

LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN
DEL ABOGADO
CON OCASIÓN DEL EJERCICIO
DE SU FUNCIÓN

DISCURSO DE INGRESO EN ESTA REAL CORPORACIÓN
pronunciado por el Académico Correspondiente
Ilmo. Sr. D. LUIS JAVIER GUTIÉRREZ JEREZ



PRESENTACIÓN a cargo del
Excmo. Sr. D. JOSÉ CALABRÚS LARA
Académico de Número



REAL ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN

Granada, 2021

LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN
DEL ABOGADO
CON OCASIÓN DEL EJERCICIO
DE SU FUNCIÓN

DISCURSO DE INGRESO EN ESTA REAL CORPORACIÓN

pronunciado por el Académico Correspondiente

Ilmo. Sr. D. LUIS JAVIER GUTIÉRREZ JEREZ



PRESENTACIÓN a cargo del

Excmo. Sr. D. JOSÉ CALABRÚS LARA

Académico de Número



REAL ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN

Granada, 27 de mayo de 2021

Publicaciones de la Real Academia de Jurisprudencia
y Legislación de Granada

Coordinación: José Soto Ruiz

Diseño y maqueta: Susana Martínez Ballesteros

Depósito legal: GR 1032-2021

I.S.B.N.: 978-84-09-31919-0

Imprime: Imprenta del Arco, Granada

«Publicación no venal»

PRESENTACIÓN



Excmo. Sr. D. JOSÉ CALABRÚS LARA

CON LA VENIA excelentísimo señor presidente, excelentes e ilustrísimos señores y señoras académicos, autoridades, señoras y señores, querido Luis Javier:

Agradezco el encargo de la Real Academia de presentar en este acto al nuevo académico correspondiente, el ilustrísimo doctor don Luis Javier Gutiérrez Jerez, que asumo honrado, no solo por la alta representación que se me confiere, sino también por la petición del destinatario, que evidencia una recíproca estima y consideración.

No debe extrañar que un abogado realice la loa de un docente y me van a permitir que invoque a Rudolph von Jhering, que en su *Carta sobre la relación entre la teoría y la práctica en la hora actual* (1862) decía:

Si los prácticos tuviéramos que fabricar nosotros mismos nuestro armamento, si tuviéramos que editar las Basílicas, desenterrar a Gayo, comentar el Corpus Iuris, escribir los compendios de las Pandectas, etc., no nos alcanzaría el tiempo, de tanto trabajo preparatorio, para ejercer nuestra profesión. En vez de blandir la espada de la justicia, tendríamos que templarla y afilarla. El afilador afila la navaja, y el barbero la usa para afeitar. Quien se hace rasurar por un afilador, solo

puede culparse a sí mismo si sale con la cara desollada. Claro está que cuando se aprende el oficio de barbero no se incluye un aprendizaje en el arte de afilar los instrumentos, y es en este punto donde nuestra profesión difiere de las antedichas: nosotros, los prácticos sí vamos a la escuela de los teóricos.

Estas palabras de Jhering, filósofo jurídico, innovador en tema tan nuclear del derecho civil como es la posesión, enmendando la plana a F. C. de Savigny, me lleva a encarar de modo diferente la presentación de Luis Javier Gutiérrez Jerez y su discurso de ingreso como académico correspondiente. Estamos ante un gran teórico, con magnífica formación de opositor y catedrático, que también cultiva y conoce la aplicación práctica del derecho, como abogado y como juez. Al final, de un modo u otro todos hemos superado la dicotomía de antaño que nos advertía Jhering, aun a riesgo —los más osados— de «salir con la cara desollada».

El nuevo académico ha preferido renunciar a la comodidad de labrar la tierra propia, disertando de cualquier tema de su ocupación habitual como profesor de derecho civil, experto en sucesiones, para venir a cultivar en la periferia de una profesión que también ha ejercido y viene a hablarnos de la libertad de expresión del abogado en el ejercicio de sus funciones. Con ello nos regala otra lección: la unicidad del ordenamiento jurídico, la superación de compartimentos y parcelas cuando de resolver problemas esenciales se trata.

Es difícil transmitir en sus justos términos los perfiles de la figura poliédrica de Luis Javier Gutiérrez Jerez en los pocos minutos de que dispongo, que se detraen del

tiempo destinado a escuchar todo lo que tiene que decirnos.

Vayamos a los orígenes. Nuestro nuevo académico hunde sus raíces en el Santo Reino, en la misma frontera del reino granadino, Cabra del Santo Cristo, patria de su madre, hermana del inolvidable doctor Diego Jerez Justicia, médico humanista, epígono del doctor Marañón con quien se formó no solo en Medicina. Fue director del Instituto de Estudios Giennenses y miembro de la Junta de Oficiales de la Real Sociedad Económica de Amigos del País. Como tantas familias de Jaén, la de Luis Javier fue a Granada en busca de cultura y formación y la obtuvo. El joven estudiante, a partir de su formación jurídica granadina, en las aulas que circundan el patio del Padre Suárez, queda prendado del mundo cultural y la belleza y el embrujo granadino y, desde entonces, tiene el corazón partido a un lado y otro del Puerto Carretero.

Para salvar sus dos amores practica lo que —no exento de mordacidad por mi parte— he calificado de «guadalajarismo granadino», un mal —no es este el caso— que asolaba —no sé si aún— el claustro universitario jienense en sus comienzos. Insisto, no es este el caso, por un lado, están sus raíces familiares y, por otro —y sus obras lo evidencian— no se puede construir tal currículo yendo de un lado a otro, cuando a la labor docente e investigadora se suma el constante desempeño de cargos académicos y, además, la función jurisdiccional. Para conocer su trayectoria no es preciso elucubrar, es preferible, dado el volumen y objetividad de su *curricula*, atenerse al contenido.

Licenciado en Derecho por la Universidad de Granada en 1986 y con la calificación de Sobresaliente, inicia la preparación de oposiciones para el ingreso en el Notariado, seis fértiles años de estudio que marcaron su futuro como iusprivatista.

En 1993 ingresa como Profesor Asociado en la Universidad de Granada. Cursa el Programa de Doctorado y obtiene el Grado de Doctor en Derecho en Granada con la máxima calificación y mención *cum laude* por unanimidad en 1996, por su tesis doctoral *El legado de usufructo en el Derecho Civil Común*.

Accede al Cuerpo de Profesores Titulares de Universidad por concurso-oposición en 1998 obteniendo plaza en el Claustro de Profesorado de la Universidad de Jaén. En 2013 fue acreditado por la Agencia Nacional de Evaluación y Acreditación para el ingreso en el Cuerpo de Catedráticos de Universidad, en la especialidad de Derecho Civil, ganando por concurso-oposición la plaza de Catedrático titular de la Universidad de Jaén en abril de 2018. Tiene reconocidos por la ANECA cinco sexenios de investigación y otros tantos Tramos autonómicos de Actividad Profesional e Investigadora contando con el máximo reconocimiento evaluable.

Su actividad docente se inicia el Curso académico 1993/94 impartiendo, desde entonces, clases en Licenciatura y Grado, de todas las materias troncales que componen el Derecho Civil; además, ha impartido materias específicas optativas tales como Derecho Agrario, Derecho de la Construcción, Derecho de la Empresa, Régimen jurídico aplicable a las Técnicas de Reproducción

asistida y el Trasplante de Órganos y Derecho Ambiental. En Tercer ciclo participa en diversos programas específicos desarrollados tanto en la Universidad de Granada como en la Universidad de Jaén.

Por todo ello ha obtenido una evaluación conjunta de 80 puntos sobre 100 (Excelente), según informe de la Comisión de Evaluación de la Calidad de la Universidad de Jaén, conforme a protocolo aprobado por la AGAE; así como la puntuación igual o superior a 4,5 puntos sobre 5 en las encuestas realizadas por el Instituto Andaluz de Prospectiva, realizadas a sus alumnos. Tiene reconocidos cinco quinquenios docentes y nueve trienios funcionariales.

Además de su labor en la formación de abogados, también ha impartido Cursos especiales para funcionarios y profesionales a través del Instituto Andaluz de Administración Pública, diputaciones provinciales, ayuntamientos, consejos generales y colegios profesionales.

Su actividad investigadora se ha centrado en temas como la Responsabilidad civil profesional, el Derecho hipotecario, Apoderamiento, Fe pública, Derecho de sucesiones en general y Derecho agrario y medioambiental, Derechos reales y usufructo en particular, Derecho de obligaciones con especial dedicación al contrato de compraventa, Derecho cooperativo y Forma del negocio jurídico y seguridad jurídica preventiva, Derecho Inmobiliario y cuestiones de Ordenación de Patrimonios Familiares, entre otros.

Ha generado una extensa producción científica en diferentes materias, fruto de las cuales son seis mono-

grafías dedicadas al Derecho hereditario y el usufructo, a la protección de datos personales, a la compraventa y el dominio y a la subrogación real como institución trascendente en las diversas partes integrantes del Derecho civil, todas ellas publicadas en editoriales de prestigio: Tirant lo Blanch, Tecnos, Thomson Reuters, Aranzadi, Reus y Dijusa.

También es autor de numerosas publicaciones específicas (19) y en forma de participaciones en monografías colectivas de editoriales de prestigio y artículos doctrinales publicados en Revistas indexadas de ámbito nacional e internacional. También ha publicado (23) artículos doctrinales en las principales revistas científicas especializadas del ámbito del Derecho Civil, así como en otras profesionales especializadas (Abogacía, Notariado) y Revistas jurídicas internacionales especializadas como el Anuario de Derecho del Deporte.

Forma parte, en algunos casos como responsable-Director, de media docena de proyectos y grupos de investigación, sobre *Aspectos civiles y tributarios de las relaciones jurídicas privadas*; *Red de Investigación-Red Temática Vivienda y Familia en el siglo XXI*; *Estrategias Innovadoras en el Comercio de los Aceites de Oliva para Incrementar la Competitividad en la Cadena Alimentaria*. *Formas Societarias y Nuevas Tecnologías*, entre otros.

Dirige y ha dirigido varias Tesis y numerosos trabajos de investigación para la obtención del DEA (Diploma de Estudios Avanzados). En 2013 dirigió la tesis doctoral sobre *La Autonomía de la Voluntad de los Cónyuges en las Situaciones de Crisis Matrimonial*, del doctor y magistrado

don Víctor Moreno Velasco, que el pasado mes de abril fue recibido en esta corporación como académico correspondiente.

Ha impartido conferencias y participado en Jornadas y Seminarios especializados llevando así estas aportaciones a los ámbitos y foros académicos y profesionales más relevantes.

Ha desarrollado estancias investigadoras en Viterbo (Italia), especializada en Derecho Agrario y Agroalimentario; en las Universidades de Évora y Coimbra (Portugal), en Edimburgo (Escocia) y Buenos Aires (Argentina).

En materia de gestión universitaria, ha desempeñado los cargos de Secretario del Consejo de Departamento y de la Facultad y Decano; Director del Departamento y de las Cátedras de Derecho Notarial y de Estudios Registrales. Actualmente es Vocal del Consejo de Gobierno de la Universidad de Jaén desde 2016. También fue electo miembro de la Junta de Centro de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas y Vocal de su Junta de Gobierno y Docencia en varias legislaturas y de la Escuela Universitaria de Trabajo Social.

De su actividad extraacadémica cabe destacar que es Abogado en ejercicio del Ilustre Colegio de Abogados de Granada desde 1986; entre 1993 a 1995 ejerce bajo la tutela del recordado Luis de Angulo, de quien fue alumno en la Facultad. Con posterioridad ha sido Consejero Académico del Despacho de Abogados Martínez-Echevarría para España y Portugal.

Director del Máster de Acceso a la Abogacía por la Universidad de Jaén y coordinador de sus trabajos con

la Junta de Gobierno del Ilustre Colegio de Abogados de Jaén, así como Vocal de la Comisión Académica correspondiente a dicho Título oficial, desde 2012.

Ha sido Vocal de la Comisión de Evaluación para la Certificación de Aptitud Profesional para el Ejercicio de la Abogacía, por designación de la Junta de Gobierno del Ilustre Colegio de Abogados de Jaén, desde el 2 de julio de 2007 hasta el 27 de julio de 2015, de forma ininterrumpida.

Ha ejercido la Jurisdicción durante trece años consecutivos, desde el año judicial 2000 en que fue nombrado por el CGPJ Magistrado Suplente en la Audiencia Provincial de Jaén, habiendo intervenido en más de 2500 procedimientos civiles y penales y redactando como ponente innumerables resoluciones judiciales en materias civiles de las que muchas de ellas han sido seleccionadas por el CGPJ y publicadas en las bases de datos más utilizadas en el ámbito jurídico por su interés práctico y técnico-jurídico. Su actividad judicial ha sido valorada de forma especialmente favorable mediante informes emitidos por tres presidentes de la Audiencia Provincial consecutivos, que mantuvieron su nombramiento activo hasta el 1 de septiembre de 2013.

Preseleccionado como candidato para cubrir plaza de Magistrado en la Sala 1ª de lo Civil del Tribunal Supremo por el turno de Juristas de reconocido prestigio, participó en el concurso en 2019 en el que concurrieron como finalistas quince aspirantes con importantes méritos profesionales.

Pertenece a la Orden del Mérito de la Guardia Civil, habiendo sido condecorado con la Cruz con distintivo

blanco en 2016 por el Ministro del Interior, a propuesta de la Dirección General de la Guardia Civil, por su aportación en el marco del Convenio para el desarrollo formativo en la Academia de Guardias y Suboficiales de la Guardia Civil de Baeza (Jaén), siendo Secretario de la Comisión desde el 15 de febrero de 2016 hasta la actualidad.

