de IA -el algoritmo en sí al menos- entre en la definición de 'producto' que se da en la norma[113].

Igual que ya se hace en Nueva Zelanda en materia de compensación de accidentes, otra opción factible sería exigir que los creadores de aplicaciones de inteligencia artificial suscribieran un seguro para hacer frente a la reparación de los menoscabos que estas causaran[114].

Una variante de esta opción consistiría en crear un registro -los que apoyan esta idea lo denominan 'Registro de Turing', en honor al padre de la IA- en el que se distinguiera según el carácter más o menos autónomo de cada aplicación concreta. Ello a su vez determinaría la prima a pagar para poder usarla o introducirla en el mercado: a mayor auto-

113. Según el artículo 2 de la Directiva, 'producto' es "cualquier bien mueble, excepto las materias primas agrícolas y los productos de la caza, aun cuando está incorporado a otro bien mueble o a uno inmueble", así como la electricidad.
114. Buyers, Artificial Intelligence: The practical legal issues,...

nomía y por tanto menor control, mayor coste para el fabricante. Estas primas servirían para indemnizar los daños que aquellas pudieran producir[115].

El nivel de autonomía de la IA es por tanto un elemento crucial que ya están teniendo en cuenta los expertos para articular el tratamiento que se da a las aplicaciones de IA[116]. ¿Podría afectar también a la posibilidad de reconocerle subjetividad jurídica a la inteligencia artificial? Parece intuitivo responder que sí. Poniéndonos a nosotros mismos como ejemplo, vemos que el nivel de conciencia de nuestros actos y de autonomía determinan de qué relaciones jurídicas podemos ser titulares y por qué actuaciones debemos responder. En el derecho español las diferencias de conciencia o control se materializan en variaciones en la capacidad de obrar, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos en los que eran aquellas las que directamente determinaban quién podía ser y quién no sujeto de derecho[117].

Lo cierto es que hasta ahora el debate se ha centrado mayoritariamente en la exigencia de responsabilidad. Ello es comprensible, pues antes de reconocerles derechos a los robots, nos preocupa cómo podrían ellos comprometer los nuestros. Así, podría ser crucial el momento en el que se alcanzara la singularidad, y la IA fabricara más IA: entonces estaría en manos de los propios algoritmos crear aplicaciones respetuosas con nuestros derechos fundamentales.

Llegados a este punto, no podemos evitar hacer una reflexión. El ejemplo de las personas jurídicas demuestra que lo que a priori parece una máxima inviolable -que las sociedades no pueden ser responsables penalmente- puede resultar no serlo. Personas jurídicas que, no lo olvidemos, son creaciones humanas -igual que lo es la IA- y son titulares de derechos fundamentales. Así lo ha reconocido nuestro Tribunal Cons-

115. Ibid.
116. En cuestión de LAWS, por ejemplo, se ha distinguido entre armas in-the-loop, on-the-loop y out-of-the-loop, en función de si el humano dirige el arma, la supervisa o no ejerce control alguno sobre ella. En función de quién decida y controle -máquina o humano- se exigirán las responsabilidades oportunas.
117. Es por este motivo que el Código Civil argentino no reconoció hasta su reforma de 2015 que los menores de edad eran auténticos sujetos de derecho y no meros 'objetos de protección'.

titucional, en relación con aquellos derechos fundamentales que "por su naturaleza, resulten aplicables a ella[s]", tales como el derecho a la inviolabilidad del domicilio, a la tutela judicial efectiva o a la igualdad (STC 23/1989).

En la misma línea, hemos visto evolución en el reconocimiento de los animales como sujetos de derecho. Estos, como ya sabemos, no tienen dicha condición en el ordenamiento jurídico español, sino que son considerados cosas muebles susceptibles de apropiación (artículo 335 CC). Sin embargo, el Código Penal tipifica delitos en los que se ve claramente que el bien jurídico protegido no es el patrimonio del dueño sino la vida del animal, pues la pena que se impone es mayor si se acaba con la vida de este[118].

La legislación civil podría estar a punto de actualizarse en este mismo sentido. Al tiempo de escribirse estas líneas estaba en tramitación la Proposición de Ley 122/000134 sobre el régimen jurídico de los animales, que abogaba por el cambio de su estatus a 'seres vivos dotados de sensibilidad' y, como tal, potenciales sujetos de derechos. Así lo reconocen ya otros códigos civiles como el alemán, el austriaco, el suizo o, en nuestro propio país, el catalán.

Quién sabe lo que podría ocurrir con la inteligencia artificial. En la actualidad existe mucho debate y algunas pistas de por dónde pueden ir las cosas, tal y como expondremos en las reflexiones finales.

Sea como fuere, lo que sí está claro es que surgirán muchos debates en torno a la capacidad de la inteligencia artificial para ser titular de derechos y obligaciones y por ende quedar sujeta a responsabilidades concretas. Aún en el supuesto en que jamás se le reconozca personalidad jurídica, la proliferación de aplicaciones inteligentes hará necesario determinar a quién corresponderá cargar con los daños en cada caso concreto.

Los abogados deberán tenerlo en cuenta y estar preparados para afrontar los retos que sin duda ello planteará en cada una de las disciplinas concretas del derecho.

118. En este sentido, el artículo 337 del Código Penal, relativo al maltrato animal.

05 Reflexiones finales

Comenzábamos este estudio hablando de la imagen algo denostada que algunos tienen de la abogacía y queriendo resaltar la figura del **abogado como defensor de los derechos fundamentales.**

La inteligencia artificial, reflejo del progreso y del desarrollo de nuestra especie, podría contribuir a la eficacia de estos derechos pero también ponerlos en peligro, por lo que resulta más importante que nunca recordar el papel de la abogacía como pieza clave para su protección.

