

Los principios inspiradores de la Deontología: la libertad (1)

Nielson SÁNCHEZ STEWART

Abogado. Doctor en Derecho

Diario La Ley, Nº 8783, Sección Tribuna, 15 de Junio de 2016, Ref. D-239, Editorial **LA LEY**

El Abogado —como ciudadano que es— goza del haz de libertades que consagra la Constitución Española y el conjunto de normas de inferior jerarquía que han ido desarrollándolas. Esa pléyade de facultades justifica que en lugar de libertad se hable de libertades. Esas libertades son comunes a todos. Pero existen otra clase de libertades, que tienen un tratamiento desigual dentro de la normativa porque su titular es Abogado.

Normativa comentada

I. LIBERTAD E INDEPENDENCIA

Hay una confusión ideológica entre los conceptos de independencia y libertad. Concibo la independencia como un principio esencial que no está generalmente sujeto a rebaja ni limitación alguna. La libertad, en cambio, es graduable, limitada por su propia naturaleza y de carácter relativo, siempre referida a un objeto determinado. Libertad «de» que significa, en realidad, libertad «para» realizar una actuación.

Por eso, se puede afirmar que el Abogado es —o debe ser— independiente pero no puede decirse que el Abogado es libre, así, a secas. Cuando se dice —y muchas veces se dice— que el Abogado es libre e independiente, se está emboscando el primer calificativo dentro del segundo. Si siquiera se podría aludir así a la libertad personal que parece gramaticalmente siempre a estar sujeta a contingencias —de hecho lo está— y por eso, se conjuga con el verbo estar y no con el verbo ser. Así, el que goza de libertad personal porque no está cautivo, prisionero, detenido o preso se dice que «está libre» no que «es libre», como si de algo transitorio se tratase. De la misma manera que el cautiverio, la detención o la prisión es algo que se concibe como temporal y por eso, se utiliza también el verbo «estar» para aludir a los diferentes «estados».

Lo que sí puede decirse es que el Abogado es «libre para» o, lo que es lo mismo, que goza de «libertad de». Por eso, hay siempre un aspecto —elemento, faceta o matiz— que califica la libertad.

Partimos de la base que el Abogado —como ciudadano que es— goza del haz de libertades que consagra la Constitución Española y el conjunto de normas de inferior jerarquía que han ido desarrollándolas. Esa pléyade de facultades justifica que en lugar de libertad se hable de libertades. Esas libertades no merecen aquí mayor comentario porque son comunes a todos. Sólo se aludirá a aquellas libertades que tienen un tratamiento desigual dentro de la normativa porque su titular es Abogado.

II. LA LIBERTAD DE DEFENSA

La principal, esencial y fundamental de las libertades de las que disfruta el Abogado —que no constituye ni mucho menos un privilegio sino una obligación para su cliente— es la libertad de defensa.

Desde los albores de la civilización a quien ejercía el poder le venía atribuido la facultad de castigar. El *ius puniendi*. Frente a ese poder se levanta un contrapoder que está constituido por la defensa. Y ese contrapoder se encomienda al Abogado. Ese derecho de defensa se constituye como garantía para los presuntos infractores tanto en la vía penal cuanto en la vía civil y es un componente inescindible de la administración de la justicia (2) .

Ni en la Carta Magna (1215) ni en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789) se prevé el derecho de defensa mediante Abogado. No es sino hasta la promulgación de la Constitución de los Estados Unidos de América (3) que se dispone que «En todas las causas criminales, el acusado gozará del derecho... a la asistencia de Abogado para su defensa». Transformándose quizá así en el primer texto positivo en la historia —al menos en la

historia moderna— donde se reconoce el derecho a la defensa por medio de un Abogado.

En nuestro desarrollo constitucional, la aparición del derecho de defensa es tardía. No es pues sino hasta la Constitución Española de 1978 que se consagra —ex art. 24 (LA LEY 2500/1978)— y como derecho fundamental el derecho a la defensa y a la asistencia de letrado (4) .

No siempre el derecho a la defensa exige la presencia de Abogado. La CEDH (LA LEY 16/1950) prevé expresamente la autodefensa. Sin embargo, habida cuenta que el Juez conoce el derecho —iura novit curia— hay que recurrir al concepto de proceso equitativo para dar entrada al Abogado para hacer efectivo el contrapoder que significa el derecho a la defensa.