Académico correspondiente de la Real Academia de San Dionisio de Ciencias, Artes y Letras de Jerez de la Frontera (2015), desarrollando una constante actividad de participación en conferencias y seminarios en el seno de la Academia, Sección jurídica.

Además de su actividad profesional, es Juez de competición deportiva (Juez Nacional de Acoso y Derribo y Juez Territorial de Raid) integrado en la Real Federación Hípica Española y en la Federación Andaluza de Hípica, así como Vocal de Comisiones de Apelación en competiciones nacionales e internacionales, lo que le aporta una experiencia especializada que permite trasladar a su actividad docente y profesional métodos específicos de aplicación de normas especializadas (Reglamentos de Competición), así como métodos de resolución de conflictos en los que es imprescindible la interpretación de las normas, quedando siempre a salvo la potestad interpretativa y ejecutiva de los Tribunales ordinarios.

Ha desarrollado actividad de asesoramiento a la Federación Ecuestre Internacional sobre Reglamentos de Competición y Responsabilidad Civil derivada de la participación y organización de competiciones deportivas.

Su actividad deportiva hípica la ha consolidado con la formación obtenida como Diplomado en Tecnificación

Ecuestre por la Real Escuela Andaluza del Arte Ecuestre de Jerez de la Frontera, en la Especialidad de Doma Clásica, con título obtenido en los años 2007 y 2008.

De esta forma ha querido compaginar su dedicación a la teoría y práctica del Derecho, acercando la Universidad a las Instituciones más relevantes de la sociedad actual y permitiendo que estas puedan extender su acción en la docencia y formación universitarias a través de su experiencia jurisdiccional y en la aplicación práctica del Derecho, con especialización jurídica teórica y práctica en Derecho Deportivo, tanto en el ámbito sustantivo como en el procesal.

Este currículum de por sí revela una personalidad poliédrica, un denso vivir y laborar, y la pluralidad de facetas: la cultura, la hípica, la actividad deportiva, revelan a un hombre abierto, culto, que se entrega a cuanto hace y le provoca interés, que vive intensamente, con independencia de su actividad universitaria y jurídica.

Su semblanza sería incompleta sin hablar de su esposa, Esperanza Alcaín Martínez, compañera desde el primer curso en la Universidad granadina y colega; Profesora Titular de Derecho Civil en Granada, Patrona de la Fundación Derecho y Discapacidad, Miembro del Foro Justicia y Discapacidad del Consejo General del Poder Judicial, autora de varios libros y especialista en dos temas de absoluta actualidad: el derecho de la persona y la discapacidad, con un compromiso personal e importantes aportaciones y colaboraciones, y el derecho de aguas. Ella siempre estuvo a su lado, impulsando sus proyectos y por su apoyo incondicional —confiesa Luis Javier— «le debo mucho de lo que soy».

El nuevo académico no ha perdido el tiempo, por el contrario, ha sido un cultivador esforzado de la ciencia jurídica y, a la vez, ha sabido disfrutar con la práctica de los conocimientos adquiridos y de una vida en plenitud. No obstante, según el profesor Juan Iglesias,

[...] un jurista que lo sea de verdad, sabe que su pensar en materia de derecho no tiene término final. Lo acabado, lo ultimado, lo perfecto está reñido con la brava y caprichosa dialéctica de la vida, a la que el derecho por modo decidido se refiere. Si alguien dijo que la vida es un «faciendum», no menos cabe afirmar del derecho.

El largo y denso currículum revela su importante trayectoria y también nos permite pronosticar que lo mejor y más fructífero, está por venir.

Es la *grata servidumbre* del servicio académico, como dijera el profesor Alvaro d'Ors, la que me permite echar agua al vino del discurso que van a oír para osar formular algunas reflexiones que la lectura del discurso me ha sugerido, que me ha permitido reflexionar sobre materias a las que he dedicado muchas horas en el desempeño de tareas corporativas de la abogacía y que me encanta, tras ejercer casi cincuenta años este oficio con pasión y me hace mirar hacia atrás con nostalgia.

Va a tratar de una cuestión central en el mundo jurídico: la defensa de los derechos, que sin ella no existirían, reducidos a meros enunciados y de la necesidad de contar para ello de herramientas adecuadas y, sobre todo, de eliminar las limitaciones a ese derecho esencial de defensa.

Es un trabajo cartesiano (quizá para la sociedad de hoy esté devaluado el concepto y cuanto suene a Rene Descartes está *demodé* y no se alcance a entender el carácter laudatorio con que lo empleo). Es metódico, lógico, racional, perfectamente estructurado y sugerente como corresponde a un buen conocedor de la materia, que sabe lo que escribe, cómo lo escribe y para qué lo escribe.

Se inicia con un planteamiento de la regulación básica de la libertad de expresión del abogado, enmarcada en el contexto de la libertad de expresión en general, la libertad de información y de pensamiento y de ideas; se detiene en el examen del concepto jurídico del honor antes de abordar el meollo de la cuestión: los distintos ámbitos en que se desenvuelve la libertad de expresión del abogado; los eventuales afectados o sujetos pasivos; y los elementos de valoración del derecho a la defensa efectiva y su afectación por la libertad de expresión; para concluir la clara y reconocida existencia de una libertad de expresión reforzada; termina con un escolio sobre las eventuales consecuencias: protección civil ante el ejercicio de un derecho de defensa extralimitado (Ley Orgánica de protección del honor).

De su contenido, me ha sido particularmente grata la idea del ejercicio de la abogacía como función «de Estado» con los atributos que le son propios: libertad, independencia, buena fe en su ejercicio y con las exigencias del secreto profesional y la protección cualificada de su libertad de expresión. Sin una abogacía de estas características no existe tutela activa de los derechos ni eficacia en el Estado de Derecho. La protección de esta

alta función le sugiere la necesidad de una Ley Orgánica del Derecho de Defensa, a la que añade la matización —que aplaudo— de un Estatuto de la Abogacía del mismo rango.

Analiza con rigor y profusión sentencias del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional sobre el contenido del derecho al honor, los ámbitos de la libertad de expresión en el ejercicio profesional y sus eventuales destinatarios, y en ello confirma y acredita la indudable existencia de una «libertad de expresión reforzada», en decir del Tribunal Constitucional (STC 113/2000 de 5 de mayo y que lejos de ser un privilegio, «trae causa del derecho fundamental a la defensa y asistencia de letrado», una «manifestación especialmente inmune a las restricciones que en otro contexto habrían de operar» (STC 204/1994 de 11 de julio).

Como este derecho de protección especial es susceptible de extralimitación por afectación de derechos de concernidos o por el uso de expresiones indudablemente insultantes, que exceden de la crítica, es difícil precisar sus límites. Al abogado, por las normas éticas de su profesión le son exigibles las «buenas maneras» tanto en el Estatuto de 2001 que imponía «probidad, lealtad y veracidad en cuanto al fondo y respeto en cuanto a la forma» y «un trato considerado y cortés, así como la abstención u omisión de cualquier acto que determine una lesión injusta para la misma» (la parte contraria). El artículo 55.2 del Estatuto aún *non nato* de 2021 exige al profesional de la Abogacía «buena fe, prudencia y lealtad» y «guardar el debido respeto a los órganos judiciales y los defensores de las otras partes» en la forma.

Intuye —hablamos de normas éticas— que en estos casos es intrascendente la actuación deontológica colegial puesto que, como tiene declarado el Tribunal Supremo en dos ocasiones (STS 5 noviembre 2008 y de 3 de septiembre de 2015), en nada afecta a la prosperabilidad de la acción ejercitada el hecho de que las expresiones proferidas hayan sido objeto o no de sanción colegial.

Una reciente sentencia del Tribunal Constitucional (142/2020 de 19 de octubre) viene a reforzar la «singular cualificación del ejercicio de la libertad de expresión por el abogado»; insiste en la «preferencia de la vía disciplinaria sobre la penal en esta clase de asuntos» y establece la prevalencia «del derecho del recurrente frente al derecho al honor del fiscal concernido» e incluso admitiendo «la existencia de expresiones vejatorias y desde luego innecesarias» termina concluyendo la inmunidad: que «la condena por un delito de injurias implicó un exceso punitivo incompatible con los derechos fundamentales invocados».

Debo terminar, tengo para mí que la razón de ser de los colegios de abogados habrá de estar —como siempre— muy vinculada a la defensa de los principios esenciales de la abogacía, las garantías del derecho de defensa, el marco en que se encuadra tanto la especial y peculiar libertad de expresión del abogado en el ejercicio de sus funciones, como el secreto profesional; sin ambos derechos, configurados como «función»: haz indivisible de derechos y deberes, no existe abogacía digna de ese nombre. Para ello tienen delegada una potestad del Estado para defender derechos, corregir excesos, proteger ataques por exigencias deontológicas.

Creo justo recordar hoy a quien el nuevo académico correspondiente viene a sustituir, al ilustrísimo señor don Luis González Gómez fallecido el pasado año, fiscal jefe que fue durante muchos años, maestro de fiscales y ejemplo de probo funcionario y servidor de la justicia, de cuya amistad gocé ya que uno y otro tuvimos la suerte de encontrar nuestras cónyuges con el dulce seseo cordobés de Baena.

El abogado es —en decir del decano Luis Martí Mingarro— un ciudadano común

[...] pero cuando surge la tarea de defender, aparece en él ese pequeño titán que llevamos dentro, ante la misión de confianza que recibe, haciendo acopio de toda la gallardía, toda la ciencia, toda la experiencia que puede recoger, acomete la tarea de tutelar los derechos e intereses ajenos con todas sus fuerzas. Ahí es donde el abogado adquiere toda su magnitud.

Quizá esta sea la clave de ese plus añadido, ese carácter reforzado a su libertad de expresión.

Reitero mi agradecimiento a la Academia que me haya encomendado oficio tan grato como presentar al impecable jurista que es Luis Javier Gutiérrez Jerez; al propio recipiendario, por su acierto al plantear tan sugerente tema, que me ha dado ocasión de opinar; gracias por su atención a todos los presentes en la Sala, a los excelentísimos e ilustrísimos señores académicos y autoridades asistentes y a quienes nos siguen telemáticamente, merced a las nuevas tecnologías que rompen aislamientos y acortan distancias.

Muchas gracias.

LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DEL ABOGADO CON OCASIÓN DEL EJERCICIO DE SU FUNCIÓN



Ilmo. Sr. D. LUIS JAVIER GUTIÉRREZ JEREZ

Excelentísimo señor presidente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Granada, excelentísimas e ilustrísimas autoridades, excelentísimos e ilustrísimos señores académicos, señoras y señores:

*M*IS PRIMERAS PALABRAS en este acto, se dirigen con todo mi agradecimiento a la Junta de Gobierno de esta Real Academia y en particular a los excelentísimos señores don Rafael López Cantal, don José Calabrús Lara y don Miguel de Angulo Rodríguez por avalar mi incorporación a esta prestigiosa Corporación, conformada por vidas antecedentes y coetáneas que constituyen un excepcional ejemplo de conocimiento, de trabajo y responsabilidad.

Este precedente asienta ya en mi corazón y en mi mente la responsabilidad de conducir mis actos siempre hacia el bien de la Academia y, sobre todo, imprime un profundo sentimiento de gratitud hacia ustedes.

He elegido para este acto un tema desvinculado en principio de mi especialidad que es el Derecho de Sucesiones, con la voluntad de centrarlo en materia plenamente forense, a la que también he estado y estoy vinculado, ejerciendo funciones jurisdiccionales en la

Audiencia Provincial de Jaén y en relación con la abogacía, con el «corazón partido» entre los ilustres colegios de abogados de Granada (mi colegio) y de Jaén (que también lo es): *La libertad de expresión del abogado con ocasión del ejercicio de su función.*

Abordaré el objetivo propuesto realizando un estudio jurisprudencial de las principales resoluciones dictadas por la Sala 1ª del Tribunal Supremo y por nuestro Tribunal Constitucional, que parecen haber diseñado dos sendas inicialmente paralelas y finalmente divergentes, añadiendo a continuación las consideraciones doctrinales oportunas y fijando algunas conclusiones en cada apartado de mi exposición.

I

REGULACION BÁSICA DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DEL ABOGADO: LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN GENERAL Y LIBERTAD DE INFORMACIÓN, PENSAMIENTO E IDEAS EN PARTICULAR

Plenamente convencido del efecto protector y de seguridad que produce el derecho a la tutela judicial efectiva por parte de Juzgados y Tribunales al amparo del artículo 24 de nuestra Constitución Española de 1978, de acuerdo con el contenido y de acuerdo con el contenido y alcance del funcional artículo 117 de dicha norma básica del Estado, debo fundar normativamente mi primera alegación ante ustedes.

Y lo haré argumentado lo dispuesto por el legislador en el artículo 542 apartado 2º de la Ley Orgánica 6/1985,

de 1 de julio, del Poder Judicial al afirmar que cuando actúen ante los Juzgados y Tribunales,

[...] serán los abogados 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.

De este precepto obtenemos los cinco perfiles esenciales del ejercicio de la abogacía como función «de Estado»:

1. Libertad.
2. Independencia.
3. Buena fe en su ejercicio.
4. Tutela especial de su función.
5. Protección de su derecho a la libertad de expresión y de gestión de la defensa de los intereses sometidos a su especial actuación.

Estas notas definitorias reguladas con ocasión de la reglamentación de la potestad y función jurisdiccional encuentran también su perfecto encuadre en el Estatuto General de la Abogacía Española, objeto de una reciente e interesante reforma operada por Real Decreto 135/2021 de 2 de marzo, que entrará en vigor el próximo 1 de julio de 2021¹ cuando en su trascendental artículo 1º declara que:

1. La Abogacía es una *profesión libre e independiente*, que asegura la efectividad del derecho fundamental de

1. Así lo establece la Disposición final cuarta del Real Decreto 135/2021 de 2 de marzo (BOE nº 71 de 24 de marzo de 2021).