Como expertos en leyes y personas más próximas a los problemas del cliente, los abogados deben cuestionar el cómo y el por qué que subyace a las decisiones que toman las aplicaciones de inteligencia artificial. Aunque la naturaleza opaca de la protagonista de la revolución tecnológica no va a hacer de esta una tarea fácil, los letrados deben esforzarse por garantizar que el progreso esté al servicio de los derechos fundamentales y no en su contra.

En este sentido, los abogados pueden contribuir a que las nuevas tecnologías favorezcan el derecho a la asistencia letrada, en tanto en cuanto muchas aplicaciones de inteligencia artificial pueden ayudar a darle un mejor servicio al cliente. En la medida en que esto se verifique, deberán emplear la inteligencia artificial. Sin embargo, deberán ser también conscientes de que ciertos usos que ellos mismos puedan hacer de

la IA podrían comprometer algún otro de los derechos fundamentales recogidos en el artículo 24 CE.

La inteligencia artificial también puede conculcar y contribuir a la eficacia de otros derechos fundamentales. Entre otros, el derecho a la igualdad, a la vida y a la integridad física y moral, a la libertad y a la seguridad, a la intimidad y a la protección de datos, etc. Los abogados se enfrentarán a retos relacionados con cada uno de estos derechos fundamentales, que además irán variando. La rapidez vertiginosa con la que se suceden los avances en el campo de la inteligencia artificial tendrán como consecuencia la aparición de nuevos y mayores riesgos para nuestros derechos.

Algunas de estas amenazas son del todo impredecibles; otras pueden al menos intuirse a la vista de la importante inversión que hacen los países en nuevas tecnologías y de su utilización a lo largo y ancho del globo. A pesar de que la sociedad civil esté centrada mayoritariamente en los beneficios que la inteligencia artificial podría reportarle en un futuro próximo -pensando por ejemplo en la conducción autónoma o en el diagnóstico de enfermedades-, los letrados deben advertir los peligros que esta supondrá en la vida cotidiana de sus clientes.

En este sentido, la inmensa mayoría de esos letrados -sin importar la disciplina o el lugar de trabajo- ya habrá lidiado en algún momento de su carrera profesional con cuestiones ligadas a la protección de los derechos fundamentales. Por esta razón ellos son quienes están mejor preparados para defenderlos. Cuentan con los conocimientos necesarios para cumplir con esta labor, y tienen a su disposición las herramientas de protección que ofrece nuestro ordenamiento jurídico.

Es también por este mismo motivo que deberían ocupar el centro de los debates acerca de la regulación de la inteligencia artificial, muchos de los cuales se están produciendo en estos mismos momentos.

Ejemplo de ello es el que está teniendo lugar en el seno de las instituciones europeas, y que ha llevado a la publicación de una serie de documentos de singular relevancia para las cuestiones analizadas en este trabajo. Los resultados de este debate permiten hacerse una idea del camino que podría seguir la **regulación de la inteligencia artificial en relación a los derechos fundamentales**.

Por una parte, la Comisión Europea publicó el pasado 19 de febrero de 2020 el *White Paper on Artificial Intelligence*[119], en el que hace hincapié en el carácter opaco, complejo e impredecible de la inteligencia artificial, alegando que estos atributos, y en general el funcionamiento autónomo que caracteriza a la IA, pueden comportar serias vulneraciones para los derechos fundamentales de las personas.

También pueden suponer problemas de prueba, así como dificultades para encajar su regulación en el marco normativo existente. Por ello la Comisión propone regular la inteligencia artificial en base al nivel de peligrosidad, estableciendo determinadas exigencias para las aplicaciones de 'alto riesgo', tales como la supervisión humana o su previa certificación de que su funcionamiento es respetuoso con los derechos fundamentales. Como ejemplo de aplicaciones que entrarían en esta categoría se menciona aquella que se sirviera para decidir la obtención de un empleo y la que se utilizara en la identificación de las personas mediante el tratamiento de sus datos biométricos. Ejemplos, ambos, que hemos dado a lo largo de este estudio para ilustrar la forma en que la inteligencia artificial podría comprometer, respectivamente, el derecho a la igualdad y el derecho a la protección de datos personales.

Por otra parte, la institución aborda la cuestión de la responsabilidad por los actos de la IA, y dado que un sistema basado en la culpabilidad sería insuficiente, propone objetivar dicha responsabilidad o establecer un seguro obligatorio como existe para los vehículos a motor.

¿Y sobre la posibilidad de que algún día responda la propia inteligencia artificial? La Comisión recabó la opinión del Grupo Experto en Responsabilidad y Nuevas Tecnologías[120], quien se pronunció de forma desfavorable. En su opinión, no es preciso dotar de personalidad jurídica a la inteligencia artificial para que las personas sean resarcidas por los daños que esta ocasione. ¿Significa ello que se excluye la posibilidad

119. White Paper on Artificial Intelligence: a European approach to excellence and trust (Bruselas: Comisión Europea, 2020), **https://ec.europa.eu/info/files/white-paper-artificial-intelligence-european-approach-excellence-and-trust_en**

120. Liability for Artificial Intelligence and other emerging digital technologies (Unión Europea: Expert Group on Liability and New Technologies, 2019), **https://ec.europa.eu/transparency/regexpert/index.cfm?do=groupDetail.groupMeetingDoc&docid=36608**

de que la inteligencia artificial sea sujeto de derecho algún día? El Grupo de Expertos aclaró que no: solo estudiaron esta posibilidad desde el enfoque de la exigencia de responsabilidad, con lo que no descartaban que su postura al respecto pudiera cambiar más adelante ante, por ejemplo, la presencia de un robot en el consejo de administración de una empresa.