En cambio, la legislación española, exige la presencia de Abogado para desempeñar la defensa en materia penal (520.2 de la LECrim. (LA LEY 1/1882) con su correspondiente excepción contenida en el número 5 del mismo artículo y relativa a los delitos contra la seguridad del tráfico y el art. 118 (LA LEY 1/1882) de la misma ley bajo el epígrafe del Título V del Libro I «Del derecho de defensa y del beneficio de pobreza en los juicios criminales»).

En la LEC, se prevé la intervención de Abogado como preceptiva en términos generales en su art. 31 (LA LEY 58/2000) con el objeto de equilibrar los medios de defensa de las partes —art. 33 (LA LEY 58/2000)— en consonancia con lo dispuesto en el art. 21 de la Ley 1/1996 de 10 de enero (LA LEY 106/1996) de asistencia jurídica gratuita.

También en materia social —art. 21.1 de la Ley de Procedimiento laboral (LA LEY 1444/1995)— y en materia contencioso-administrativa —art. 23 de la LJCA (LA LEY 2689/1998)—, en la Ley Procesal Militar, art. 125, en los procedimientos ante el Tribunal Constitucional, el derecho a la defensa para el justiciable se ha transformado en una suerte de obligación: a defenderse y en la mayor parte de los casos, a contratar una defensa técnica. Y que este derecho-obligación disfruta del más alto nivel normativo. Es por eso que la defensa del Abogado no es sólo el objeto de un contrato de arrendamiento de servicios, sino pieza fundamental de la administración de justicia.

La libertad de defensa se manifiesta en la forma y elección de los medios que emplee sin otras limitaciones que la imposibilidad de utilización de medios ilícitos o injustos. Así lo establece el art. 3.1 del CD (LA LEY 15008/2002): «El Abogado tiene el derecho y el deber de defender y asesorar libremente a sus clientes, sin utilizar medios ilícitos o injustos, ni el fraude como forma de eludir las leyes».

Y el art. 33.2 (LA LEY 1024/2001) que dispone: «El Abogado, en cumplimiento de su misión, actuará con libertad e independencia, sin otras limitaciones que las impuestas por la Ley y por las normas éticas y deontológicas». Y el art. 542.2 de la LOPJ (LA LEY 1694/1985) consagra la libertad al sentar que: «en su actuación ante los juzgados y tribunales, los Abogados son libres e independientes...».

El Abogado es quien decide la forma y la estrategia de la defensa. El cliente debe limitarse a indicar sus pretensiones y sus preferencias y señalar con claridad sus objetivos pero no tiene la facultad de indicar los medios de los que debe valerse el Abogado. Dentro de su libertad, éste elegirá los que le parezcan los mejores y más adecuados, según la *lex artis*. Sólo se limitará a complacer al cliente si los medios que le sugiere son tan buenos como los que él había empleado sin su consejo.

La AP de Barcelona se pronunció en este sentido cuando condenó a un Abogado que procuró engañar al Tribunal pretextando que cumplía órdenes de su cliente lo que no se estimó «... ni siquiera atenuatorio que cumpliera las órdenes de su cliente pues éste no puede imponerle actuación contraria a derecho ni, por supuesto obligarle a realizar conductas delictivas» (5) .

La libertad de defensa está condicionada por la *lex artis* y la buena fe que debe presidir la conducta de los Abogados

Se aprecia, pues, que la libertad de defensa está condicionada no sólo por la *lex artis* sino por la buena fe que debe presidir la conducta de los Abogados —y no sólo de los Abogados— y que las instrucciones de los clientes, por más contundentes que sean no pueden ser utilizadas como excepción —contra excepción— para apartarse de esa conducta que viene impuesta.

El CGAE ha resuelto que no puede ampararse en la libertad de defensa el Letrado que no acompañó los documentos

en los que su cliente fundaba su derecho en el momento procesal oportuno. Que tampoco queda a salvo de responsabilidad en razón de haber obrado en ejercicio legítimo de la libertad de defensa el que no compareció a la vista de un recurso de apelación en calidad de recurrente, provocando la confirmación de la sentencia apelada. Que la falta de presentación oportuna de un recurso —se interpuso dos días después de vencer el plazo— no podía ser amparada por la libertad de defensa. Que la no impugnación por excesivas de unas costas que, a todas luces, eran desorbitadas —importaban casi la mitad de la cuantía que se debatía en el procedimiento principal— podía considerarse el ejercicio legítimo del derecho a la libertad de defensa sino que vulneraba claramente la *lex artis*.