- defensa y asistencia letrada y se constituye en garantía de los derechos y libertades de las personas.
2. La profesión de la Abogacía *se ejerce en régimen de libre y leal competencia*.
 3. Los profesionales de la Abogacía *deben ser personas de reconocida honorabilidad* y, en consecuencia, han de observar una trayectoria de respeto a las leyes, a los principios rectores y valores superiores de la Abogacía, a las normas deontológicas y a las buenas prácticas profesionales.
 4. Son principios rectores y valores superiores del ejercicio de la Abogacía los de *independencia, libertad, dignidad e integridad, así como el respeto del secreto profesional*.

Estos perfiles encuentran un nuevo encuadre frente al defendido o representado ante los Juzgados y Tribunales.

Frente a los primeros, cuando en el artículo 47 apartado 4^ª del mismo Estatuto General se dispone que el profesional de la Abogacía realizará, con plena libertad e independencia y bajo su responsabilidad, las actividades profesionales que le imponga la defensa del asunto que le haya sido encomendado, ateniéndose a las exigencias técnicas y deontológicas adecuadas a la tutela jurídica del asunto.

Frente a los segundos, cuando el artículo 58 declara que en su actuación ante los Juzgados y Tribunales los profesionales de la Abogacía son libres e independientes, gozarán de los derechos inherentes a la dignidad de su función y podrán solicitar ser amparados en su libertad de expresión y defensa, en los términos previstos por

las normas aplicables, amparando en todo caso la Junta de Gobierno Colegial la libertad, independencia y dignidad profesionales del abogado en su actuación ante los Tribunales de Justicia.

Queda descrito así el sobresaliente perfil del ejercicio de la abogacía como cuestión de Estado, como materia entroncada en la tutela activa de derechos fundamentales, recayendo sobre ella el importante deber de hacer creíble la vigencia y plena eficacia del Estado de Derecho.

En este sentido resultará muy interesante seguir las vicisitudes de la tramitación del denominado anteproyecto de Ley Orgánica del Derecho de Defensa que en estos momentos se está conformando por encargo del Ministro de Justicia, en cuyas sesiones de trabajo participan numerosos expertos bajo la coordinación de don Antonio Garrigues.

Lo que más llama la atención en el citado anteproyecto es la intención de que estructure un desarrollo programático y extenso del propio artículo 24 de la Constitución Española poniendo especial empeño en perfilar y definir el derecho de los ciudadanos a obtener la tutela efectiva judicial, como derecho fundamental, con lo que será, sin duda un complemento trascendental del nuevo Estatuto General de 2021, que sustituye al anterior tras veinte años de vigencia.

Pues bien, considero que esta nueva norma (que ha retrasado mucho el inicio de su tramitación) nos plantea algunas importantes cuestiones que intentaré perfilar y definir, con la limitación que corresponde a este acto:

En primer lugar, creo que es el Consejo General de la Abogacía Española quien debería liderar de forma directa las propuestas que hayan de formar parte de su contenido normativo, debiendo ser oído el criterio de los consejos territoriales de colegios de abogados.

El intento de regulación es loable e interesante, sobre todo si se observa que la abogacía es quien lidera y ejecuta el derecho de defensa como parte integrante del derecho fundamental a la tutela efectiva, que por una razón constitucional de reserva de Ley ha de regularse mediante una Ley orgánica. ¿Quedará como un simple intento programático operando en el imaginario jurídico de los próximos quinquenios? Realmente lo desconocemos, pero si el intento de regulación fuese realmente serio, abogaré con todas mis fuerzas para que reglamente la función del Abogado desde el rango normativo de Ley orgánica, como corresponde a la tutela de un derecho encuadrado y derivado en línea directa del derecho a la tutela efectiva.

Si esto es así, considero que es más adecuado, y sobre todo lógico en estrictos términos de categoría normativa, que el propio Estatuto de la Abogacía se integrase en la Ley Orgánica, con lo que obtendríamos dos normas ARMÓNICAS Y DE IGUAL RANGO, el superior, para reglamentar los dos perfiles de la Justicia: la organización funcional del poder judicial y la organización funcional de la abogacía y estructuración del derecho a la defensa, a pesar de que acaba de ser renovado aquél hace dos meses.

Desde la perspectiva normativa europea debemos hacer constar que conforme a lo dispuesto por el artículo

10 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950², toda persona tiene derecho a la libertad de expresión, comprendiendo este derecho tanto la libertad de opinión como la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que puedan existir injerencias de autoridades públicas y sin consideración de fronteras.

Hechas las anteriores consideraciones, debemos referirnos a continuación a la delimitación del derecho que incumbe al abogado para de ejercitar su función con plena libertad de expresión, que será tutelada tanto por el órgano jurisdiccional ante el que actúe como por la Junta de Gobierno del Colegio en el que se encuentre incorporado, debiendo distinguir conceptualmente la libertad para expresar conceptos y valoraciones y la simple transmisión de información.

Todos los ciudadanos contamos con la especial y directa aplicación del artículo 20 de la Constitución Española, en cuanto que se reconocen y protegen los siguientes derechos, sin posibilidad de censura a:

- a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.
- b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica.
- c) A la libertad de cátedra.

2. BOE nº 243 de 10 de octubre de 1979.

d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión.

El primero de los derechos de libre expresión, relativo a la difusión de pensamiento, ideas y opiniones incumbe, por supuesto, al abogado. Pero opera en un plano más amplio, centrandó perfectamente su condición de ciudadano libre, por encima de su condición de profesional del Derecho.

La libertad de expresión debe distinguirse de la libertad de información como conceptos diferenciados³, aunque en nuestra Jurisprudencia constitucional hay ejemplos contradictorios respecto a si ambas libertades corresponden a cualquier ciudadano por igual o no⁴.

Por ejemplo, las SSTC 6/1981 de 16 de marzo y 12/1982 de 31 de marzo, en las que se advierte que una y otra libertad corresponden a todos los ciudadanos por igual, parecen diseñar un ámbito igualitario, mientras que otras Sentencias reservan el máximo nivel de protección en el ejercicio de la libertad de información, como categoría cualificada, únicamente a los profesionales en ejercicio de su cargo (por ejemplo, los periodistas), tal y como puede deducirse del contenido de las SSTC 165/1987 de 27 de octubre y 105/1990 de 6 de junio.

3. Vid. PUERTA LUIS, L. R. «Libertad de expresión y opinión pública», en *XII Jornadas de Estudio sobre los derechos fundamentales y libertades públicas*, Ministerio de Justicia, Madrid 1992, vol. I, p. 1041.

4. Son muy interesantes las valoraciones que efectúa al respecto SANTAOLAYA LÓPEZ, F. «Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la libertad de expresión», *Revista de Administración Pública*, n.º 128/1992, pp. 186 y 187.

En realidad, no existe una postura unificada al respecto, pudiendo considerarse en ocasiones que la libertad de información de un simple ciudadano tiene el mismo nivel de protección que el de un profesional, y en otras, todo lo contrario.

La Jurisprudencia constitucional ha recogido la clave de vinculación entre la libertad de información y la libertad de expresión poniendo de manifiesto que la comunicación de hechos o noticias no se da siempre en un estado «químicamente puro», de forma que, por ejemplo en el ejercicio de profesiones como el periodismo se exige siempre el reconocimiento de una especie de «zona de inmunidad» que la Constitución ha de proteger, no solo para la libre circulación de noticias desde un plano objetivo, sino también para la libre circulación de ideas y de opiniones⁵.

Y considera el Tribunal Constitucional que es muy difícil llegar a distinguir netamente entre la libertad de expresión y la libertad para emitir informaciones, ideas y pensamientos, porque toda persona tiene derecho a la libertad de expresión y cuando actúa frente al exterior por razón de una actividad o profesión, realmente se configura una simple especialidad de la general que es aquélla⁶.

5. STC 171/1990, de 12 de noviembre en su Fundamento 10º.

6. STC 171/1990, de 12 de noviembre en su Fundamento 10º, STS 223/1992, de 14 de diciembre, especialmente en su Fundamento 1º, STS 123/1993, de 19 de abril en sus Fundamentos 2º y 3º y STC 232/1993 de 12 de julio en su Fundamento 1º.

Este elemento diferencial me lleva a afirmar que cuando el abogado actúe con ocasión del cumplimiento de su deber de defensa ante los Tribunales, estará ejercitando de forma directa y precisa la libre expresión de pensamientos e ideas como objeto cualificado del derecho a la libertad de expresión, siendo categoría especial derivada de la general contenida en el artículo 20 del texto constitucional.

Una de las principales consecuencias del ejercicio de la libertad de expresión cualificada antes descrita es, sin lugar a dudas, la posible afectación del honor de terceros, que pudieran verse afectados por la valoración, reflexión, opinión o calificación emitida por un abogado con ocasión del ejercicio de su función.

En relación con otros ámbitos, como la representación parlamentaria, que yo considero de igual y nunca inferior trascendencia que el ejercicio de la función de defensa de intereses por el Abogado, se declara por el artículo 71 apartado 1º de la Constitución Española que «los Diputados y Senadores gozarán de inviolabilidad por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones», lo que se complementa con el contenido del artículo 21 del Reglamento del Senado de 3 de mayo de 1994 cuando dispone que:

Los Senadores gozarán, aun después de haber cesado en su mandato, de inviolabilidad por las opiniones manifestadas en actos parlamentarios y por los votos emitidos en el ejercicio de su cargo.

La trascendencia de ambos preceptos radica en que se protege al emisor de las opiniones, juicios o expresio-

nes, por razón de la función superior que cumple, amparada por la Ley, debiendo notarse que, en el caso del Senado, se extiende incluso a los votos emitidos en el ejercicio de su cargo, lo cual fue ratificado por el Tribunal Constitucional en la importante Sentencia 51/1985, de 10 de abril de 1985, de la que fue ponente el excelentísimo señor don Luis Díez-Picazo y Ponce de León, con ocasión de un recurso de amparo interpuesto por el senador don Miguel Castells Arteché contra la Sentencia dictada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo en fecha 31 de octubre de 1983, en causa seguida contra el recurrente por un delito de injurias al Gobierno.

El Tribunal Constitucional desestimó el recurso de amparo interpuesto argumentando que el Senador había sobrepasado los límites de la mencionada libertad de opinión con ocasión de su función, lo que supuso la expresa declaración e imposición de límites, también a esta libertad individual.

Permítanme que lea textualmente parte del contenido del Fundamento 6º, en expresión literal del profesor Díez-Picazo:

El art. 71.1 de la Constitución dispone que «los Diputados y Senadores gozarán de inviolabilidad por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones», garantizando así la freedom of speech de los parlamentarios, genéricamente reconocida en los diferentes sistemas constitucionales democráticos.

Al margen ahora la discutida naturaleza, en el ámbito penal, de esta prerrogativa (causa de inimputabilidad para algunos, eximente de antijuridicidad desde otra perspectiva), es claro que la misma se orienta a la preservación de un ámbito cualificado de libertad en la crítica y en la decisión sin la cual, el

ejercicio de las funciones parlamentarias podría resultar mediatizado y frustrado por ello en el proceso de libre formación de voluntad del órgano.

Exactamente esto es lo que pretendo defender para consolidar el libre y eficaz ejercicio de la abogacía en España: la preservación de un ámbito cualificado de libertad en la crítica y en la decisión, sin el cual, el ejercicio de la función desempeñada por la abogacía podría resultar mediatizado, frustrando el proceso de libertad y responsabilidad que incumbe a la Justicia.

Y la cuestión alcanza una alta cota de significación jurídica cuando, con ocasión del ejercicio de la libre expresión «funcional o profesional» pudiera afectarse otro derecho fundamental como el derecho al honor, bien del cliente, del Tribunal, o la mayor parte de los casos, del Letrado contrario.

II

CUESTION PREVIA: EL CONCEPTO JURÍDICO DE HONOR AL QUE NOS REFERIMOS

En el Derecho español, no se ha considerado en todos los momentos que el prestigio profesional pueda formar parte del derecho al honor, y ha sido común la constante remisión a la vía civil tomando como base el artículo 1902 del Código Civil y la responsabilidad extracontractual.

Esta visión excluyente ha sido también muy común en Jurisprudencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo y se ha mostrado, por ejemplo, en el procedimiento se-

guido por las declaraciones realizadas por un conocido jugador de fútbol del Atlético de Madrid que afectaban gravemente el prestigio profesional del médico que le operó una lesión⁷, en el procedimiento seguido por la publicación de un anuncio con defectos de fabricación de un vehículo que afectaba a un importante concesionario nacional⁸ o en el que tuvo como objeto la publicación de un anuncio que afectaba a una persona y su hijo, que ya no prestaban servicios en una conocida empresa por haber sido cesados fulminantemente⁹.

Cuando el artículo 18 de la Constitución Española regula el derecho al honor, lo hace incluyendo otros dos derechos fundamentales como el derecho a la intimidad personal y el derecho a la propia imagen, lo que no ayuda a elaborar un perfil gráfico del su contenido, quedando el derecho como indeterminado en su concepto¹⁰.

Según el profesor SÁNCHEZ AGESTA, el honor es «esa inaprehensible estimación social que se funda en un status social, el buen nombre familiar, una buena fama personal e incluso profesional», estimación que supone una expresión sublimada de su propia dignidad, en cada persona concreta¹¹, configurándose como un derecho irre-

7. STS 21 diciembre 1989 (Rec. 1859/1986).

8. STS 9 febrero 1990 (Rec. 172/1986).

9. STS 5 octubre 1992 (Rec. 1321/1989).

10. SABATER BAYLE, E. «Intromisiones en el derecho al honor en la reciente Jurisprudencia civil», en *Bienes de la personalidad. XIII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*, Universidad de Murcia, 2008, pp. 185 y 186.