Por lo tanto, podemos ver que las cuestiones que hemos planteado a lo largo de este trabajo merecen ser estudiadas. De hecho, la propia Comisión ha invitado expresamente a reflexionar sobre ellas, llamando a participar en la regulación de la inteligencia artificial y, en particular, de su efecto sobre los derechos fundamentales. Y nosotros nos preguntamos: ¿quiénes mejor que los abogados para atender esta llamada?

Resulta particularmente importante cuestionarse si nuestra **legislación** está preparada para afrontar los desafíos que traerá consigo la proliferación de los algoritmos. Entre otras cosas, ¿cómo vamos a probar ciertas vulneraciones -por ejemplo, la discriminación en un proceso de selección laboral- si la inteligencia artificial es un black box que no nos permite ver cómo alcanza sus decisiones?

Vamos un paso más allá: ¿está preparada nuestra **Constitución** para la llegada de la inteligencia artificial general?

Estos debates también se beneficiarían de las valiosas aportaciones de la abogacía, conocedora de las leyes y de los mecanismos que prevé la Carta Magna para la defensa de los derechos fundamentales. ¿Puede ser necesario, o al menos conveniente, actualizar la definición de algunos de estos derechos, aclarando cuál es su contenido concreto o incluso quiénes son sus titulares?

Tenemos poco que criticar de nuestra Constitución, pero no podemos ignorar que fue elaborada en un momento en el que la IA aún gateaba, cuando hoy está cerca de volar. Ahora bien, visto que es prácticamente imposible reformar los preceptos que regulan los derechos fundamentales, quizá nuestra apuesta más segura sea confiar en un Tribunal Constitucional moderno y garantista, sabedor de los beneficios que comportan las nuevas tecnologías, pero también consciente de las amenazas que podrían suponer para los derechos por los que vela.

En otro orden de cosas, no podemos acabar nuestra reflexión sin hacer mención a la **ética**. Al fin y al cabo, muchos de los retos que la inteligencia artificial va a plantear para nuestros derechos fundamentales tienen un importantísimo trasfondo ético. En esta línea, ¿es correcto negarle a alguien un seguro de vida debido a las enfermedades hereditarias que es probable que padezca? ¿Y basarse en el entorno de una persona para impedirle el acceso a una financiación? Por otro lado, y como pretende Bill Gates, ¿está bien emplear los datos personales de la gente si con ello se salvan miles de vidas? ¿Y si es contra su voluntad? Solo son datos… ¿no?

Al enfocar estas preguntas desde un punto de vista ético, tratando de determinar lo que es *bueno* y lo que está *bien*, también estamos llevando a cabo un ejercicio necesario para darles una respuesta jurídica adecuada. Como ya adelantábamos, las normas deben ser justas y buscar lo correcto.

De esta manera, la ética hace de faro guía para el derecho. También actúa como motor de cambio: el caso de Cambridge Analytica, por ejemplo, supuso un punto de inflexión en la historia del derecho a la protección de datos. Causó gran inquietud entre usuarios de Facebook y organismos reguladores de todo el mundo, aumentando la concienciación acerca del valor de la privacidad e incidiendo significativamente en los cambios legislativos que se produjeron.

La ética es asimismo uno de los pilares esenciales que sustentan la labor del abogado y su modo de proceder. Desde que comienza su formación se le inculca el valor de la ética. De hecho hay pocas profesiones en las que valores como la justicia, la honradez y la defensa de los más vulnerables sean tan importantes. Aunque en cualquier trabajo se deba perseguir el bien, se presume algo inherente a la condición de abogado. Por ello, el abogado está más que preparado para afrontar los conflictos que en este ámbito pueda plantearle la inteligencia artificial.

Como conclusión última a cuya reflexión queremos invitar, insistimos en que el que la inteligencia artificial esté al servicio de los derechos fundamentales o en su contra depende única y exclusivamente del propio ser humano. Ahora bien, los conocimientos y la experiencia de los abogados y su empatía con los problemas del cliente hacen de ellos los

profesionales idóneos para alcanzar soluciones legales justas, éticas y eficaces, que garanticen la protección de los derechos fundamentales y respondan a los retos planteados por la inteligencia artificial. No cabe duda de que las próximas décadas ratificarán el carácter esencial e irremplazable de la abogacía.

Obras doctrinales

"Grossman-Cormack Dictionary of Technology-Assisted Review". *Federal Courts Law Review* 7, n01 (2013): 1-34. https://www.fclr.org/fclr/articles/html/2010/grossman.pdf

"Valladolid 2019: el congreso del cambio, el congreso de todos los abogados". *Revista del Consejo General de la Abogacía Española,* n0114 (2019): 25-31. https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2019/03/web-ABOG114baja.pdf

Bastida, Francisco J., Ignacio Villaverde, Paloma Requejo, Miguel Ángel Presno, Benito Aláez e Ignacio F. Sarasola. *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978*. Madrid: Tecnos, 2004.