En cambio, se ha resuelto por los órganos de la Abogacía que la presentación de un recurso de apelación, sin instrucciones del cliente, es manifestación de la libertad de defensa si, de acuerdo con el leal saber y entender del Letrado, existían condiciones para su prosperabilidad. Ello aunque el Tribunal desestimase el recurso con imposición de costas al recurrente. Y que, la situación contraria también era amparable. El Letrado no interpuso recurso porque carecía de instrucciones, le era imposible obtenerlas en el breve plazo para deducir el recurso y estimó —según su criterio— que el recurso no era sostenible porque la sentencia estaba bien fundamentada y que una eventual apelación produciría una condena en costas.

También se ha resuelto que no es contrario a la deontología el no presentar determinados medios de prueba que han sido suministrados por el cliente. El Letrado puede legítimamente decidir la estrategia más adecuada, a su juicio, para la defensa y debe imponerse frente a su cliente que, pensando erróneamente que conoce su caso mejor que el profesional pretende convencerle de su criterio.

Para enfrentar estas situaciones, el CD prevé la abstención o renuncia del Letrado cuando existe ese disenso personal con el cliente en opiniones o en conducta ya que el asunto es siempre del cliente y no del Abogado por lo que le está vedado tratar de obligar a su cliente a pasar por sus criterios.

Así pues, podría describirse la libertad de defensa de acuerdo con estas sencillas expresiones. Quien manda en esta especial relación entre el cliente y el Abogado es el segundo, pero el primero es el dueño del asunto. Por eso, tiene la libertad de elegir quién debe dirigirlo y de cambiar en cualquier momento de director. El director tiene que ejercer su función: dirigir, pero sabe que debe hacerlo con mesura y dando todas las explicaciones que corresponden si aprecia en algo su actuación ya que sabe o debe saber que en cualquier momento puede ser cesado.

Cuando el director del asunto y el dueño del asunto disienten de manera importante sobre algo que tiene trascendencia para su desarrollo futuro, algo con consecuencias y no un mero detalle, el director tiene dos alternativas: una, renunciar a su misión si ya ha comenzado a ejercerla o abstenerse de comenzarla, en caso contrario; y otra, si la trascendencia del asunto puede medirse y las consecuencias desfavorables son sólo para el cliente, aceptar sus instrucciones, salvando su opinión mediante un informe razonado de la situación como la ve.

Por eso, «No puede considerarse sancionable deontológicamente el hecho de no haber obtenido una resolución favorable... el Abogado es independiente (en realidad goza de libertad de defensa) en el ejercicio de su profesión, y viene obligado a la máxima diligencia en la llevanza de los intereses de sus clientes, pero no está obligado a la obtención de resultados que no dependen de su única voluntad...».

III. LA LIBERTAD DE ELECCIÓN DEL CLIENTE

A pesar de su obligatoriedad, en algunos casos, la defensa es libre. El justiciable tiene el derecho a elegir su Abogado. El art. 545 de la LOPJ (LA LEY 1694/1985) lo expresa literalmente.

Con la excepción que se contiene en los art. 27 (LA LEY 106/1996) y 28 de la Ley 1/1996 de 10 de enero (LA LEY 106/1996) de asistencia jurídica gratuita. La designación de un Abogado en turno de oficio cuando se ostenta el derecho a la asistencia jurídica gratuita quiebra pues el principio de la libertad de elección del cliente del Abogado que estima digno de su confianza y tiene que aceptar el que le designa el Colegio de Abogados a quien la ley confiere esa misión. Con todo, la Abogacía prefiere que se consagre la libertad de elección en la defensa de quienes gozan del derecho a la asistencia jurídica gratuita y así lo expresa el Preámbulo del CD:

La ley quiere que —salvo los casos de designación de oficio (6) — la elección se realice libremente, sin presiones. Además de la normativa sobre competencia desleal y diversas disposiciones deontológicas sobre la materia, el art. 520.4 de la LECr (LA LEY 1/1882) prohíbe a la autoridad judicial y los funcionarios bajo cuya custodia se encuentre el detenido o preso, de hacerle recomendaciones sobre la elección de Abogado.