11. *Vid. Sistema político de la Constitución Española de 1978*. Madrid, 1985, p. 126.

nunciable, imprescriptible e inalienable que se extiende a los cónyuges, ascendientes, descendientes y hermanos, e incluso a sus legitimarios¹².

Nuestro Tribunal Constitucional ha declarado en Sentencia 176/1995, de 11 de diciembre¹³ con ocasión de la confrontación entre los derechos fundamentales del derecho a la libertad de expresión y el derecho al honor, que existe una auténtica colisión frontal entre dos derechos fundamentales: el que tiene como contenido la libertad de expresión y aquel otro que protege el honor.

Sin embargo, resulta especialmente llamativa la ausencia de un concepto legal de honor a los efectos de su configuración jurídica, siguiéndose en la mayoría de los casos lo que podríamos llamar, una conceptualización funcional, según sus efectos, quedando entonces al arbitrio de los Tribunales lo que en cada caso deba considerarse lesivo.

Esta visión flexible de su contenido nos recuerda la función delimitadora de la diligencia debida que el Código civil declara en su artículo 1104, cuando sin definir el concepto de diligencia afirma que se atenderá en cada caso concreto «a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar».

Sin duda, hablamos de honor y lo hacemos de la reputación de una persona, de la material y palpable absorción-emisión de valores superiores por los que se

12. *Vid. op. cit.* SÁNCHEZ AGESTA, L. *Sistema...*, p. 127.

13. *Vid.* Fundamento 3º.

conduce una persona, guiando su conducta *ad internum* y *ad externum*.

Pero lo que más dificulta la fijación de un concepto científico es su desconcertante configuración como categoría mixta, compuesta en una parte por la valoración y opinión que cada sujeto tiene de sí mismo y en parte por la valoración que la sociedad tiene de él, sin que sea posible subjetivizar u objetivar en exclusiva, pues ambos aspectos, subjetivo y objetivo lo conforman¹⁴.

Considera el Tribunal Constitucional que el contenido del derecho al honor «es lábil y fluido, cambiante» y, en definitiva, dependiente de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento, alcanzando a la persona con efectos *inter vivos* y *mortis causa*, ya que los descendientes adquieren legitimación para instar su tutela judicial conforme a nuestras leyes¹⁵.

Por último, la especial configuración del derecho al honor comprende también su tutela *post-mortem*, y como ha señalado mi querido don Mariano Alonso Pérez, Catedrático de Derecho Civil en la Universidad de Salamanca, la memoria del difunto es una prolongación de la personalidad extinguida por la muerte en aquellas personas encargadas de tutelarla frente a cualesquiera intromisiones ilegítimas, como lo prueba la legitimación procesal activa atribuida por el artículo 4 de la Ley Orgá-

14. Sobre la naturaleza mixta resultan de interés las consideraciones de O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. *Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen*. Madrid, 1991, p. 6 y ss.

15. Sentencia 176/1995, de 11 de diciembre, Fundamento 3º.

nica 1/1981 de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor¹⁶.

Según el autor, el legislador supone que los recuerdos, sentimientos, afectos y buen nombre del fallecido, lo que llamamos la *memoria defuncti*, se hace viva y presente en las personas a quienes aquél confió su defensa por vía testamentaria, a través de los familiares más próximos, o por medio de quien representa los intereses públicos de la sociedad¹⁷.

Y ciertamente, nosotros tenemos la responsabilidad de proteger la memoria y el honor de los nuestros, partiendo del presupuesto de que forma parte el honor de esos derechos inherentes a la personalidad, que dignifican y engrandecen al individuo.

Esta configuración jurídica del derecho al honor que hemos definido como lábil, fluida, cambiante y en definitiva dependiente de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento, resulta plasmada en la Jurisprudencia constitucional cuando tiene declarado que el honor es un concepto jurídico indeterminado cuya delimitación depende de las normas, valores e ideas sociales

16. *Vid.* Exposición de Motivos LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

17. ALONSO PÉREZ, M. «Daños causados a la memoria del difunto y su reparación», ponencia presentada en el *III Congreso de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, Salamanca, 2003, pp. 1-41. En línea: <http://www.asociacionabogadosrcs.org/congreso/ponencias3/PonenciaMarianoAlonsoPerez>.

vigentes en cada momento, y de ahí que los órganos judiciales dispongan de un cierto margen de apreciación a la hora de concretar en cada caso qué deba tenerse por lesivo del derecho fundamental que lo protege¹⁸.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha dado algunos pasos adelante y ha definido el abstracto contenido del derecho al honor afirmando que comprende la buena reputación de una persona, protegiéndola frente a expresiones o mensajes que puedan hacerla desmerecer en la consideración ajena por ir en su descrédito o menosprecio o al ser tenidas en el concepto público por constitutivas de afrenta.

Esta argumentación se completa afirmando que las libertades contenidas en el artículo 20 apartado 1º a) y d) de la Constitución española, ni protegen la divulgación de hechos que, defraudando el derecho de todos a recibir información veraz, no son sino simples rumores, invenciones o insinuaciones carentes de fundamento, ni ofrecen cobertura constitucional a expresiones formalmente injuriosas e innecesarias para el mensaje que se desea divulgar, en las que simplemente su emisor exterioriza su personal menosprecio o animosidad respecto del ofendido¹⁹.

En la anteriormente mencionada STC 223/1992, de 14 de diciembre se declara en este sentido, que el carácter molesto o hiriente de una opinión o una informa-

18. STC 223/1992, de 14 de diciembre.

19. STC 180/1999, de 11 de octubre y STC 297/2000, de 11 de diciembre en su Fundamento 7º.

ción, o la crítica evaluación de la conducta personal o profesional de una persona o el juicio sobre su idoneidad profesional, no constituyen por sí mismas una intromisión ilegítima en su derecho al honor, siempre que lo escrito o divulgado no sean expresiones o mensajes insultantes, insidias infamantes o vejaciones que provoquen objetivamente el descrédito de la persona a quien se refieran²⁰.

Para concluir este apartado, vista la especial configuración del derecho al honor y su complejo encaje con el derecho de libertad de expresión, y más aún con el de la libre emisión de informaciones y juicios de valor profesionales, resulta evidente que no toda crítica sobre una actividad profesional puede considerarse como una afrenta al honor personal²¹, ya que se bloquearía *de facto* el proceder profesional en numerosas ocasiones.

Una crítica activa y extensa a la pericia profesional en el desempeño de una actividad como la abogacía no puede confundirse, sin más, con un atentado al derecho

20. Este criterio es reiteradísimo en la jurisprudencia constitucional y pueden consultarse las SSTC 105/1990, de 6 de junio, Fundamento 8º; 171/1990, de 12 de noviembre, Fundamento 5º; 172/1990, de 12 de noviembre, Fundamento 2º; 190/1992, de 16 de noviembre, Fundamento 5º; 123/1993, de 31 de mayo, Fundamento 2º; 170/1994, de 7 de junio, Fundamento 2º; 3/1997, de 13 de enero, Fundamento 2º; 1/1998, 12 de enero, Fundamento 5º; 46/1998, 2 de marzo, Fundamento 6º; 180/1999, Fundamento 4º; 112/2000, de 5 de mayo, Fundamento 6; 282/2000, Fundamento 3º.

21. Es muy interesante la argumentación de RODRÍGUEZ MOLINERO, M. «Libertad de expresión y derecho al honor», en *XII Jornadas de Estudio sobre los derechos fundamentales y libertades públicas*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1992, vol. I, p. 1107.

al honor. Así lo pone de manifiesto de manera absolutamente clara y determinante el Tribunal Supremo en la Sentencia de 22 de enero de 2020 (Rec. 5934/2018) en estos dos ámbitos:

A. Respecto al campo de acción de la libertad de expresión y la de información:

La libertad de expresión, reconocida en el artículo 20 CE, presenta un campo de acción más amplio que la libertad de información porque no comprende como esta, la comunicación de hechos, sino la emisión de juicios, creencias, pensamientos y opiniones de carácter personal y subjetivo²².

B. En cuanto al contenido incluido en la protección:

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 de cada rama de conocimiento.

No siempre es fácil separar la expresión de pensamientos, ideas y opiniones garantizada por el derecho a la libertad de expresión de la simple narración de unos hechos garantizada por el derecho a la libertad de información porque cualquier expresión de pensamientos necesita a menudo apoyarse en la narración de hechos y, a la inversa.

22. Criterio sentado también por la Jurisprudencia constitucional en SSTC 104/1986, de 17 de julio, y 139/2007, de 4 de junio.

Esta fundamentación alcanzaría de lleno la labor de un abogado en el ejercicio de su función, pues para desarrollar su actividad necesitará apoyarse en la narración de hechos, valoración de testimonios, acciones y omisiones, todo ello en orden a construir una argumentación eficaz en la defensa de los intereses de su defendido.

El contenido del derecho a expresar ideas y valoraciones como manifestación de la libertad de expresión no configura un derecho ilimitado que prevalezca en todo caso sobre el derecho al honor y jamás comprende un pretendido «derecho al insulto» amparado con ocasión de la función profesional que se desempeñe en cada caso²³.

C. En cuanto al nivel o grado de transgresión exigible:

Para que se produzca un efecto lesivo relevante para el Derecho, por afectar un derecho fundamental, se requiere que la acción revista un cierto

23. Tal y como pone de manifiesto la STS 11 marzo 2021 (Rec. 72/2020) en su Fundamento de Derecho 4^º:

La libertad de expresión de la que goza el recurrente le permite manifestar sus pensamientos, ideas y opiniones, de forma crítica, agria, incluso desabrida, sobre hechos de interés general y de trascendencia social, máxime referentes a personas que ejercen cargos públicos que, por tal circunstancia, están sometidas al escrutinio ajeno y deben soportar aquellas opiniones que les pueden resultar molestas o hirientes. Ahora bien, ello no significa que el marco en el que opera legítimamente la libertad de expresión comprenda un ejercicio ilimitado, de manera tal que las personas sobre las que se dirigen dichas censuras, opiniones o pensamientos carezcan de su derecho fundamental al honor, como manifestación de su dignidad personal, de forma que puedan ser libremente vejadas, vilipendiadas o ser sujetos pasivos indefensos de la atribución de cualquier hecho que les haga desmerecer en la consideración ajena, en su fama, prestigio o autoestima.

grado de intensidad. Además, la protección del derecho al honor debe prevalecer siempre frente a la libertad de expresión cuando se emplean frases y expresiones ultrajantes u ofensivas, sin relación con las ideas u opiniones que se expongan, y, por tanto, innecesarias atendiendo el fin general o específico de la actuación profesional²⁴.

El ámbito de protección queda referido por el Tribunal Constitucional a la tutela frente a atentados en la reputación personal, entendida como la apreciación que los demás puedan tener de una persona, independientemente de sus deseos²⁵, impidiendo la difusión de expresiones o mensajes insultantes, insidias infamantes o vejaciones que provoquen objetivamente el descrédito de aquella²⁶.

El requisito de la veracidad en la transmisión de la información exigido por el artículo 20.1.d) de la Constitución, que se refiere fundamentalmente a la diligencia en el contraste de la noticia, no resulta excluido por la existencia de imprecisiones o errores circunstanciales que no afecten a la esencia de lo transmitido.

Creemos que, aunque las expresiones usadas por un Letrado para argumentar hechos o situaciones con ocasión del ejercicio de su función pudieran

24. STS 7 noviembre 2011 (Rec. 1224/2009) en su Fundamento de Derecho 5^a.

25. Así la STC 4/2003, de 28 de enero en su Fundamento 12^a.

26. STC 216/2006, de 3 de julio, Fundamento 7^o.

referirse a situaciones incompletas, no por ello resultarán lesivas en sí mismas siempre que respondan a un criterio razonable de veracidad²⁷ y de hecho, nuestra Jurisprudencia tiene declarado que la libertad de expresión ampara la emisión pública de manifestaciones críticas a una actividad empresarial o profesional, siempre que cuente con una base fáctica suficiente y sin el empleo de expresiones insultantes, aunque sean discutibles²⁸.

Para construir una eficaz argumentación jurídica será necesario analizar las circunstancias concurrentes en cada caso concreto, y como declara la importante Sentencia del Tribunal Constitucional 180/1999 de 11 de octubre, las consecuencias jurídicas dependerán de «quién, cómo, cuándo de qué forma se ha cuestionado la valía profesional del ofendido».

III ÁMBITO DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN LA ACTUACIÓN DEL ABOGADO

Nos referiremos a continuación al ámbito de la libertad de expresión en la actuación funcional del abogado, a) frente a su cliente, b) en relación al Tribunal ante el que actúa, y c) finalmente, frente al Letrado contrario en acto de juicio.

27. Así lo considera la STS 16 abril 2021 (Rec. 591/2020) en su Fundamento de Derecho 2º.

28. STS 20 abril 2021 (Rec. 1476/2020).

En relación al defendido o representado

Sin entrar en las cuestiones estrictamente procesales de fondo que afectan a los órdenes jurisdiccionales civil y penal, debemos partir de la convicción de que el derecho a ser defendido por un abogado en un acto de juicio forma parte del perfil estructural del derecho a la tutela efectiva contemplado en el artículo 24 de la Constitución Española.

Este derecho queda definido en su naturaleza como un derecho conectado causalmente con él, hasta el punto de que para que puede existir una tutela judicial efectiva, será indispensable el ejercicio de una función de defensa, también efectiva, dentro de los márgenes previstos por las leyes.