Blackman, Josh, Michael J. Bommarito y Daniel M. Katz. "A general approach for predicting the behaviour of the Supreme Court of the United States". *Public Library of Science ONE* 12, n04 (2017): 1-15. https://www.researchgate.net/publication/311586220_A_General_Approach_for_Predicting_the_Behavior_of_the_Supreme_Court_of_the_United_States

Buyers, John. *Artificial Intelligence: The practical legal issues*. Bath: Law Brief Publishing, 2018.

Casas Baamonde, María Emilia. “De los derechos y deberes fundamentales”. En *Comentarios a la Constitución Española*, editado por Enrique Arnaldo y Jesús Remón, 199-213. Madrid: Wolters Kluwer, 2018.

Ceballos, Franco. “Otros sujetos de derecho o personas (?)”. *Estudios socio-jurídicos* 22, no1 (2019): 321-351. https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view File/7576/7671.

Cruz Villalón, Pedro. “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional 9,* no25 (enero-abril 1989): 37-39, https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/79388.pdf.De Vega, Pedro. *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Madrid: Tecnos, 1985.

Derecho Internacional Humanitario: respuestas a sus preguntas. Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja, 2005. https://www.icrc.org/es/doc/assets/files/other/icrc_003_0703.pdf

Díez-Picazo, Luis. “Notas sobre el derecho a la tutela judicial efectiva”. *Poder Judicial*, no5 (1987): 41-49.

Dopico, Jacobo. “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”. En *Derecho penal económico y de la empresa*, editado por Norberto J. de la Mata, Jacobo Dopico, Juan Antonio Lascuraín y Adán Nieto, 129-169. Madrid: Dykinson, 2018.

Feitelson, Dror G. “Asimov’s Laws of Robotics applied to software”. IEEE Software 24, no4 (2007): 112-120. https://s3-us-west-2.amazonaws.com/ieeeshutpages/xplore/xplore-shut-page.html

Fernández, María Fernanda, y Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer. “La igualdad ante la ley y en la aplicación de la ley”. En *Comentarios a la Constitución Española*, editado por Enrique Arnaldo y Jesús Remón, 334-353. Madrid: Wolters Kluwer, 2018.

Garrorena, Ángel. “Acerca de las leyes orgánicas y de su espuria naturaleza jurídica”. *Revista de Estudios Políticos*, no13 (enero-febrero 1980): 169-207. https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/26600.pdf

Garrote de Marcos, María, y Beatriz Vila. *Jurisdicción constitucional y procedimiento de defensa de los derechos*. Madrid: Dykinson, 2016.

Guzmán, Alejandro. "Los orígenes de la noción de sujeto de derecho". *Revista de estudios histórico-jurídicos*, n024 (2002): 151-247, https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0716-54552002002400007

Harkens, Adam, y John Morison. "Re-engineering justice? Robot Judges, Computerized Courts and (semi) automated legal decision- making". *Legal studies* 39, n04 (2019): 1-18. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3369530

Hashimoto, Daniel A., Guy Rosman, Daniela Rus y Ozanan R. Meireles. "Artificial Intelligence in Surgery: Promises and Perils". *Annals of Surgery* 268, n01, (2018): 70-76. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3369530

Lascuraín, Juan Antonio. "El derecho a la libertad". En Comentarios a la Constitución Española, editado por Enrique Arnaldo y Jesús Remón, 447-464. Madrid: Wolters Kluwer, 2018.

Levesque, Hector J. *Common Sense, the Turing Test, and the Quest for Real AI: Reflections on Natural and Artificial Intelligence*. Massachusetts: MIT Press, 2018.

Llorente, Inmaculada. "Exclusión financiera e igualdad de trato en el acceso a servicios bancarios". Ensayos 6, n01 (enero-marzo 2019): 399-443. https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/download/359/336.

Marra, William C., y Sonia K. McNeil. "Understanding the loop: regulating the next generation of war machines". *Harvard Journal of Law and Public Policy* 36, n03 (2013): 1140-1185. http://harvardjlpp.wpengine.com/wp-content/uploads/2013/05/36_3_1139_Marra_McNeil.pdf

Osonde A. Osoba y William Welser IV. *An intelligence in our image: the risks of bias and errors in Artificial Intelligence*. Santa Monica: RAND Corporation, 2017. https://www.rand.org/pubs/research_reports/RR1744.html

Pardo Falcón, Javier. “La protección de datos”. *En Comentarios a la Constitución Española*, editado por Enrique Arnaldo y Jesús Remón, 562-567. Madrid: Wolters Kluwer, 2018.

Peces-Barba, Gregorio. “Derechos fundamentales”. *Revista jurídica de Castilla la Mancha*, n02 (1987): 7-34. https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/10462/?sequence=1

Schneider, Hans Peter. “Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático”. *Revista de Estudios Políticos*, n07 (1979): 7-36. https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1427304.pdf

Zuiderveen, Frederik. Discrimination, artificial intelligence, and algorithmic decision-making. Estrasburgo: Dirección General de la Democracia del Consejo de Europa, 2018. https://rm.coe.int/discrimination-artificial-intelligence-and-algorithmic-decision-making/1680925d73

Otros enlaces de interés

Alcázar, Diego, y Manuel Muñiz. *European Tech Insights* 2019. Madrid: IE University y Center for the Governance of Change, 2019. https://docs.ie.edu/cgc/European-Tech-Insights-2019.pdf

Blockchain Economía. https://www.blockchaineconomia.es/compartir-los-datos-beneficio-salud-publica/