Pero no sólo el cliente disfruta del derecho a la libertad de elección sino también, y a pesar de que ninguna norma lo proclame como principio, existe la libertad de elección del Abogado. No sólo el cliente elige libremente a su Abogado: el Abogado elige libremente a su cliente. Así lo indica el Preámbulo del CD y el art. 13.3. (LA LEY 15008/2002)

Esta libertad está restringida también en el caso de nombramiento en turno de oficio según los arts. 31 (LA LEY 106/1996) y 32 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita. (LA LEY 106/1996)

En todos los Colegios de Abogados, la adscripción en el Turno de Oficio es enteramente voluntaria y, por eso, ningún Letrado está obligado a hacerse cargo de la defensa de un asunto, salvo que libremente se integre en el servicio. Así pues, salvo para las situaciones de clientes a los que les asiste el derecho a la justicia gratuita, el establecimiento de la relación cliente-Abogado es libre. Libertad de elección tanto del cliente cuanto del Abogado.

Así lo proclama el art. 26.1 (LA LEY 1024/2001) del Estatuto General de la Abogacía Española: «Los Abogados tendrán plena libertad de 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».

La libertad tiene limitaciones a la hora de la renuncia

Con todo, esa libertad que al principio de la relación cliente-Abogado es plena para establecerla o no, sufre en su desarrollo importantes restricciones ya que, además del cumplimiento de la obligación de defensa que le es encomendada con el «máximo celo y diligencia, y guardando el secreto profesional», «el Abogado tiene la obligación, mientras esté asumiendo la defensa de llevarla a término en su integridad», según dispone el art. 13.11 del CD (LA LEY 15008/2002).

Y la libertad también tiene limitaciones a la hora de la renuncia. Si bien en principio y como quiera que «la relación del Abogado con el cliente tiene que fundarse en la recíproca confianza», según dispone el art. 13.1 del CD (LA LEY 15008/2002), el Abogado debe «abstenerse o cesar en la intervención cuando surjan discrepancias con el cliente. Deberá hacerlo siempre que concurran circunstancias que puedan afectar a su plena libertad e independencia en la defensa o a la obligación del secreto profesional».

En todo caso puede, aun cuando no se produzca esta circunstancia renunciar al encargo profesional que tiene encomendado y sin expresión de causa. Sin embargo, para ejercer ese derecho «habrá de realizar los actos necesarios para evitar la indefensión de su cliente».

Los Abogados deberán llevar a término los encargos profesionales una vez que los acepten con la máxima diligencia, y no sólo con celo sino además con pericia. Por eso, «el Abogado no aceptará ningún asunto si no se considera o no debiera considerarse competente para dirigirlo, a menos que colabore con un Abogado que lo sea», según el art. 13.9 (LA LEY 15008/2002). Muchas veces es difícil ejercer la libertad de elegir al cliente. A veces, por un legítimo deseo de aceptar un asunto que resulta prometedor, otras veces, porque por razones familiares, de amistad o de relación social resulta violento negarse atender a quien demanda los servicios, y las más de las veces, porque no hemos sido educados para negarnos cuando somos requeridos.

No debe olvidarse al admitir un asunto que se está renunciando a una parte importante de la libertad y que a la larga el cliente no recuerda si la aceptación del letrado fue por un compromiso o un interés y lo único que le preocupa es el resultado, si bien la información constante al cliente permite que éste se sienta participe y no sólo espectador de la situación.

IV. LA LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO

La libertad de establecimiento consiste en la facultad de moverse libremente, residir allí donde parezca oportuno y funcionar de la manera que se estime más conveniente.

La libertad de establecimiento está consagrada en la Directiva 985/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 16 de febrero de 1998 encaminada a facilitar el ejercicio permanente de la profesión de Abogado en un Estado miembro distinto de aquel en el que se haya adquirido la calificación publicada en el Diario Oficial L 77 de 14 de marzo de 1998 (7) , cuya transposición al derecho español se verificó mediante RD 936/2001 de 3 de agosto (LA LEY 1195/2001) (BOE del día 4 y con vigencia desde el 5 de agosto) (8) .

Desde mucho antes, el Abogado gozaba de libertad de establecimiento dentro de España. En efecto, puede establecerse en cualquier parte del territorio nacional, colegiarse en cuantos Colegios estime convenientes, darse de baja en un determinado Colegio, trasladar su despacho al territorio de otro, causar alta en el nuevo Colegio o incorporarse a todos los que desee.

El art. 17 del EGAE regula el ámbito europeo de actuación profesional del Abogado, eliminando las habilitaciones o contraprestaciones económicas. La Ley 25/2009 (LA LEY 23130/2009) elimina la obligación de comunicación de actuaciones.