El Estatuto General de la Abogacía²⁹ dispone en su artículo 55 que el Abogado, en su condición de garante de la efectividad del derecho constitucional de defensa y de colaborador con la Administración de Justicia, está obligado a participar y cooperar con ella, asesorando, conciliando y defendiendo en Derecho los intereses que le sean confiados por sus defendidos y representados.

Tal conciliación y defensa de intereses debe ejecutarse siempre «en Derecho», es decir, conforme a las normas vigentes que regulan las relaciones jurídicas y actuaciones que sean objeto de conocimiento por parte de los Juzgados y Tribunales, e incluso las que rigen en las relaciones derivadas de la mediación o el arbitraje.

29. Real Decreto 135/2021 de 2 de marzo, BOE nº 71, de 24 de marzo.

Su actuación en relación al defendido o representado deberá acogerse en todo caso a lo previsto por el artículo 51 apartado 1 del Estatuto profesional en cuanto que está obligado a no defender intereses en conflicto con aquellos cuyo asesoramiento o defensa le haya sido encomendada o con los suyos propios y, en especial, a no defraudar la confianza de su cliente.

Esta es una cuestión fundamental que condiciona al abogado con ocasión del ejercicio de su función y deposita un enorme peso sobre sus hombros: garantizar el derecho a la tutela efectiva por la vía de la garantía del derecho a una defensa adecuada, sin defraudar la confianza de su cliente, transformando, en suma, el interés particular de este en el interés directo de la defensa, en aplicación de una especial *lex artis* profesional.

No hace falta que les señale la complejidad del reto, puesto que todos conocemos de antemano que, si el pleito se gana lo gana el cliente, y si se pierde lo pierde el abogado, reflexión o casi principio general, que debemos sobrellevar con la paciencia necesaria que exige usar nuestros principios y valores más sólidos, así como la constante presencia de un ideal de justicia que nos permita ordenar nuestros razonamientos de forma equilibrada y justa.

Juzguen ustedes mismos el alcance del dilema: el abogado debe convencer al Juez o Tribunal, actuando frente a la argumentación técnica de su compañero contrario y en ocasiones, incluso, teniendo a su cliente en contra. Es un ejercicio de integridad y convicción suprema, de actuación profundamente respetable por exigir

siempre tomar partido por lo justo para no caer en la oscuridad de lo contrario a la moral y al orden público, todo ello sazonado con la necesaria prudencia y paciencia, valores humanos adquieren aquí una dimensión estratosférica.

Simplemente, por esta superior exigencia de principios y valores, no todas las personas pueden o deben ser abogados. Por eso es la profesión jurídica más respetable, difícil y compleja en su ejercicio completo.

Esta especial *lex artis* comprende un deber de información específica sobre algunos extremos como los aspectos favorables y desfavorables de la actuación procesal, posibles condenas en costas, importes de honorarios que por corresponder a otros profesionales (procurador, notario, perito, etc.) quedarán fuera de los que devengará el abogado por consecuencia de su actuación, así como información cumplida sobre el estado de procedimiento y de los recursos que podrán interponerse en su caso, contra las Sentencias, Autos y Providencias dictadas en la causa o procedimiento, sin olvidar en ningún momento que el tipo de obligación que se configura en la relación jurídica profesional de abogacía es siempre de medios o simple actividad, y nunca de resultado.

La responsabilidad del Letrado en la construcción argumental de la defensa de intereses es personal y autónoma, de forma que no cabe imputar al cliente por su empeño, insistencia o persuasión las consecuencias del escrito que su representante formule en el ejercicio de su función, ya que, a la luz de los preceptos antes men-

cionados de su Estatuto profesional, se presume su autonomía e independencia³⁰.

El cliente, representante o defendido puede también diseñar su actuación para con al Letrado que le representa y nunca frente a él, aunque todos conocemos situaciones en las que los propios defendidos son, prácticamente, la parte contraria, por su descoordinación de criterios, o por la extemporaneidad en la aportación de datos o elementos probatorios.

Ciertamente los clientes han de guardar una necesaria regla de respeto profesional y han de saber mantenerse a la distancia necesaria respecto a sus Letrados para dejar argumentar, exponer y valorar, o lo que es lo mismo, para ejercitar el deber de defensa que incumbe a estos frente al derecho de defensa efectiva que tienen aquéllos.

Como contenido del derecho de defensa efectiva, construido como anteriormente tuvimos ocasión de sos-

30. Esta cuestión ha sido valorada en algunas resoluciones judiciales desde una perspectiva doble procesal y constitucional. Así, por ejemplo, la STS 30 junio 2004 (Rec. 2898/1999) o la STC55/2004 de 19 de abril en la que se estudia el problema de determinar si los términos de una carta dirigida a una empresa por parte del abogado representante de un empleado reclamante, se limitaba a formular una queja por violaciones de Leyes o Reglamentos, plasmada en ideas, juicios o relatos amparados por el art. 20 CE o si, excediendo de tales objetivos, se incluían manifestaciones merecedoras de reproche por atacar a otros bienes o derechos. Según el Tribunal Constitucional, las instrucciones que un cliente da a su abogado no determinan que sea imputable a aquél el contenido del escrito que el abogado elabora en el ejercicio de su tarea profesional.

tener, se identifica claramente el derecho de libre expresión y coordinado con este, el de libre información y transmisión del resultado de aplicar la *lex artis* profesional a la situación planteada como objeto de la prestación del servicio³¹.

Sin embargo, cuando en sede judicial se produzca por parte del defendido o representado la emisión o reproducción de expresiones o calificaciones que pudiéramos calificar como denigrantes dirigidas hacia sus letrados actuantes, nuestra Jurisprudencia ha venido considerando que, en principio, podrían no existir las condiciones necesarias para poder calificar tales manifestaciones como una intromisión ilegítima en el honor, ya que el Tribunal Supremo ha evitado una calificación mecánica de hechos y requiere un contenido cualificado: la intención expresa y directa de vulnerar a la persona y no al profesional, con lo que la crítica burda del cliente, por sí misma, no podría considerarse como atentatoria del honor de un Letrado actuante³².

Un ejemplo serían las expresiones manifestadas en acto de juicio calificando de estafadores a sus Abogados cuando se declara por el Alto Tribunal que:

31. Con las interesantes consecuencias que plantearía la aplicabilidad de los conceptos de consumidor o usuario en cada caso concreto conforme a las reglas generales contenidas en el 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.

32. Así, por ejemplo, STS 23 junio 2020 (Rec. 4251/2017).

*[...] por más que algunas de esas expresiones, como la calificación de estafadores o la involucreción de ambos profesionales en una supuesta estafa procesal, constituyeran evidentes excesos verbales, ninguna de tales calificaciones reviste la entidad lesiva suficiente como para apreciar la existencia de intromisión ilegítima en el honor de los recurrentes, ya que no se aprecia ni desconexión funcional ni una desproporción manifiesta con la finalidad perseguida, que no fue otra que exponer una opinión crítica en defensa de los intereses que el demandado entendía perjudicados por la actuación profesional de quienes habían sido sus abogados*³³.

Por último, debemos reflejar la importancia del contenido del artículo 12 del Código Deontológico de la Abogacía Española³⁴ cuando describe los deberes del Abogado para con sus clientes, centrándolos en el respeto, independencia, máxima información y prohibición del conflicto de intereses con ellos.

En relación al Juez, Tribunal, Fiscal o Abogado del Estado

Con ocasión del ejercicio de su función puede el abogado ejercitar su libertad de expresión y libre emisión de juicios de valor de contenido jurídico, aunque los linderos de protección se perfilan con una especial dificultad teniendo en cuenta que, si este actúa en el ejercicio de una función especialmente protegida, no es menos cierto que la actuación judicial se ampara en lo dispuesto

33. Véase el argumento en el Fundamento STS 23 junio 2020 (Rec. 4251/2017) en el Fundamento de Derecho 4^a.

34. Aprobado por el Pleno del Consejo General de la Abogacía Española el 6 de marzo de 2019.

por la Ley Orgánica del Poder Judicial en cuanto a su actuación amparada siempre en la buena fe, en su absoluta independencia y en el deber de rechazar peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal³⁵.

El ejercicio de la potestad jurisdiccional definida en el artículo 117 de la Constitución Española, debe desarrollarse en todo caso siguiendo las reglas de máximo respeto de su autonomía e independencia que afectará a los Letrados intervinientes en un proceso, así como a sus clientes.

Y si los Jueces o Magistrados competentes se sintieran inquietados o perturbados en tal independencia, deberán poner los hechos en conocimiento del Consejo General del Poder Judicial, dando cuenta ellos al Juez o Tribunal que tuviere competencia objetiva por materia y territorio para incoar el procedimiento adecuado, pudiendo adoptar ellos mismos las medidas oportunas necesarias para asegurar la acción de la justicia y restaurar el orden jurídico, siempre con la cooperación del Ministerio Fiscal³⁶.

La libertad de expresión del abogado al tiempo de instaurar su relación funcional con un Juzgado o Tribunal comprende, además del integro respeto de los parámetros de independencia antes descritos, el recono-

35. *Vid.* artículos 10 a 12 Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio del Poder Judicial.

36. *Vid.* artículos 14 y 15 Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio del Poder Judicial.

cimiento de que forma parte del deber judicial la promoción de la superior tutela de los derechos e intereses legítimos, tanto individuales como colectivos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión.

En este marco normativo, la libertad de juicio, manifestación y valoración que el Letrado tiene legalmente atribuida hace que deban atenuarse los efectos aparentemente lesivos de manifestaciones que en un determinado momento podrían efectuarse frente a la Autoridad judicial interviniente.

La importante STS 31 mayo 2011 (Rec. 47/2009), declara que:

[...] en un sistema democrático, determinadas funciones públicas vienen obligadas a soportar un grado elevado de crítica, sin el cual sería imposible, en este caso, no solo la crítica de las decisiones judiciales, sino la interposición de demandas por responsabilidad civil contra magistrados, en las cuales se exige intencionalidad o un grado elevado de negligencia.

La intencionalidad y falta de diligencia debe presentarse en un alto grado en el Magistrado actuante para que pueda ser admitida a trámite o estimada, en su caso, dejando siempre libre la valoración técnica, incluso cuando sobrepase algunos límites, siempre dentro de la plena justificación del ejercicio de la función desempeñada por el Abogado, puesto que, en caso contrario, nunca podría contar con los instrumentos profesionales que se requieren en la defensa de intereses en juicio.

De esta forma, se valoró la pretendida lesión del derecho al honor del Magistrado competente en un proce-

dimiento judicial civil de ejecución cuando fue acusado de «contumaz, arbitrario y desviado en el ejercicio de su función jurisdiccional», y «de obstinarse o empecinarse en mantener ilegal y reiteradamente la idoneidad de las subastas» en el ámbito del proceso en curso³⁷, declarando el Alto Tribunal que, los derechos fundamentales de libre expresión y de libre ejercicio del derecho de defensa amparan la labor del profesional dentro del contexto profesional-judicial reglado sin que las manifestaciones vertidas pudieran considerarse como ilegítimas, aunque sí fuesen excesivas o incluso no justificadas, sin que pudieran fundamentar una condena por su propia conformación a la luz de lo previsto por la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

Y esto fue así, aunque se demostró posteriormente en el curso del procedimiento que las imputaciones rea-

37. El recurso de casación interpuesto tuvo su origen en una demanda de responsabilidad civil contra jueces y magistrados sobre la base de lo previsto en los art. 411 y ss. de la Ley Orgánica de Poder Judicial en la que se reclamaba indemnización patrimonial fundada en la actuación negligente del magistrado por no acceder a la nulidad de las subastas celebradas en la ejecución provisional de sentencia de un procedimiento judicial declarativo de menor cuantía seguido en el año 1996.

El Magistrado afectado alegó que no hay ofensa más grave para un miembro de la Carrera judicial que achacarle la comisión de un delito de prevaricación, sin prueba alguna de que su hubiera vulnerado el correcto ejercicio de su función judicial al no acceder a declarar la nulidad de las subastas celebradas en ejecución provisional de sentencia, habiendo señalado a las partes el derecho que tenían de interponer los correspondientes recursos que procediesen en Derecho.

lizadas al Magistrado eran falsas y que este actuó en todo momento conforme a Derecho.

Y por último, en este apartado, debemos referirnos a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 12 de enero de 2016³⁸ en la que se consideró vulnerado el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos cuando se condenó penalmente por un delito de calumnias en las diferentes instancias a un abogado por acusar a la Jueza competente en el procedimiento en el cual actuaba profesionalmente el condenado, de mentir y falsear la realidad en resoluciones dictadas en un expediente de dominio.

El Tribunal consideró en este caso (en el que el abogado era español y el órgano jurisdiccional estaba adscrito a la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria) que existió una vulneración del mencionado precepto al lesionar el derecho de libertad de expresión que asistía al Letrado actuante, habiendo realizado la acusación base de la condena por medio de escrito procesal, y siendo conocido solo por las partes intervinientes con ocasión del ejercicio de su función, recordando que corresponde también a los Letrados valorar los argumentos defensivos y la pertinencia o no de alegaciones y peticiones que se formulen en el proceso para admitirlas o recurrirlas en ejercicio del deber de defensa de los intereses de sus clientes, sin perjuicio del deber

38. Asunto RODRÍGUEZ RAVELO contra el ESTADO ESPAÑOL (Demanda nº 48074/10), Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 16 de enero de 2016.

judicial de acordar las medidas admisibles en cada caso concreto.