Cadwalladr, Carole. "Exposing Cambridge Analytica: 'It's been exhausting, exhilarating and slightly terrifying". *The Guardian*, 29 de septiembre de 2018. https://www.theguardian.com/membership/2018/sep/29/cambridge-analytica-cadwalladr-observer-facebook-zuckerberg-wylie

Código Deontológico de la Abogacía Española. Madrid: Consejo General de la Abogacía Española, 2019. https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2019/05/Codigo-Deontologico-2019.pdf

Cuadro de indicadores de la Justicia en la Unión Europea. Bruselas: Comisión Europea, 2019. http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Aspectos-internacionales/Informes-Organismos-Extranjeros/Comision-Europea---Cuadro-indicadores-de-la-Justicia-en-la-Union-Europea/

Comité Internacional de la Cruz Roja. https://www.coe.int/en/web/artificial-intelligence/ai-and-control-of-covid-19-coronavirus

Consejo General de la Abogacía Española. *Código Deontológico de la Abogacía Española*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2019/05/Codigo-Deontologico-2019.pdf

Council of Europe Portal, https://www.coe.int/en/web/artificial-intelligence/ai-and-control-of-covid-19-coronavirus

Dastin, Jeffrey. "Amazon scraps secret AI recruiting tool that showed bias against women". *Reuters*, 10 de octubre de 2018. https://www.abc.es/natural/biodiversidad/abci-amazonia-colombiana-sujeto-derechos-201804101225_noticia.html

Declaración Universal de Derechos Humanos. Nueva York: Organización de Naciones Unidas, 1948. https://www.un.org/en/udhrbook/pdf/udhr_booklet_en_web.pdf

Diaz, Camilo. "La Amazonia colombiana ya es sujeto de derechos". ABC, 10 de abril de 2018. https://www.abc.es/natural/biodiversidad/abci-amazonia-colombiana-sujeto-derechos-201804101225_noticia.html

Diccionario del español jurídico. https://dpej.rae.es/lema/derechos-fundamentales

Elderecho.com. https://elderecho.com/constitucional-admite-tramite-16-los-recursos-amparo-recibe

Enciclopedia jurídica. http://www.enciclopedia-juridica.com/d/capacidad-jur%C3%ADdica/capacidad-jur%C3%ADdica.htm

"¿Están preparados los bufetes para rechazar un ciberataque?". *Expansión Jurídico*, 4 de diciembre de 2018. https://ecija.com/wp-content/uploads/2018/12/EXP04DIMAD-Nacional-Jur%C3%ADdico-pag-34.pdf

Expert Group on Liability and New Technologies. *Liability for Artificial Intelligence and other emerging digital technologies*. Unión Europea: Comisión Europea, 2019. https://ec.europa.eu/transparency/regexpert/index.cfm?do=groupDetail.groupMeetingDoc&docid=36608

Feitelson, Dror G. "Asimov's Laws of Robotics applied to software". *IEEE Software* 24, n04 (2007): 112-120. https://ieeexplore.ieee.org/document/4267613

Future of Life Institute. https://futureoflife.org/2015/10/12/ai-safety-conference-in-puerto-rico/

Future of Life Institute. https://futureoflife.org/ai-open-letter/

Futurism. https://futurism.com/stephen-hawking-ai-replace-humans

Haselton, Toss, y Jordan Novet. "Bill Gates leaves Microsoft board". CNBC, 13 de marzo de 2020. https://www.cnbc.com/2020/03/13/bill-gates-leaves-microsoft-board.html

ITS, https://www.its-security.es/recursos/predicciones-ciberseguridad-2019/

ITV News. https://www.itv.com/news/2019-09-11/what-is-a-deepfake-and-why-are-people-worried-about-them

Kelion, Leo. "Facebo artificial intelligence spots suicidal users", *BBC News*, 1 de marzo de 2017. https://www.bbc.com/news/technology-39126027

La Ley. https://jurimetria.laleynext.es/content/Unica.aspx

Leung, Christy. "Robot warders check on inmates as Hong Kong tests 'smart prison' devices to step up security, surveillance". *The Star*, 22 de octubre de 2019. https://www.thestar.com.my/tech/technews/2019/10/22/robot-warders-check-on-inmates-as-hong-kong-tests-smart-prison-devices-to-step-up-security-surveillance

Lex Machina. https://lexmachina.com

Limón, Raúl. "Una aplicación machista que desnudaba a mujeres pone en el punto de mira la creación de imágenes falsas". *El País*, 8 de julio de 2019. https://elpais.com/tecnologia/2019/07/03/actualidad/156141652_404722.html

López-Seivane, Francisco. "¿Por qué el río Ganges tiene los mismos derechos que una persona?". *ABC*, 15 de octubre de 2017. https://www.abc.es/viajar/destinos/asia/abci-ganges-tiene-mismos-derechos-persona-201710131622_noticia.html

Majumder, Bhaswati G. "Hong Kong law firm, which rolled out Darktrace AI, believes in tackling new cybersecurity issues". *International Business Times*, 21 de agosto de 2019. https://www.ibtimes.sg/hong-kongs-law-firm-which-turns-darktrace-ai-believes-evolution-cybersecurity-32159

Memoria del Tribunal Constitucional de 2018. Madrid: Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado, 2019. http://www.tribunalconstitucional.es/es/memorias/Documents/MEMORIA-2018.pdf

MIT OpenCourseWare. "Lecture 1: Algorithmic Thinking, Peak Finding". Vídeo de Youtube, 53:21. Publicado el 2 de julio de 2014. https://www.youtube.com/watch?v=HtSuA80QTyo&list=PLUl4u3cNGP61O-q3tWYp6V_F-5jb5L2iHb