A pesar de esa libertad, el Abogado está obligado a «Mantener despacho profesional abierto, propio, ajeno o de empresa, en el territorio del Colegio en cuyo ámbito esté incorporado y ejerza habitualmente su profesión». [Art. 31 letra b) del EGAE (LA LEY 1024/2001)]. Y a «Comunicar su domicilio y los eventuales cambios del mismo, al Colegio en los que esté incorporado». (Letra c) (LA LEY 1024/2001).

Así pues, el Abogado goza de plena libertad de desplazamiento, antes en España, hoy en Europa para ejercer su profesión, no sólo en régimen de libre prestación de servicios sino en régimen de libertad de desplazamiento. No hay limitaciones de ninguna clase sobre cuantos despachos puede mantener un Abogado. La única obligación es que mantenga uno.

Como es sabido, otros operadores jurídicos tienen obligación de residencia y limitación en el número de despachos que mantengan (9) . A diferencia de estos operadores jurídicos, el Abogado no está sometido ni a la obligación de residencia ni a limitaciones de ninguna clase en cuanto a movilidad: es una manifestación del principio de libertad ya que, de existir estas restricciones, de manera indirecta se estaría restringiendo también el principio de libertad de defensa al quedar condicionado el ejercicio a determinadas condiciones.

Las antiguas limitaciones en cuanto la colegiación en las Corporaciones donde se iba a prestar servicios sustituida por el pago de unos derechos ha desaparecido desde hace más de diez años.

V. LA LIBERTAD FUNCIONAL

Existe también la que podemos calificar como libertad funcional o competencial.

Al no estar reconocidas las especialidades del derecho, el Abogado puede dedicarse libremente a cualquiera de ellas sin necesitar de acreditar conocimientos o aptitudes especiales. Su única limitación se encuentra en lo previsto en el art. 13.8 del CD (LA LEY 15008/2002) que le impide aceptar asuntos para los cuales no se considera o no debería considerarse capacitado, salvo que se encuentre en colaboración con otro Abogado que sí lo esté.

Dentro de esta libertad funcional se encuentra la posibilidad de acudir ante los Tribunales de cualquier grado o jurisdicción sin restricción de ninguna clase, desde el instante mismo de su colegiación. Esta libérrima posibilidad ha sido objeto de numerosas críticas y no es corriente en los países de nuestro entorno donde además de establecerse requisitos notablemente más rígidos para el acceso a la profesión se establece un sistema de adquisición gradual de facultades (10) .

En España, no hay más restricciones que las que se establecen para asumir la defensa en turno de oficio en razón de la Orden Ministerial de 3 de junio de 1997 (LA LEY 2182/1997) que establece los requisitos generales mínimos de formación y especialización necesarios para prestar los servicios de asistencia jurídica gratuita exigiendo la necesidad de contar con un plazo mínimo de colegiación, tres años, para acceder a los servicios del turno de oficio y la aprobación de los cursos de la Escuela de Práctica Jurídica u otros cursos equivalentes.

Esta limitación tiene una explicación por lo menos bienintencionada: al no existir especialización en la Abogacía al no poder compararse con elementos objetivos que puedan determinar una mayor o menor capacitación se recurre al tiempo de colegiación con la esperanza de que ese período facilite la formación práctica del Abogado que no experimente con los justiciables de menos recursos. El argumento que se utiliza por los críticos de esta norma es que al día siguiente de la colegiación del nuevo Letrado, sin esperar tres años ni asistir a curso alguno puede informar ante el Tribunal Supremo o formalizar un recurso de inconstitucionalidad.

No es parangonable la situación por cuanto cualquiera de esas labores se realizará mediando la voluntad de las partes cliente-Abogado que se desenvuelve en la contratación privada con plena independencia. Muy distinta es la situación del titular del derecho a la asistencia jurídica gratuita que hasta el día de hoy no tiene la facultad de elegir

libremente a su Abogado. Es verdad que los Colegios han desarrollado una labor encomiable para mejorar cada vez más la organización de la prestación del servicio de asistencia jurídica gratuita y a partir de la creación de los turnos especiales, menores, extranjería, penitenciario y violencia doméstica, se imparte cursos de formación obligatoria y periódica para permanecer en el servicio si no se aprueban.

Dentro de sus facultades de autorregulación, los Consejos y los Colegios de Abogados han establecido requisitos mínimos de formación para esas determinadas materias (11) .