Y consideró el Tribunal Europeo que tal atribución está siempre vigente sin que deba dejarse influenciar la Autoridad por el efecto disuasorio que pudiera tener una eventual sanción penal, pues en otro caso se destruiría por la base la armadura de un poder básico del Estado de Derecho.

Debemos hacer constar que la Sentencia tuvo dos importantes votos particulares³⁹ en contra que consideraron prioritaria la función judicial sobre el derecho de libertad de expresión por considerar especialmente lesivo y destructivo el argumentario del Letrado actuante por afectar al fundamental respeto y la esencial imagen de independencia que debe garantizarse en todo caso a la Autoridad judicial, constituyendo un precedente difícil de justificar.

La mencionada Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 16 de enero de 2016⁴⁰ ha servido de base para la importante e interesante argumentación que el Tribunal Constitucional efectúa en su Sentencia 142/2020, de 19 de octubre, cuando en su Fundamento jurídico 2º al tiempo de la determinación de la doctrina aplicable expone como base argumental el criterio sentado por el Tribunal Europeo en el sentido de que

39. Interpuestos por el Juez George Nicolaou y por el Juez Johannes Silvis.

40. (Demanda nº 48074/10), Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 16 de enero de 2016.

la imposición de una sanción penal a un abogado por las manifestaciones realizadas contra la actuación de un juez es una posibilidad excepcional que, en todo caso, exige realizar el correspondiente juicio de proporcionalidad de la reacción sancionatoria que pondere los derechos en juego, a la luz de la totalidad de circunstancias concurrentes en el caso concreto, especialmente cuando se estén en juego consecuencias penales.

Tal argumentación hace que se consolide una nueva vía de valoración de los ataques a derechos fundamentales como el que nos ocupa en este trabajo, poniendo en tela de juicio la adecuación y viabilidad de una pena de prisión por un delito de injurias, propugnando una clara preferencia por un cuadro sancionatorio no penal como respuesta ante esta clase de manifestaciones en estrados⁴¹.

Finalmente, la referida Sentencia del Tribunal Constitucional de 19 de octubre de 2020 estimó el recurso de amparo interpuesto alegando su condición de Abogado, condenado por un delito de injurias por las expresiones dirigidas al representante del Ministerio Fiscal en el ámbito de la instrucción de un procedimiento, declarando en consecuencia nula de la condena impuesta por el Juzgado de lo Penal competente, así como la Sentencia

41. Así lo expresa la ST del TEDH en su parágrafo 4º:

De una manera general, aunque sea legítimo que las instituciones del Estado sean protegidas por las autoridades competentes en su condición de garantes del orden público institucional, la posición dominante que esas Instituciones ocupan, exige a !as autoridades que den muestras de mesura en el uso de la vía penal.

de la Audiencia Provincial que confirmó en apelación dicha condena⁴², considerando que las manifestaciones vertidas en el procedimiento por el Letrado no resultan válidas en concreto para fundar la sanción penal que se le impuso en las resoluciones impugnadas en amparo constitucional.

Sin duda, el Tribunal Constitucional abre con ello una nueva vía de valoración de la libertad de expresión de un Letrado con ocasión del ejercicio de su función, considerando que:

- A. Cuando se usen expresiones deliberadamente equívocas y ambiguas (por ejemplo, afirmando que el representante del Ministerio Fiscal «no se ha leído el escrito de recurso» o censurarle «el poco de interés» mostrado, «aunque por ello sufriera alguna molestia»; tildar de «incalificable» su escrito; afirmar que «desconocemos si posee el don de la videncia, clarividencia o adivinación»; o finalmente, acusarlo de «simpleza» en sus juicios), no por ello se afecta la protección del de-

42. El Tribunal Constitucional declara en la ST 142/2020 de 19 de octubre en su Fundamento 2º:

Pues, reconociendo el carácter despreciativo de este segundo grupo de manifestaciones, el problema que se somete a nuestra consideración ahora no es el de si las mismas pueden merecer algún tipo de reproche o sanción en general dentro de nuestro ordenamiento, sino si resultan válidas en concreto para fundar la sanción penal que se la ha impuesto al demandante en las resoluciones que se impugnan en este amparo. Bajo esta perspectiva y como hemos indicado, en la determinación de si la reacción punitiva frente a tales expresiones fue proporcionada deben considerarse todos los factores concurrentes conforme a la jurisprudencia expuesta en el fundamento jurídico anterior.

recho constitucional al honor o se vulneran los límites penalmente relevantes de la libertad de expresión.

- B. La utilización por el Letrado de expresiones como «insidioso», «malicioso», «dañino con apariencias inofensivas», «malintencionado» o, la referencia hecha a la lectura por parte del Fiscal de la causa de «alguna revista de contenido inconfesable», supera los límites de la libertad de expresión, son vejatorias y exceden del contenido del derecho a ejercer la defensa, pero tampoco configuran una realidad susceptible de reproche penal, por sí mismas, habiendo sido realizadas en estrados, en sede judicial y con ocasión del ejercicio del derecho deber de defensa.

Respecto a las primeras, siguiendo el criterio de nuestra Jurisprudencia constitucional, quedan cubiertas directamente por el canon reforzado del derecho fundamental a la libertad de expresión reconocido por el artículo 18 apartado 1 a) de la Constitución Española al Abogado en defensa de la posición de su patrocinado en las diligencias penales que a este último se le seguían. Y las referidas en segundo lugar, tampoco pueden considerarse como susceptibles de lesionar el honor del perjudicado, sobre todo porque se produjeron en un contexto de enfrentamiento con el Fiscal competente dentro del casuismo ordinario forense, y a juicio del Tribunal Constitucional, la reacción penal frente a los evidentes excesos verbales del recurrente resultó desproporcionada.

En realidad, estas consideraciones pueden aplicarse también a los casos expuestos en este apartado respecto a los defendidos y al Letrado contrario.

En definitiva, la ponderación del conjunto de elementos expresados, considerando la singular protección que debe experimentar la libertad de expresión de los abogados, especialmente inmune a restricciones, y el carácter excepcional del castigo penal por expresiones vertidas por aquellos en el ejercicio de su labor profesional, llevó al Tribunal a concluir que la condena impuesta por un delito de injurias implicó un exceso punitivo incompatible con los derechos fundamentales invocados, tanto por las expresiones que hemos señalado en una primera agrupación como en cuanto a las referidas en segundo lugar.

Sin duda, el Tribunal Constitucional sienta las bases necesarias para que en los supuestos de afectación de derechos fundamentales a los que nos referimos se activen otros mecanismos de tutela administrativa y judicial en estrados, así como, en su caso, el ejercicio de la acción civil correspondiente por el perjuicio causado, con lo que se reafirma en estos casos que la acción penal debe constituir una *última ratio*, delimitada siempre por la operatividad del principio de bien jurídico.

Con ello se aparta de la senda que tiene marcada el Tribunal Supremo en orden a la doctrina de la Sala segunda en materia de calificación por delitos contra el honor y afectando igualmente a la imputación de la responsabilidad civil por la vía de la Ley 1/1982 de 5 de mayo de protección del derecho al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen.

Frente al Letrado contrario

El nuevo Estatuto General de la Abogacía exige en su artículo 59 apartado 1º que los profesionales de la Abogacía deben mantener recíproca lealtad y respeto mutuo, con lo que se sientan dos límites objetivos que han de marcar el contenido y ejercicio de la libertad de expresión y valoración con ocasión del ejercicio de sus funciones en juicio y fuera de él.

Y junto a estos dos deberes estructurales, exige el mismo artículo 59 apartado 2-b) que el Abogado actuante debe mantener el más absoluto respeto por el profesional de la Abogacía de la parte contraria, «evitando toda alusión personal en los escritos judiciales, informes orales y cualquier comunicación oral o escrita».

Como fijación de esta exigencia normativa y funcional debemos poner de manifiesto que la Sala 1ª del Tribunal Supremo, en STS 3 de septiembre de 2015 (Rec. 106/2014) condenó a un abogado por las expresiones injuriosas que, en el seno de procedimiento judicial, profirió al abogado contrario, al concluir que concurrían insultos y ofensas que no se encuentran amparadas por la libertad de expresión ni por el ejercicio del derecho de defensa.

La indemnización por el daño causado se fijó en la cantidad de 6000 euros frente a los 60 000 euros solicitados por las expresiones utilizadas por parte del Letrado condenado al dirigirse a su compañero, al que le llamaba, entre otras cosas, «Geppetto, el hábil carpintero que fabricó a Pinocho, muñeco que cuando mentía le crecía la nariz» o la comparación constante con la imagen

gráfica del cartel de la película *El Padrino* (que llegó a exhibir), con hilos manipulables, en evidente conexión mafiosa del abogado y sus clientes.

Tal y como la misma Sala puso de manifiesto, resultó relevante por una parte, la reiteración de la conducta que culmina con las expresiones utilizadas por el demandado y por otra, la falta de difusión de tales expresiones dado que se produjeron en sede judicial, pues la difusión en sí misma no constituye requisito necesario para apreciar la intromisión, pero sí ha de ser tenida en cuenta a la hora de valorar la intensidad del daño causado.

Y quedó sentado por la Sala el criterio que considera que el contenido de la libertad de expresión de los letrados en el proceso:

*[...] es específicamente resistente e inmune a restricciones en su ejercicio fuera de la prohibición de utilizar términos insultantes, vejatorios o descalificaciones gratuitas, ajenas a la materia sobre la que se proyecta la defensa*⁴³.

Igualmente consideró el Tribunal Supremo en STS 5 noviembre de 2008 (Rec. 1972/2005)⁴⁴ que las expresiones utilizadas por el Letrado en la contestación de una demanda no constituían intromisión ilegítima en el normal desenvolvimiento profesional de la contradicción de hechos y valoraciones jurídicas, que siendo reveladoras

43. Criterio también mantenido anteriormente por la STS 31 mayo 2011 (Rec. 47/2009).

44. Las expresiones fueron incorporadas en la contestación a la demanda.

de una escasa o nula cortesía personal y profesional no constituyen un ataque afectante al honor o integridad del Letrado contrario si se interpretan en el marco de un procedimiento judicial sometido a contradicción. Juzguen ustedes mismos:

[...] la acendrada querulancia que aqueja al Sr. Germán, [...] quien utiliza los Juzgados y Tribunales con la torpe intención de obtener un premio en metálico [...] quien no tiene crédito en los bancos y no se caracteriza por su acendrado amor al trabajo.

Acertadamente se sostiene en el Fundamento de Derecho Segundo de la citada resolución que tales expresiones pueden resultar «gruesas, molestas, e incómodas» pero no contienen palabras objetivamente injuriosas, siendo, en todo caso, «frases llenas de epítetos que, a través de los circunloquios propios del ámbito forense», se traducen en la imputación de determinadas conductas que pueden desagradar al actor, pero que no pueden reputarse agravantes.

Considera el Tribunal Supremo en este punto que en el asunto de referencia existe un supuesto atípico de colisión entre el derecho a expresar libremente las opiniones y el derecho al honor, que tiene sus propias reglas valorativas.

Y esto fue declarado así porque la contienda no se desarrolló en un medio periodístico ni en un entorno público, ni entre contendientes políticos, sindicales o análogos, sino que lo hizo ante una controversia que se escenifica en un entorno forense, dentro de un procedimiento judicial civil, reservado a las partes y al juez y

con el telón de fondo de una reclamación económica por responsabilidad civil de Abogado y Procurador.

En ocasiones se escenifica la controversia entre abogados que ya mantenían enfrentamientos personales anteriores ajenos a lo tratado como objeto del proceso en el que actúan, sin que tal encono personal pueda ser considerado como fundamento de una agresión ilegítima al derecho de honor por sí mismo, puesto que el derecho de defensa permite explicar las apreciaciones personales de alto grado subjetivista acerca de, o relacionadas con los hechos que se denuncian cuando, por ejemplo, se imputa la comisión de un acto de incompetencia o una negligencia procesal, incluso grave cometida por el compañero⁴⁵.

El enorme peso específico que presenta el derecho de defensa en lo jurídico y en lo procedimental hace que en muchas ocasiones, aunque el derecho a expresar libremente las opiniones propias se encuentra limitado por la prohibición de utilizar para ello palabras insultantes, vejatorias u objetivamente injuriosas que puedan vulnerar el honor de aquél frente a quien se profieren, atentando contra su fama o su propia estimación, al entrar en juego el derecho de defensa en juicio, dicho límite puede verse aún más difuminado, ante la ponderación necesaria que haya de hacerse en el contexto concreto de un procedimiento civil⁴⁶.

45. STS 15 diciembre 2020 (Rec. 1589/2019) y en idéntico sentido, la STS 5 febrero 2013 (Rec. 62/2013) y STS 24 abril 2018 (Rec. 1943/2018).

46. Así lo pone de manifiesto expresamente la STS 15 diciembre 2020 (Rec. 1589/2019) en su Fundamento de Derecho 6º.

IV
ELEMENTOS DE VALORACIÓN DEL DERECHO
A LA DEFENSA EFECTIVA Y SU AFECTACIÓN
POR LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

De la Jurisprudencia constitucional se obtienen algunas claves esenciales para fijar el «quién», el «cómo» y el «cuando» de la afectación de la valía profesional del Letrado perjudicado⁴⁷, siendo fundamentales para fijar las consecuencias jurídicas, tanto en el orden civil como en el orden penal.

Hemos argumentado en apartados anteriores que la libertad de expresión en el ejercicio del derecho a la defensa fundamenta el derecho a la información y emisión de juicios y valoraciones técnicas que son propias de ejercicio de la abogacía desde el plano estrictamente técnico, formando parte el ejercicio del derecho de defensa efectivo del derecho a la tutela efectiva de los derechos ante los Juzgados y Tribunales de justicia.