MIT Technology Review. https://www.technologyreview.es/s/6859/la-inteligencia-artificial-ya-es-capaz-de-evitar-la-prision-preventiva-innecesaria

MIT Technology Review. https://www.technologyreview.com/2018/11/10/139137/is-this-ai-we-drew-you-a-flowchart-to-work-it-out/

MIT Technology Review. https://www.technologyreview.com/2020/03/12/905352/ai-could-help-with-the-next-pandemic-but-not-with-this-one/

Molina, Miquel. "Ni inteligente ni artificial: masculina". *La Vanguardia, 8 de marzo de 2020*. https://www.lavanguardia.com/cultura/20200308/474017324883/inteligencia-artificial-igualdad-feminismo-tecnologia-algoritmo.html

Naciones Unidas. https://www.un.org/es/sections/issues-depth/human-rights/index.html

Pérez, Jordi. “Así trabaja el equipo de Interior que predice el perfil de los asesinos”. *El País*, 29 de junio de 2019. https://elpais.com/tecnologia/2019/06/26/actualidad/156150733_085160.html

Pérez, Matt. “Bill Gates calls for national tracking system for Coronavirus during Reddit AMA”. *Forbes*, 18 de marzo de 2020. https://www.forbes.com/sites/mattperez/2020/03/18/bill-gates-calls-for-national-tracking-system-for-coronavirus-during-reddit-ama/#79f5ca216a72

Pennartz, Cyriel. “How did brain evolution lead to the development of our consciousness?”. Vídeo de Coursera, 9:12. https://www.coursera.org/lecture/bighistory/how-did-brain-evolution-lead-to-the-development-of-our-consciousness-1kWz7

Pardo, Pablo Pardo. “Un algoritmo, sentado en el consejo de un fondo chino”. El Mundo, 9 de junio de 2014. https://www.elmundo.es/economia/2014/06/09/5394e0d722601df76 f8b458f.html.

ProPublica. https://www.elmundo.es/economia/2014/06/09/5394e0d722601df76f8b458f.html

Refranero castellano.

https://www.refranerocastellano.com/gente/abogados.html

Report of the WHO-China Joint Mission on Coronavirus Disease 2019 (COVID-19). Ginebra: Organización Mundial de la Salud, 2020. https://https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/who-china-joint-mission-on-covid-19-final-report.pdf

“Sam. Meet your politician of the future”.

http://www.politiciansam.nz

Simply Explained – Savjee. “Differential Privacy – Simply Explained”. Vídeo de YouTube, 6:59. Publicado el 25 de enero de 2018. https://www.youtube.com/watch?v=gI0wk1CXIsQ

“SIPRI Military Expenditure Database”. https://www.sipri.org/databases/milex

Spring, Mariana. "Coronavirus: the people fighting fakes from their sofas". *BBC Trending*, 10 de abril de 2020. https://www.bbc.com/news/blogs-trending-52149568

"Un robot se presenta a la alcaldía de un distrito de Tokio para acabar con la corrupción". *El País*, 18 de abril de 2018. https://elpais.com/internacional/2018/04/18/mundo_global/1524045163_744119.html

White Paper on Artificial Intelligence: a European approach to excellence and trust. Bruselas: Comisión Europea, 2020. https://ec.europa.eu/info/files/white-paper-artificial-intelligence-european-approach-excellence-and-trust_en

Anexo de legislación

Real Decreto de 24 de julio de 1889, por el que se publica el Código Civil (Gaceta de Madrid núm.206, de 25 de julio de 1889).

Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales. Firmado el 8 de junio de 1977 y en vigor el 7 de diciembre de 1978.

Constitución española (BOE núm.311, de 29 de diciembre de 1978).

Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (BOE núm.239, de 5 de octubre de 1979).

Directiva del Consejo 85/374/CEE, de 25 de julio, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos (DOCE núm.210, de 7 de agosto de 1985, pp. 29-33).

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm.281, de 24 de noviembre de 1995).

Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia (BOE núm.160, de 6 de julio de 2011).

Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la protección de las personas físicas en el tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos) (DOUE L 119, de 4 de mayo de 2016, pp. 1-89).

Proposición de Ley 122/000134, de 1 de marzo de 2019, de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales (BOCG núm.167-5, 1 de marzo de 2019).

Anexo de jurisprudencia

Sentencia del Tribunal Constitucional 30/1981, de 24 de julio.

Sentencia del Tribunal Constitucional 15/1982, de 23 de abril.

Sentencia del Tribunal Constitucional 72/1982, de 2 de diciembre.

Sentencia del Tribunal Constitucional 115/1984, de 3 de diciembre.

Sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985, de 11 de abril.

Sentencia del Tribunal Constitucional 23/1989, de 2 de febrero.

Sentencia del Tribunal Constitucional 127/1990, de 5 de julio.

Sentencia del Tribunal Constitucional 101/1991, de 13 de mayo.

Sentencia del Tribunal Constitucional 224/1993, de 1 de julio.

Sentencia del Tribunal Constitucional 325/1994, de 12 de diciembre.

Sentencia del Tribunal Constitucional 48/1996, de 25 de marzo.

Sentencia del Tribunal Constitucional 64/1997, de 7 de abril.

Sentencia del Tribunal Constitucional 49/2001, de 26 de febrero.

Sentencia del Tribunal Constitucional 156/2001, de 2 de julio.

Sentencia del Tribunal Constitucional 14/2003, de 28 de enero.