VI. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

La libertad de expresión está consagrada en la CE como derecho fundamental. El Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950 (LA LEY 16/1950) (12) la establece expresamente.

En relación al Abogado, la LOPJ (LA LEY 1694/1985) equipara la libertad de expresión a la libertad de defensa porque 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.

El art. 542.2 expresa: «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».

Ya lo ha expresado el Tribunal Constitucional (13) calificando la libertad de expresión «... del Abogado en el ejercicio de su función de defensa... como un supuesto particularmente cualificado de esta libertad fundamental...».

Pero esa libertad, la de del Abogado en la defensa de su cliente debe ser modulada por el respeto por parte del Abogado hacia los demás sujetos que intervienen en el proceso y en la función de administrar justicia.

El estudio de la libertad de expresión de los Abogados se centra en los límites de tal libertad para determinar qué expresiones son las que legítimamente pueden proferirse y cuáles, si algunas, no.

El CD, en su Preámbulo, predica el respeto a la parte contraria, a los Tribunales —art. 11 (LA LEY 15008/2002)— al carácter contradictorio de los juicios —letra g) del mismo artículo— a los Abogados (art. 12).

El EGEA lo impone entre las obligaciones del Letrado para con los órganos jurisdiccionales (14) , a la Justicia (15) , a la Junta de Gobierno (16) .

Así pues, se debe respetar a las personas, a muchas cosas, a las ideas, criterios y opiniones ajenas y a través de la expresión, no faltar el respeto debido. El problema radica en que tanto el respeto como la falta de respeto son eminentemente subjetivos, temporales y mudables. Lo que para uno puede ser una ofensa, para otro puede no pasar más allá de un simple desagrado. Lo que hoy puede constituir un agravio, mañana puede ser una expresión usual e intrascendente.

El TC se ha pronunciado en numerosas oportunidades sobre la calificación de las expresiones, partiendo siempre de la base de la distinción entre la función y la persona que la ejerce, por una parte y el límite del ejercicio de la libertad: el insulto y la descalificación. Pero no sólo el insulto y la descalificación sino cuando son gratuitos (17) .

El Alto Tribunal ha ido dictando un conjunto de sentencias que van configurando la doctrina sobre libertad de expresión del Abogado (18) .

Los Colegios de Abogados tienen la misión de amparar a sus colegiados ex art. 41 del EGAE (LA LEY 1024/2001) cuando éstos consideran amagada —entre otras— su libertad de expresión.

No solamente con los Jueces y Magistrados se puede producir un presunto exceso en las formas del Abogado. También contra los compañeros de profesión. Los Consejos de la Abogacía han sancionado en múltiples oportunidades por la comisión de una falta al proferir determinadas expresiones.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 23 de noviembre de 1998 (19) al desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución del CGAE que confirmaba la sanción impuesta a un Letrado por un Colegio por llamar «cerril» y «tan obtuso» a un compañero de profesión, ya que constituían «claramente expresiones vejatorias que no pueden ser amparadas por la libertad de expresión y el derecho de defensa, constituyendo un acto de desconsideración manifiesta hacia un compañero en el ejercicio de la actividad profesional, falta de respeto y de consideración que ha sido correctamente valorada por el Colegio de Abogados».

En cambio, tanto por un Colegio de Abogados, cuanto por el CGAE y por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Palma de Mallorca (20) se estimó que no vulneraba los límites de la libertad de expresión los términos «un claro supuesto de mala fe, abuso de derecho y ejercicio antisocial del derecho ya que la actora o el señor... han venido realizando una actividad francamente molesta, sin amparo legal alguno y con total desprecio a las más elementales normas de convivencia social».

Para ir concluyendo, parece oportuno citar a DEL ROSAL (21) «Lo que implica que en méritos de la libertad de expresión no resulta exigible a los Abogados que acierten en los alegatos que puedan elegir ni tampoco que éstos deban ser compartidos por las demás partes o los jueces actuantes. Ni que éstos alcancen a ser construidos con los cánones más exquisitos o académicos de la lengua, la gramática, la elegancia, la cortesía, la diplomacia o la didáctica o de cuantas artes, como la retórica, disciplinan la buena argumentación dialéctica en el foro. Ni que, con ser deseable, respeten las reglas estrictas de la buena educación, la prudencia, la medida o la oportunidad.

No. Sólo significa que el Abogado debe poder expresar cuanto estime oportuno, sin ser limitado, coartado, constreñido o perseguido por ello, salvo que supere los citados límites del insulto y la descalificación personal».