Debe distinguirse netamente el ejercicio de la crítica jurídica del insulto, tanto al cliente, como al Tribunal

47. Esas expresiones son, como antes se puso de manifiesto en este estudio, parte del contenido de la Sentencia del Tribunal Constitucional 180/1999 de 11 de octubre, los efectos jurídicos de la tutela judicial del derecho de defensa ejercido por un abogado frente a la extralimitación del derecho de libertad de expresión y valoración por parte del contrario dependerán de «quién, cómo, cuándo de qué forma se ha cuestionado la valía profesional del ofendido», elementos que perfilarán la evaluación que deban realizar los Tribunales antes de fijar una eventual condena, tanto en el orden civil como en el orden penal.

o al Letrado contrario. Ningún órgano jurisdiccional y ningún Letrado actuante es inmune a la crítica ejercida dentro de los cauces de lo justo y de los principios fundamentales, y la persecución o sanción que procediese en el supuesto de la actuación lesiva e insultante nunca podrá considerarse un ataque a la libertad de expresión en todas las manifestaciones de sus diferentes contenidos⁴⁸.

La actuación de los Abogados por razón de su función presenta lo que el Tribunal Constitucional denomina «una singular cualificación»⁴⁹ por razón de estar dirigida a lograr la efectividad de los derechos de defensa de la parte. Y es así, hasta el punto que yo sostengo que debemos considerarlo estrictamente como una potestad-función que desarrolla un verdadero derecho-deber.

La «singular cualificación» del ejercicio de la libertad de expresión por parte de los abogados debe ser siempre valorada atendiendo a la especial función que desempeñan, orientada y regulada por ministerio de la ley en

48. La Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo de 27 mayo 2003 (TEDH 2003\26) si bien reconoce que los Tribunales, como todas las demás instituciones públicas, no son inmunes a la crítica y al examen, añade que:

[...] debe hacer una clara distinción entre la crítica y el insulto, de manera que si el único propósito de cualquier forma de expresión es insultar a un Tribunal o a los miembros de ese Tribunal, un castigo apropiado no constituiría, en principio, una violación del artículo 10.2 del Convenio.

49. Así lo declara la STC 155/2006, de 22 de mayo, en su Fundamento 4^a, y anteriormente la STC 101/2003, de 2 de junio, en su Fundamento 4^a.

orden a garantizar derechos de orden superior de todos los ciudadanos, sea por libre designación o en virtud del sistema de justicia gratuita, que por eso existe en nuestro Derecho con carácter obligatorio al amparo de los artículos 1 y 2 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita.

En efecto, los abogados son libres e independientes y han de ser amparados por los órganos judiciales en su libertad de expresión y de defensa y la pugna entre el derecho a la defensa efectiva y la libertad de expresión debe siempre estar compensada por el resto de derechos fundamentales para evitar consecuencias excesivas o incongruentes con un sistema que prima por prioridad funcional algunos derechos por ser calificados como fundamentales por la propia Constitución Española.

Los Jueces y Tribunales deben ejercitar la función jurisdiccional que tienen asignada juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado en toda clase de juicios, quedando delimitada y definida de forma teleológica la función de defensa efectiva del ciudadano ante la Justicia, hasta el punto de que, si la función jurisdiccional quiebra, lo hace la función de defensa efectiva, y si quiebra esta, siempre quedará la función judicial como reparadora o reequilibradora del sistema de garantías.

Consideramos que el derecho a la defensa efectiva ejercitado por los abogados en cumplimiento de su función debe incluir, como expresión o manifestación ajustada a Derecho, el uso ordinario de términos, que pudieran considerarse enérgicos como expresión de la

fuerza argumental⁵⁰, pero siempre legítimos, atendiendo al excepcional fin que se persigue y su equilibrio instrumental en proporción a la privilegiada prioridad que le concede el Ordenamiento jurídico respecto al ejercicio de otros derechos, todo ello, dentro del límite que impone el respeto a la otra parte en el procedimiento y a la Autoridad que ejerza la competencia judicial correspondiente⁵¹.

V

LA EXISTENCIA DE UNA LIBERTAD DE EXPRESIÓN REFORZADA

Tal y como ha quedado acreditado, el Tribunal Constitucional ha delimitado un perfil de la libertad de expresión de los Abogados por razón de su función, que está especialmente protegido frente a las restricciones ordinarias que operan en el ámbito material y funcional de otros derechos y libertades⁵².

La abogacía ejerce una función que anteriormente calificamos «de Estado», en cuanto que desarrolla y ejecuta el derecho-deber de defensa efectiva como medio de ejecución del derecho a la tutela judicial efectiva, sobre todo a la luz de la consideración que la propia Ley

50. Así lo declara por ejemplo la STC 235/2002, de 9 de diciembre en su Fundamento 4º.

51. Resulta muy interesante la argumentación contenida en Fundamento 6º de la STC 205/1994, de 11 de julio.

52. Puede consultarse a GÓMEZ DE LA ESCALERA, C. *La libertad de expresión reforzada del abogado*. Valencia, 2018, pp. 45 a 48.

de Enjuiciamiento Civil realiza en su artículo 31, cuando dispone que los litigantes serán dirigidos por abogados habilitados para ejercer su profesión en el Tribunal que conozca del asunto, sin que pueda proveerse ninguna solicitud que no lleve la firma de abogado⁵³ fuera de los muy excepcionales supuestos que el mismo precepto enumera.

*Utilización de una defensa argumental
«dura» y «beligerante»*

La actuación de un Abogado en el ejercicio de su función de defensa de intereses de sus representados puede incluir defensas argumentales con un alto nivel de beligerancia técnica, incluso argumental, hasta el punto que pudiera considerarse enérgica en su expresión, pero nunca podrá sobrepasar el límite que protege la tutela efectiva de los derechos por parte de los Tribunales, sometida siempre a un bidireccional y recíproco respeto en su ejercicio.

La expresión «libertad de expresión reforzada» procede del contenido argumental integrado en el Funda-

53. Dicha Ley tiene previstas algunas excepciones especiales que recoge el mismo artículo 31:

- a) La tramitación de los juicios verbales cuya determinación se haya efectuado por razón de la cuantía y esta no exceda de 2000 euros y la petición inicial en los procedimientos monitorios.
- b) Los escritos que tengan por objeto personarse en juicio, solicitar medidas urgentes con anterioridad al juicio o pedir la suspensión urgente de vistas o actuaciones, siempre con un carácter extraordinariamente limitado en garantía del derecho a tutela efectiva de los Tribunales.

mento Jurídico 4º de la Sentencia del Tribunal Constitucional 113/2000, de 5 de mayo en la que se declara que dicha libertad, de la que son titulares los Abogados en el ejercicio de su función, trae su causa de la inmediata conexión con la efectividad de otro derecho fundamental como el «derecho a la defensa y a la asistencia de letrado» contenido en el artículo 24 apartado 2º de la Constitución Española.

Considero que estos derechos se conectan con la exigencia de un adecuado funcionamiento de Juzgados y Tribunales, en la plena convicción de que el Letrado desempeña una función cooperadora de la seguridad jurídica y del propio desarrollo de la función jurisdiccional atribuida a aquéllos por el artículo 117 de la Constitución Española.

En consecuencia, la libertad de expresión de un Letrado en el ejercicio de sus funciones procesales, como cooperadora de la función jurisdiccional misma, debe valorarse siempre desde una perspectiva de excepción, y como ha declarado el Tribunal Constitucional en Sentencia 205/1994 de 11 de julio, «se trata de una manifestación especialmente inmune a las restricciones que en otro contexto habrían de operar».

*Uso de argumentaciones compensatorias
en simetría argumental por ambas partes*

El derecho de libertad de expresión del Abogado en el ejercicio de su función de defensa de los intereses en juicio, ha de ponderarse también conforme a los antecedentes planteados por la parte contraria, de forma que,

si el Letrado contrario ejercita una argumentación que pudiera ser calificada de «agresiva», siempre dentro de los límites antes descritos, quedaría la otra parte facultada de forma absolutamente legítima para ejercitar su función de abogacía de forma equivalente y compensatoria, dentro de los mismos límites funcionales subjetivos y objetivos.

El encono existente entre los litigantes, se refleja en ocasiones en escritos y peticiones de las partes, y con frecuencia queda patente cuando se insta la interposición de querrela contra la contraparte o su Letrado por injurias y calumnias vertidas en juicio.

En muchas ocasiones el juego de la prejudicialidad penal hace que algunas reclamaciones patrimoniales estrictamente civiles se vean afectadas por una temporalidad excesiva en la que, por las vicisitudes que conlleva la tramitación de una causa penal técnicamente dirigida a un sobreseimiento, se provoca de facto una «pena» que ablanda a la parte demandada y favorece un eventual acuerdo con efectos estrictamente patrimoniales.

Este «exceso» de utilización de medios procesales es un claro ejemplo de extralimitación en el derecho a la defensa efectiva, si finalmente no se aportan los medios probatorios que acrediten un indicio racional de criminalidad, dejando al margen la responsabilidad civil que correspondiese.

Y serán los propios Letrados actuantes los que deban utilizar los medios y cauces ofrecidos por la ley de forma responsable y técnicamente defendibles argumentando con profesionalidad las razones del ejercicio de tales

acciones complementarias, sin perjudicar materias trascendentes como la intimidad personal o el secreto profesional⁵⁴.

Un buen Abogado debe abstenerse en el uso de mecanismos jurídicos que tiendan a afectar el honor del cliente contrario y de su Letrado representante como simple medio para facilitar acuerdos o para intentar allanar caminos que se hayan de continuar en otros órdenes jurisdiccionales⁵⁵.

Consideramos muy importante que se proceda a una contextualización de las eventuales expresiones que se utilicen por los Letrados en el ejercicio de su deber de defensa efectiva como función superior. Aun siendo de

54. *Vid.* ALONSO GONZÁLEZ, L. M. *Información tributaria versus intimidad personal y secreto profesional*. Madrid, 1992, p. 17 y ss.

55. La libertad de expresión «reforzada» entre Abogados ha sido consolidada también por el Tribunal Supremo cuando en la STS 3 septiembre 2015 (Rec. 106/2014), se argumenta en su Fundamento de Derecho 6º en favor de la desestimación de una demanda por lesión del derecho al honor de un Letrado cuando declara:

Las valoraciones jurídicas contenidas en la sentencia recurrida son correctas. Las expresiones que la demandante considera atentatorias a su honor no tienen la gravedad que se pretende y se encuentran plenamente amparadas por la libertad de expresión del abogado en el ejercicio del derecho de defensa de su cliente, más aún si se toma en cuenta el encono existente entre los litigantes, reflejado claramente en los escritos y peticiones de la propia recurrente y que se ha plasmado en varios litigios civiles y penales seguidos entre las partes e incluso en las solicitudes formuladas por la recurrente para que se le otorgue licencia para interponer querrela contra el demandado (o su abogada) por injurias y calumnias vertidas en juicio. Las consideraciones de la sentencia recurrida, y de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, que la Audiencia asume, sobre la ponderación que ha de hacerse entre los derechos de la personalidad, en concreto el derecho al honor, y la libertad de expresión por el ejercicio del derecho de defensa en el seno del proceso recogen y aplican correctamente la jurisprudencia de esta Sala y del Tribunal Constitucional.

gran dureza, una vez contextualizadas, podrían perder la trascendencia y gravedad para la parte actora sin que lleguen a ser consideradas una intromisión ilegítima en su derecho al honor en sentido propio⁵⁶.

Utilizando los términos exactos que se incorporan a la fundamentación jurisprudencial del Tribunal Supremo, en ocasiones se observa entre los litigantes el «encono reflejado claramente en los escritos y peticiones» plasmado en ocasiones con la interposición previa a una demanda civil, de una querrela criminal, lo que contribuye sin lugar a dudas, a exacerbar posiciones de las partes.

Sin embargo, todas los escritos y actuaciones procesales han de ponderarse adecuadamente con el adecuado alcance y efectos que corresponde al ejercicio de los derechos de la personalidad, y en concreto los derechos al honor, y la libertad de expresión en el sentido indicado por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribu-

56. Véase la interesante Este criterio ha sido reiterado en la importante STS 17 julio 2015 (925/2013) cuando declara para desestimar igualmente el recurso interpuesto por un Letrado frente a otro por pretendida lesión del derecho al honor:

Por otra parte, no se advierte que los demandados, en sus respectivas condiciones de letrado de las empresas demandadas y de representante legal de una de ellas, utilizaran términos insultantes, vejatorios o descalificaciones gratuitas ajenas a la materia sobre la que se proyectaba la defensa, sino que, por el contrario, se expresaron de un modo directamente relacionado con el objeto del proceso laboral, adoptando una línea defensiva consistente en especificar las conductas del trabajador que las empresas demandadas valoraban como constitutivas de un mal e irregular ejercicio de sus funciones de abogado y con la finalidad de rebatir sus graves acusaciones de acoso laboral, mediante expresiones que, aun siendo de gran dureza, no tienen en el presente caso, una vez contextualizadas, la gravedad y trascendencia que les atribuye la parte recurrente para ser calificadas como intromisión ilegítima en su derecho al honor.

nal Constitucional⁵⁷, debiendo ser evitadas actuaciones desbordadas y extravagantes que, simplemente romperán el equilibrio en la evaluación de la acción y sus efectos.

Finalmente, creemos que en estos casos de afectación de derechos por extralimitación de la libertad de expresión no tiene trascendencia la posible incoación o tramitación de actuaciones por la Comisión Deontológica del correspondiente Colegio de Abogados, puesto que, como tiene declarado el mismo Tribunal Supremo en la anteriormente citada STS 5 noviembre 2008 (Rec. 1972/2005) y en la de 3 de septiembre de 2015 (CEN-DOJ 3747/2015), el hecho de que las expresiones proferidas hayan sido objeto o no de sanción colegial por vulneración de normas deontológicas no afecta en nada afecta a la prosperabilidad de la acción ejercitada.