Sentencia del Tribunal Constitucional 110/2003, de 16 de junio.

Sentencia del Tribunal Constitucional 72/2019, de 28 de febrero.

Sentencia del Tribunal Constitucional 90/2019, de 2 de julio.

FUNDACIÓN Mutualidad

DAC 6 vs secreto profesional de los abogados

"Para ser libres hay que ser esclavos de la Ley"

Cicerón

Ignacio González del Yerro Velo de Antelo

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.

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

2021

«Para ser libres hay que ser esclavos de la Ley»

Cicerón

Índice

1. Introducción 788
2. Definiciones 790
3. La DAC 6 792
3.1. Evolución histórica 794
3.2. Proceso de análisis de aplicabilidad de la DAC 6. Introducción en el ordenamiento jurídico español. Nuevas obligaciones formales 806
3.2.1. ¿Existe un Cross-border arrangement (mecanismo transfronterizo)? 806
3.2.2. Existe obligación de comunicación del mecanismo transfronterizo en cuestión? 808
3.2.3. Quién es el sujeto obligado a declarar el mecanismo transfronterizo? 811
3.2.4. Qué información y cuál es la forma correcta de comunicar el mecanismo transfronterizo? 812
4. El secreto profesional de los abogados 815
4.1. Evolución histórica y antecedentes 819
5. Colisiones entre ambas figuras 822
6. Conclusiones 828
7. Bibliografía 832
8. Legislación citada 835
8.1. Directivas Europeas 835
8.2. Legislación interna Española 837
8.3. Legislación Internacional 838
9. Jurisprudencia citada 839
9.1. Jurisprudencia Europea 839
9.2. Jurisprudencia Española 840

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.

01 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**

02 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*

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

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.

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.

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

03 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.

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**

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:

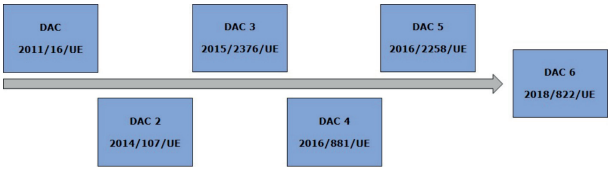
1. Aumentar la capacidad de reacción cuando se implementen este tipo de operativas agresivas fiscales.

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. Evolución histórica

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 modi-

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.

ficación 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.

Posteriormente en 2011, se inició un proceso denominado DAC que responde a la expresión Directiva de Cooperación Administrativa (MDR - *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/

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.

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.

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:

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)

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

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**.

supuestos) para, antes de la liquidación 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.

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

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.

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.

19. Roig M. (2014): "El paraíso de Monsieur Ruling" disponible a través del siguiente **link**
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.
21Más información sobre "Base Erosion and Profit Shifting" disponible en la página web de la OCDE a través del siguiente **link**.

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 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].

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**

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

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.

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**.

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 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.

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

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 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?

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

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]. 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

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

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.

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".

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. 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.

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.
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.

04 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 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.

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.

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].

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].

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

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].

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*".

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**

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].

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

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

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, "*la 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].

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**

05 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]. 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".

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

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.

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 obli-

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

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

gados 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.

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**

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.

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.

06 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. Tam-*

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**

bién 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.

   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

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**

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**

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**

08 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)

09 Legislación 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

El secreto profesional del abogado frente a la DAC 6

Gonzalo
Cobo
Sanz

Gonzalo 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

Índice

1. Introducción 846
2. El secreto profesional del abogado: especial atención al ámbito tributario 852
2.1. El secreto profesional del abogado en el ordenamiento jurídico español 852
2.2. El secreto profesional del abogado en el ámbito tributario 856
3. El secreto profesional con la DAC6 en España y otros países de nuestro entorno 861
3.1. Transposición de la dispensa por secreto profesional de los abogados en España 861
3.2. Transposición de la dispensa por secreto profesional en otros Estados miembros 867
4. Reflexiones críticas 876
4.1. Derogación velada del secreto profesional del abogado en su vertiente de asesoramiento 877
4.2. Legalidad de la comunicación realizada por el intermediario exonerado por secreto profesional... 889
5. Conclusión 893
Bibliografía 898
Anexo de legislación 903
Anexo de jurisprudencia 906

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.

01 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. Incluso hoy ya se habla de una futura DAC7[3] y DAC8[4]. Estas normas europeas persiguen, en palabras de 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.

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**
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.**

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.

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**

En cuanto a los sujetos obligados a comunicar, serán los intermediarios fiscales, o en su defecto, los propios contribuyentes. 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. 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.

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

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.

02 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).

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**

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*".

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.

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-traspo-sicion-la-dac-6**

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 "*todos 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 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.

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."

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 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

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).

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 profe-

sional. 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 cues-

tiones 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.

03 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]. 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

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.
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.

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

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"

obligación de colaboración más. 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,*

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**

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.*"

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].

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**

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 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		✓	
Bélgica			✓
Bulgaria		✓	
Croacia		✓	
Chipre		✓	
Dinamarca		✓	
Estonia		✓	
Alemania			✓
Hungría		✓	
Irlanda	✓		
Letonia		✓	
Luxemburgo	✓		
Malta		✓	
Holanda		✓	
Polonia			✓
Eslovenia		✓	
España			✓
Rumania		✓	
Francia		✓	
Portugal	✓		
Italia			✓
Lituania			✓
Grecia		✓	
Suecia		✓	
República Checa		✓	
Eslovaquia		✓	
Finlandia			✓

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.