La libertad de expresión no puede ser el vehículo intelectual de la difamación ni de la lesión a la dignidad personal

El Tribunal Supremo, en sus sentencias de 13 de julio de 1992 (22) y 5 de octubre de ese año (23) pretende resumir la doctrina jurisprudencial sobre estos extremos en textos prácticamente idénticos: «La libertad de expresión, por consistir en formulación de opiniones, juicios o creencias personales que no aspiran a sentar hechos o a afirmar datos objetivos, tiene como límite la ausencia de expresiones inequívocamente injuriosas o vejatorias, sin relación con las ideas u opiniones que se expresan y que resultan necesarias para la exposición de las mismas» (24) .

Por eso, 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 resulten ser un vejamen o insulto que atacan el derecho al honor sin paliativo alguno.

Como conclusiones de la libertad de expresión del Abogado en el ejercicio de la defensa se pueden enumerar:

- 1.** Que la libertad de expresión es un derecho fundamental que los textos más importantes consagran de manera expresa.
- 2.** Que la libertad de expresión del Abogado es aún más cualificada que la del resto de los ciudadanos, es «especialmente resistente», «inmune a restricciones que en otro contexto habrían de operar» y tiene una consagración constitucional, legal y estatutaria.
- 3.** Que esa especial cualificación no se motiva por el titular del derecho —el Abogado— sino por el objeto que se persigue, el derecho de defensa. Por eso, por ejemplo, cuando el Abogado actúa como un particular, su derecho de expresión no está singularmente protegido.
- 4.** Que el derecho no es absoluto sino que está limitado por otros valores o bienes jurídicos dignos de protección pero, sin embargo, es preferente.
- 5.** Que es límite en la libertad de expresión el respeto estando proscrito el insulto y la descalificación ad hominem y cuando es gratuito, esto es, innecesario para la defensa.
- 6.** Que en la depuración de las responsabilidades por el abuso de la libertad de expresión, la vía disciplinaria es preferente a la penal, salvo que constituyan delito, no solamente, falta.
- 7.** Que puede criticarse, incluso con dureza y vehemencia y utilizando expresiones molestas las resoluciones judiciales y que tal crítica no afecta a la persona autora de tales resoluciones.
- 8.** Que las expresiones deben estimarse siempre en su contexto y, por eso, en los escritos forenses se produce una cierta permisividad en la contundencia de los argumentos y la firmeza o severidad de sus términos.

9. Que la libertad de expresión del Abogado no sólo puede ejercerse ante los Tribunales sino en cualquier otra actuación en la que se actúe en defensa de un cliente.
10. Que la actuación esperable de un Abogado en Sala es diferente a la que puede tener en la oficina judicial.
11. Que la línea entre lo permitido y lo proscrito en cuanto al ejercicio de la libertad de expresión es tenue y sinuosa y depende, muchas veces, de las circunstancias del caso y hasta de los criterios de los Jueces.
12. Que corresponde a los Colegios de Abogados el amparo de sus colegiados para proteger la efectividad del derecho a la libertad de expresión como manifestación del derecho de defensa.