Y esto demuestra que tales eventuales sanciones recayentes en uno de los letrados intervinientes no son encuadrables realmente en el estricto ámbito del derecho a la defensa puesto que presentan un perfil meramente administrativo, absoluta y totalmente independiente de la acción civil para la defensa del derecho al honor presuntamente vulnerado por expresiones utilizadas con ocasión de la actuación profesional del Letrado.

Esto es así porque se trata de distintos bienes jurídicos protegidos, uno cuya titularidad reside en la función estatutaria de la Corporación colegial y otro que reside en el ámbito inherente a la personalidad del Letrado actuante.

57. Vid. GARCÍA NORIEGA, A. *Límites a la libertad de expresión por motivos profesionales*. Madrid, 2009, p. 53 y ss.

VI
UNA REFERENCIA A LA TUTELA CIVIL
DEL DERECHO AL HONOR
ANTE EL EJERCICIO DE UN DERECHO DE DEFENSA
EXTRALIMITADO POR PARTE DEL ABOGADO

Los llamados «derechos de la personalidad» o inherentes a la persona nacen con ella y se extinguen con ella, de forma que el ordenamiento jurídico no los concede, sino que únicamente se limita a reconocerlos y a señalarles una regulación específica que ordene su ejercicio e incluso los limite, siempre considerados de forma inseparable e insustituible a la persona⁵⁸.

Estos derechos presentan tres notas o caracteres fundamentales que los definen como consecuencia de su especialísima *intuitu persone*:

- a) Son derechos individuales, porque el interés protegido también lo es.
- b) Son derechos privados porque lo que aseguran a la persona titular es el conjunto de sus efectos en el plano estrictamente personal o interno y no su actuación frente a terceros o al exterior.
- c) Y son derechos absolutos, ejercitables frente a todos o *erga omnes*.

Estos caracteres definitorios de los derechos inherentes a la personalidad son predicables en todo caso y

58. Vid. ROGEL VIDE, C. *Bienes de la personalidad, derechos fundamentales y libertades públicas*. Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 1985, pp. 46 y 47.

situación, y justifican desde su amplitud de efectos que la tutela jurisdiccional deba funcionar de forma paralela en los niveles de afectación jurídica: el plano constitucional y el jurídico privado.

De forma muy explícita sostiene DE LA QUADRA-SALCEDO que todo derecho fundamental consiste en un derecho subjetivo reforzado que goza de una especial tutela jurisdiccional añadida y el hecho de que una actuación subjetiva se proteja al amparo de esta doble estructura jurídica frente al legislador o frente a la Administración no significa que frente a los particulares no exista, puesto que sigue siendo un derecho subjetivo como categoría general, aunque en alguno de sus efectos, prevalente⁵⁹.

Sin embargo, una de las dificultades que aparecen al tiempo de diseñar una defensa efectiva de estos derechos es su diferenciación con las categorías a las que hace expresa referencia la Constitución Española, tales como «libertades públicas», «derechos fundamentales» o «derechos humanos»⁶⁰, aunque siguiendo las orientaciones doctrinales más solventes, el problema se resuelve si se observa que la tutela jurisdiccional efectiva de estos derechos tan especiales opera de forma conjunta, armónica y combinada en diferentes planos: el plano constitucional, el de la jurisdicción penal, la jurisdicción contencioso-administrativa y finalmente, el fundamental plano de la jurisdicción civil.

59. *El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*. Madrid, 1981, pp. 66 y 67.

60. *Op. cit.*, *Bienes de la personalidad...*, pp. 47 y 95.

En el caso que nos ocupa, en cuanto a las consecuencias jurídicas de la lesión del derecho al honor por el ejercicio de la libertad de opinión y valoración integrada en el derecho a la libertad de expresión como elemento instrumental del derecho a la defensa efectiva, que a su vez es una categoría consecucional del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, haremos una referencia a la tutela encuadrada en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, en relación con los artículos 399 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Una vez expuesto el contenido de los apartados anteriores de este trabajo, resulta interesante advertir que aunque el artículo 2 apartado dos de la Ley Orgánica 1/1982 se refiere al ejercicio de su función por parte de los Diputados y Senadores⁶¹, sin embargo deja abierta la posibilidad de que los Tribunales interpreten de forma extensiva la cuestión del ejercicio de funciones, pudiendo a nuestro juicio extenderse a la posible actuación de un Abogado en el ejercicio de su función en el ámbito del derecho-deber a la defensa efectiva ante los Tribunales.

De las categorías de intromisiones lesivas que justificarían el ejercicio de una acción de responsabilidad civil,

61. Artículo 2 apartado 2:

No se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando estuviere expresamente autorizada por Ley o cuando el titular del derecho hubiere otorgado al efecto su consentimiento expreso o, por imperativo del artículo 71 de la Constitución, cuando se trate de opiniones manifestadas por Diputados o Senadores en el ejercicio de sus funciones.

reflejadas en el artículo 7 de la Ley 1/1981, debemos destacar las contenidas en los apartados tercero, sexto y séptimo como encuadrables de forma más probable en el ejercicio del derecho de defensa efectiva por parte de un Abogado:

- La divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre, así como la revelación o publicación del contenido de cartas, memorias u otros escritos personales de carácter íntimo.
- La revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela.
- La imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación.

Conforme a lo dispuesto por el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1981, la tutela judicial frente a las intromisiones ilegítimas en los derechos al honor, intimidad personal y propia imagen podrá recabarse por las vías procesales ordinarias o por el procedimiento previsto en el artículo 53.2 de la Constitución, así como por la vía del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, siempre que se cumplan los requisitos para ello.

La tutela judicial comprenderá en estos casos la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate, incluyendo las medidas cautelares que resulten oportunas y, en particular, las precisas para:

- a) El restablecimiento del perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, con la declaración de la intromisión sufrida, el cese inmediato de la misma y la reposición del estado anterior. En caso de intromisión en el derecho al honor, el restablecimiento del derecho violado incluirá, sin perjuicio del derecho de réplica por el procedimiento legalmente previsto, la publicación total o parcial de la sentencia condenatoria a costa del condenado con al menos la misma difusión pública que tuvo la intromisión sufrida.
- b) Prevenir intromisiones inminentes o ulteriores.
- c) La indemnización de los daños y perjuicios causados.
- d) La apropiación por el perjudicado del lucro obtenido con la intromisión ilegítima en sus derechos.

El legislador ha diseñado un sistema de protección jurisdiccional que genera la presunción de perjuicio siempre que se pruebe en juicio una intromisión ilegítima, siendo esta siempre indemnizable. La indemnización que proceda fijar atenderá a las circunstancias del supuesto concreto y a la gravedad acreditada de la lesión provocada y sobre todo al grado de difusión y medio utilizado.

Ante una lesión provocada con ocasión del ejercicio de la función de defensa atribuida al Abogado estatutariamente, cuando aquélla presente las características de ilegitimidad y antijuridicidad identificadas en los estrechos linderos que permite la valoración especial que merece el derecho a la libertad de expresión forense,

procederá el deber de indemnizar el daño causado en forma patrimonial.

Se trata de una acción ejercitable por el perjudicado o sus causahabientes y que tiene atribuido por el artículo 9 apartado cinco, un plazo especial de caducidad de cuatro años a computar desde que el legitimado esté en condiciones de ejercitarlas.

El Tribunal Supremo ha declarado en STS 4 junio 2014 (Rec. 846/2014) que la expresión que utiliza el art. 9.5 de la Ley Orgánica 1/1982 para fijar el momento inicial del cómputo del plazo de ejercicio de las acciones para la protección de su derecho al honor, «desde que el legitimado pudo ejercitarlas», es muy similar a la utilizada en el art. 1969 del Código Civil para fijar el momento inicial del cómputo del plazo general de ejercicio de las acciones «desde el día en que pudieron ejercitarse» siendo irrelevante la distinta naturaleza de uno y otro plazo, de caducidad el primero, y de prescripción el segundo⁶².

En efecto, el plazo de caducidad comienza a computarse cuando el perjudicado disponga de todos los elementos de conocimiento de hechos y de trascendencia jurídica necesarios para actuar, atendiendo al alcance y naturaleza del daño causado. Pero en estos casos, el excesivo transcurso del tiempo juega un papel agravante de los efectos y consecuencias de la actuación generadora del daño, que es a todas luces contrario a la moral y al orden público.

62. *Vid.* Fundamento de Derecho 7º.

Sin duda, el ejercicio de una acción de responsabilidad en el orden civil está sometido al enorme riesgo que supone el excesivo transcurso del tiempo entre la interposición y la resolución de los recursos que procedan, y en esta materia, tan sensible, se puede agravar el daño causado solo considerando el excesivo período temporal que pueda transcurrir entre la sustanciación de la primera y la segunda instancia, agravación que será más apreciable aún si llega a interponerse el recurso de casación.

Por ejemplo y siguiendo lo ocurrido en un supuesto real, una demanda interpuesta contra un Juez al que se imputa una grave actuación profesional ilegítima y dañosa, acusación calificada de temeraria en primera instancia, y confirmada como tal en segunda instancia, contra la que se interpuso recurso de casación por la actora provoca, solo por el cómputo de los tiempos procesales, una agravación de efectos sociales, morales y profesionales en el demandado, más aun, cuando como en el asunto que constituyó fondo de la STS 31 mayo 2011, se declaró por el Tribunal Supremo, después de un extenso proceso, que la demanda interpuesta presentaba grave deficiencia procesal puesto que carecía en el momento de la presentación de los requisitos básicos para su admisión a trámite⁶³, teniéndose por soli-

63. Este asunto fue objeto de pronunciamiento como supuesto agravado de responsabilidad por la STS 31 mayo 2011 (Rec. 47/2009). Declaró el Tribunal Supremo ante una demanda en la que se reclamaba una importante indemnización al Magistrado interviniente en un procedimiento que:

citada una importante indemnización patrimonial, que entre tanto, pende sobre el patrimonio del demandado, generando la comprensible consternación personal y familiar.

Este es un claro ejemplo del descomunal y peligroso efecto que la apariencia de buen derecho puede provocar en esta materia tan sensible, simplemente siguiendo los trámites comunes del proceso, agravados por el transcurso del tiempo. Ahí radica el eje de la tradicional pugna de la primacía del derecho a demandar sobre las eventuales consecuencias perjudiciales que deban soportarse cuando los hechos son desestimados, confrontación que ha de resolverse siempre en favor de la integridad del derecho a la tutela judicial efectiva, siempre que el plazo de resolución no sea finalmente lesivo en sí mismo por extemporáneo y excesivamente extenso.

Para terminar, si la acción se ejercita frente al Abogado contrario, no debe olvidarse que siguiendo la doctrina sentada por nuestra Jurisprudencia, tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo, los escritos y actuaciones profesionales pueden contener palabras gruesas, molestas, e incómodas que no son objetivamente injuriosas, siendo, en todo caso y más bien conforme a la doctrina constitucional,

[...] lo que es evidente que debió causar al magistrado una gran inquietud por su futuro económico, que la demanda por negligencia fue publicada en prensa y dicha noticia reiterada en varias ocasiones, es parecer de esta Juzgadora, que la indemnización solicitada de 60 000 euros es ajustada a los daños morales producidos al Ilmo. Sr. Rodrigo por la zozobra, inquietud y angustia provocada con la demanda interpuesta de conformidad con lo solicitado por el actor y por el Ministerio Fiscal.

[...] configuradoras de frases llenas de epítetos que, a través de los circunloquios propios del ámbito forense, se traducen en la imputación de determinadas conductas y actitudes que pueden desagradar en alto grado al actor, pero que en modo alguno pueden reputarse agraviantes ni lesivas del derecho al honor por estar amparadas en el reforzado derecho de defensa⁶⁴.

Concluyo ya.

Y quiero hacerlo agradeciendo el ejemplo, la ayuda y el apoyo que siempre he recibido de mis Profesores y Maestros, de mis compañeros de Universidad, Abogacía y Jurisdicción, y de mi compañera de la vida, la profesora Dra. Esperanza Alcaín Martínez, Profesora Titular de Derecho Civil de la Universidad de Granada, gran jurista y fenomenal persona, que siempre apoyó los retos y proyectos que me han conducido hasta aquí.

También a toda mi familia, a mi hijo Luis Javier, a mis hermanas y a mis padres, otro ejemplo de responsabilidad y sencillez en todo momento, bueno o adverso, y que mantienen vivo el lema que mi padre siempre nos inculcó para ir por la vida: mano firme, mente limpia y corazón caliente.

Siempre el HONOR, que cuando se pierde no se recupera jamás, como reza el lema de mi querida Guardia Civil, de la que tantas cosas he aprendido en estos años.

Por último, termino agradeciendo al excelentísimo señor don José Calabrús Lara y al Pleno de esta Real Aca-

64. STS 11 marzo 2021 (Rec. 72/2020).

demia la confianza que ha depositado en mí, recordando las palabras que Miguel de Cervantes puso en labios de Don Quijote de La Mancha:

Bien podrán los encantadores quitarme la ventura, pero el esfuerzo y el ánimo será imposible.

Muchas gracias.

Índice

Presentación a cargo del
Excmo. Sr. D. José Calabrús Lara _____ 5

*La libertad de expresión del abogado
con ocasión del ejercicio de su función*

Ilmo. Sr. D. Luis Javier Gutiérrez Jerez _____ 21



Junta de Andalucía

Consejería de Transformación Económica, Industria
Conocimiento y Universidades