I. 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 profesional[20] 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

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"

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]:

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 profe-

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/**

sión 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.

II. 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 po-

sición 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.

III. 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]

IV. 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. 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.

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 (...)

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?.

04 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 la RAE, acep. 1) y consejo es 'opinión que se expresa para orientar una actuación de una determinada manera' (Diccio-*

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**

nario 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 coope-

rar 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 agre-*

sivos." 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 transposi-

ciones 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 gestorde 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 transpo-

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**

sición, 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.

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.

05 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.

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/**

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.

Bibliografía

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

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

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/

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

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

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.

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

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

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/

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

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

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

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

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

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/

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/10234/38463/4 7893.pdf?sequence=1&isAllowed=y

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

La defensa letrada de las garantías procesales cuando interviene traductor o intérprete de lengua extranjetra

Blanca Mazzini Parejo

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

Índice

1. Introducción 910
2. La profesión del traductor e intérprete 912
2.1. Modalidades 913
2.2. Categorias: jurídica, judicial y jurada 915
2.3. Clasificación 917
3. Normativa aplicable 919
3.1. Derecho constitucional 920
3.2. Ámbito penal 921
3.3. Ámbito civil 927
4. Impacto en el ejercicio de la abogacía 931
4.1. Empresas adjudicatarias 932
4.2. Traducción de prueba documental 935
4.3. Traducciones a vista 939
4.4. Control de calidad 940
5. Mejoras a realizar 942
5.1. Creación de un Registro 943
5.2. Directrices de actuación 944
6. Conclusiones 954
Bibliografía 956
Normativa 958
Jurisprudencia 959

01 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

1 Constitución española, 29 de diciembre de 1978.

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.

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.

02 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.

2.1.1 Traducción: general o especializada

Dentro de la traducción de textos encontramos dos grandes tipos, según el texto origen que se desee trasladar a otro idioma. Será general toda traducción que pueda realizar un traductor que no tenga conocimientos determinados sobre el tema del que versa, cuando el texto esté destinado a que lo entienda cualquier tipo de lector. Algunos ejemplos de textos generales pueden ser los textos periodísticos, correos electrónicos, anuncios o cualquier otro cuya lectura esté al alcance de la generalidad de las personas.

Por su parte, la traducción especializada es aquella que trata sobre temas más concretos y específicos, para la cual el traductor deberá ha-

berse preparado e informado con antelación. Será especializada la traducción que se realice sobre temas médicos, técnicos, informáticos, económicos o sobre cualquier otra rama del saber, para la que será necesario un conocimiento previo de la cuestión.

No resulta posible traducir un texto que no se entiende, lo cual, como veremos, muchas veces olvida el legislador.

2.1.2. Interpretación: consecutiva, bilateral o simultánea

En cuanto a la interpretación, al tratarse de un proceso en tiempo real y oral, será todavía más necesario conocer bien el tema que se tratará en el discurso, pues no se cuenta con tiempo adicional para informarse. Sin embargo, la precisión terminológica necesaria es menor que en el caso de textos que deban plasmarse por escrito, por lo que no se suele distinguir entre general y especializada y se estará a una precisión de tipo conceptual.

De este modo, las modalidades vienen marcadas por la forma en la que se lleva a cabo. Así, la llamada interpretación consecutiva es la que se realiza trasladando breves fragmentos del discurso del orador, quien deberá hacer pausas al efecto. Suele utilizarse cuando hay uno o varios oradores que se dirigen a un público y el profesional lingüista suele apoyarse en la toma de notas para trasladar partes del discurso sin perder detalles del mismo.

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 se utilice en el marco de un proceso, como pueden ser, además de textos jurídicos, todo tipo de textos, con independencia de su temática,

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.

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.

3 GALANES SANTOS, «La acreditación de traductores y/o intérpretes jurados en España: novedades, contrastes e incoherencias», Sendebar, vol. 21, 2010, pp. 253.

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 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.

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

4 PONCE GONZÁLEZ, «La traducción en el ámbito de la cooperación jurídica internacional civil», Rev. Boliv. de Derecho, vol. 28, 2019, p. 352.

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.

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.

03 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.

5 PDE 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.

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.

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.

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.

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.

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.

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,

Generalmente, un intérprete podrá traducir sin demasiado problema los 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.

12 PONCE GONZÁLEZ, «La traducción en el ámbito de la cooperación jurídica internacional civil», Rev. Boliv. de Derecho, vol. 28, 2019, p. 342.

Reproducimos a continuación ambas versiones:

Artículo 601 LEC 1881	Artículo 144 LEC 2000
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.	**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. **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

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.

04 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 SÁNCHEZ[13], 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.

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.

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.

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 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.

14 STS de 14 de marzo de 2014 (RJ 2014\3836).

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.

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).

Se considera que la información económica, expresada en 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.

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. 345.

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. 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.

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).

25 STS de 30 de junio de 2008 (RJ 2008\6536).

26 STS de 26 de febrero (RJ 2014\2101).

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.

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

27 STS de 8 de marzo de 1991 (RJ 1991\1839).

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.

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]:

28 CLARK, «Entrevista a Pilar de Luna y Jiménez de Parga» , La Linterna del Traductor, vol. 6, 2011, pp. 92-100.

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.

05 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, bas-

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

tando 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.

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 imparcialidada

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 aque-

llos 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 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 traduc-

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.

tor 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.

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.

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, 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 interroga-

do. 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

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.

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 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.

06 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 colegiarse además 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 lin-

güístico 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/Arrib asAbeledoAnaTA.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