- (1) Este artículo es un extracto de la obra «Manual de deontología para abogados», de Nielson Sánchez Stewart, LA LEY, Editorial Wolters Kluwer, 2012.
- (2) Ver MARTÍ MINGARRO, Luis, «Discurso con ocasión de la entrega de la Medalla de Oro del Colegio de Abogados de Madrid a Su Majestad el Rey», junio de 1996.
- (3) Redactado según la Sexta Enmienda aprobada el 15 de diciembre de 1791.
- (4) Ya antes se había reconocido este derecho —a la defensa— en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950 que España no ratificó hasta el 26 de septiembre de 1979 y fue publicado en el Boletín Oficial del Estado de 10 de octubre de 1979 y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General 217 A (iii) del 10 de diciembre de 1948 y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos celebrada en San José (Costa Rica) del 7 al 22 de noviembre de 1969 y, por supuesto, en la Convención Europea de Derechos Humanos.
- (5) Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Décima de 7 de noviembre de 1997, Ponente señor Gimeno Jubero.
- (6) El Reglamento de Asistencia Jurídica Gratuita aprobado por acuerdo del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía el 26 de febrero de 2008 prevé la libre elección de Letrado cuando se trata de víctimas de violencia de género.
- (7) Aprobada en cumplimiento del art. 39 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea.
- (8) El criterio de distinción entre la libre prestación de servicios y el establecimiento ha sido definido por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la sentencia de 30 de noviembre de 1995, asunto Gebhard (C-55/1994, Rec. P. I-4186).
- (9) Notarios, Registradores, Funcionarios públicos. La situación de los Procuradores de los Tribunales ha sido modificado en la transposición de la Directiva de Servicios.
- (10) Así, en Portugal, en Francia, en Alemania, en Dinamarca, en Grecia, en Holanda, en el Reino Unido, en Escocia y en Irlanda del Norte, en Austria, en Chipre, en Chequia y en Eslovaquia. También en Hungría, donde la situación es en todo similar a la de Austria: no hay restricción funcional pero sí geográfica, en Noruega, en Eslovenia, en Suiza y en Italia.
- (11) La Ley Orgánica 5/2000 reguladora de la responsabilidad penal de los menores estableció por vez primera el concepto de especialidad de los Abogados en el ejercicio de su profesión.
- (12) El TEDH ha ido creando un cuerpo de doctrina sobre el particular cuya casuística es muy interesante.
- (13) STC 157/1996 de 15 de octubre, Ponente señor Cruz Villalón. En esa sentencia se anula una sanción impuesta a una Abogada de Barcelona que denunciaba vehementemente las que resultaron ser irregularidades en el reparto de asuntos penales que se turnaban con frecuencia al Juzgado a cargo de un Juez que luego resultó condenado por graves delitos.
- (14) Art. 36.
- (15) Art. 37.
- (16) Art. 85 letra c) cuando es grave y 86, cuando es leve.
- (17) DEL ROSAL, Rafael, en «La libertad de expresión del Abogado en el ejercicio de la defensa », en OTROSÍ, Revista del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, junio 2005, pág. 36 y ss. critica el término y declara su preferencia por «personal» ya que estima que, por una parte, es equívoco, abierto y «traslada al juzgador, convirtiéndolo en juez y parte, la facultad de medir la necesidad de un alegato».
- (18) SSTCC núms. 6/1981 de 16 de marzo, Ponente señor Rubio Lorente, 114/1986 de 29 de noviembre, Ponente señor Díez Picazo y Ponce de León, 107/1988 de 8 de junio, Ponente señor Díaz Eimil, 121/1989 de 3 de julio, Ponente señor Rodríguez-Piñero y Bravo- Ferrer, 223/1992 de 14 de diciembre, Ponente señor de Mendizábal Allende, 46/1998 de 2 de marzo, Ponente señor Gabaldón López, 113/2000, de 5 de mayo, Ponente señor Cachón Villar, 184/2001 de 17 de septiembre, Ponente señor Conde Martín de Hijas, 226/2001, de 26 de noviembre, Ponente señor Giménez Sánchez, 79/2002, de 8 de abril, Ponente señor Garrido Falla, 235/2002 de 9 de diciembre, Ponente señor Vives Antón, Reyes 65/2004 de 19 de abril, Ponente señor Vives Antón, 197/2004 de 15 de noviembre, Ponente señor Aragón Reyes, 155/2006 de 22 de mayo, Ponente señor Aragón Reyes, 338/2006 de

11 de diciembre, Ponente señor Jiménez Sánchez, AATC 76/1998, 16 de marzo, 299/2000, de 13 diciembre, 10/2000, de 11 de enero, 299/2000 de 13 de diciembre, entre otros muchos.

(19) Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, Sala de lo Contencioso-Administrativo de 23 de noviembre de 1998, núm. 1054/1998, Ponente señor Ruiz Ballesteros.

(20) Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Palma de Mallorca de fecha 4 de noviembre de 2003.

(21) DEL ROSAL, Rafael, «La libertad de expresión del Abogado en el ejercicio de la defensa», citado.

(22) STS, Sala Primera de 13 de julio de 1992, Ponente señor Martínez Calcerrada y Gómez.

(23) STS, Sala Primera de 5 de octubre de 1992, Ponente señor Martínez Calcerrada y Gómez.

(24) En el mismo sentido, las SSTS, Sala Primera de 9 de enero de 1991, Ponente señor Fernández-Cid de Termes, 2 de marzo de 1991, Ponente señor Santos Briz, 6 de junio de 1992, Ponente señor Morales Morales, 15 de junio de 1993, Ponente señor Martínez-Calcerrada y Gómez.
