

0077/2022**I**

El Anteproyecto de Ley Orgánica presentado a informe tiene por objeto, como establece su Exposición de Motivos, una regulación del derecho a la defensa que permita a los ciudadanos conocer el alcance general de este derecho. Expresa dicha introducción a la ley que no es su objetivo primordial la recopilación de normas procesales que ya gozan de un reconocimiento expreso en otras normas, ni la reiteración de principios consagrados, o la determinación de la regulación de la profesión de la abogacía, sino que va más allá: centra su razón de existir en la necesidad de que las personas físicas y jurídicas conozcan el especial reconocimiento y garantías que les corresponden como titulares de su derecho de defensa. La Memoria de Análisis de Impacto Normativo (MAIN) añade que el objetivo fundamental de la norma es recoger los aspectos esenciales del ejercicio del derecho de defensa como concepto distinto, aunque antecedente, al derecho a un juicio justo. En definitiva, expresa la MAIN, se trata de consagrar en un texto legal el conjunto de garantías y facultades jurídicas que asisten a las partes en un proceso judicial, permitiéndoles defender sus intereses legítimos y asegurándoles la tutela judicial efectiva, pero sin que ello suponga un detrimento de la regulación establecida con carácter específico en las distintas leyes procesales, que desarrollan este derecho en sus respectivos ámbitos.

Esta regulación genérica, pretendida, del anteproyecto, podría justificar en cierta medida que en su articulado no exista referencia alguna a la protección de datos personales, pues los tratamientos que surjan del ejercicio del derecho a la defensa surgirán precisamente en el ámbito de cada orden jurisdiccional, regulados por las leyes específicas de dichos ámbitos. Existe por otra parte una regulación común de la protección de datos de carácter personal en el ámbito de la Administración de Justicia, en los arts. 236 bis a 236 decies de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) que es de obligatoria aplicación a todos los órdenes jurisdiccionales, así como una regulación específica en la Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo, de protección de datos personales

tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales (LO 7/2021).

II

El anteproyecto extiende también el ámbito de aplicación del derecho de defensa, en su art. 2, a las controversias que surgen ante las Administraciones Públicas. La ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (ley 39/2015) reconoce expresamente (art. 13. h) el derecho de los administrados a la protección de datos de carácter personal, y en particular a la seguridad y confidencialidad de los datos que figuren en los ficheros, sistemas y aplicaciones de las Administraciones Públicas, protección que se extiende a la transmisión de datos entre las propias Administraciones Públicas de manera que no podrá realizarse ningún tratamiento de datos ulterior con fines distintos para los cuales se recogieron inicialmente los datos personales, salvo cuando dichos tratamientos están previstos en una norma con rango de ley de conformidad con lo previsto en el artículo 23.1 del Reglamento (UE) 2016/679 (art. 155 de la ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, ley 40/2015).

III

El derecho a la defensa se articula mediante la asistencia jurídica, la cual es según la norma “indisponible” (art. 1 del proyecto), pero es renunciable sólo cuando las leyes lo prevean expresamente (art. 4.3 del proyecto). El prelegislador hace por tanto extensiva dicha indisponibilidad a todos los procesos, salvo ley especial que permita “expresamente” renunciar al derecho a la asistencia jurídica. El art. 6 del convenio Europeo de Derechos Humanos, por su parte, parece garantizar a todo “acusado”, como mínimo, entre otros, el derecho “a defenderse a sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección” (...), de manera alternativa. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha mantenido que es un derecho del acusado renunciar a los derechos relacionados con la tutela judicial, lo que incluye también el derecho a la asistencia jurídica, pero dicha posibilidad de renuncia no puede ir contra un “interés público importante” (véase por ejemplo *Simeonovi v. Bulgaria*, Grand Chamber, 2017, #115).

115. The Court reiterates that neither the letter nor the spirit of Article 6 of the Convention prevents a person from waiving of his own free will, either expressly or tacitly, the entitlement to the guarantees of a fair trial. That also applies to the right to legal assistance (see, among other authorities, Dvorski, cited above, §§ 100 and 101, and Sakhnovskiy v.

*Russia [GC], no. 21272/03, § 90, 2 November 2010). However, if it is to be effective for Convention purposes, such a waiver must be established in an unequivocal manner and be attended by minimum safeguards commensurate to its importance. Such a waiver need not be explicit, but it must be voluntary and constitute a knowing and intelligent relinquishment of a right (see Pishchalnikov v. Russia, no. 7025/04, § 77, 24 September 2009, and paragraph 119 below). Before an accused can be said to have implicitly, through his conduct, waived an important right under Article 6, it must be shown that he could reasonably have foreseen what the consequences of his conduct would be (Pishchalnikov, cited above, § 77 in fine). Moreover, **the waiver must not run counter to any important public interest** (see Håkansson and Stureson v. Sweden, 21 February 1990, § 66, Series A no.171-A, and Sejdic v. Italy [GC], no. 56581/00, § 86, ECHR 2006-II).*

En su sentencia Correia de Matos v. Portugal, Grand Chamber, 4 de abril 2018, #122 a 137, el TEDH entendió que la posibilidad de elección entre las opciones previstas por el art. 6.3.c) del CEDH depende de la normativa interna de los Estados Miembros, ya que estos, al adoptar dicha decisión, gozan de un margen de apreciación (#122), pero sin embargo dicha libertad no es ilimitada (#127) para el legislador (#129).

137. In sum, the Court considers that the standards adopted by other Contracting Parties to the Convention and the international developments outlined above should be considered both by the Contracting Parties when carrying out the parliamentary review referred to above and by the Court when it exercises its supervisory function. However, given the considerable freedom in the choice of means which the Court's well-established case-law has conferred on those States to ensure that their judicial systems are in compliance with the requirements of the right to defend oneself "in person or through legal assistance" in Article 6 § 3 (c) (see paragraphs 123-26 above), and given that the intrinsic aim of the latter provision is to contribute to ensuring the fairness of the criminal proceedings as a whole (see paragraphs 120 and 126 above), those standards are not determinative. Indeed, were they determinative, the member States' freedom regarding the choice of means and the margin of appreciation afforded to them when exercising that choice would be excessively reduced. The Court observes that an absolute bar against the right to defend oneself in person in criminal proceedings without the assistance of counsel may, under certain circumstances, be excessive. That being said, while there may be a tendency amongst the Contracting Parties to the Convention to recognise the right of an accused to defend him or herself without the assistance of a registered lawyer, there is no consensus as such and even national legislations which provide for such a right vary considerably in when and how they do so.

El art. 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) reconoce, en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial, que “[t]oda persona *podrá* hacerse aconsejar, defender y representar”, y el art. 48 garantiza a todo acusado el respeto de los derechos de la defensa. A su vez, del art. 9 de la Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad, quizás de manera algo confusa sí parece desprenderse que la normativa nacional puede “exigir”, -por lo tanto en dicho caso no podría renunciarse a dicho derecho-, la presencia obligatoria de un letrado. Precisamente el TEDH, en el apartado 136 de su sentencia Correia Matos, 2018, citada, menciona dicha Directiva y concluye que el derecho de la UE parece dejar la elección a los Estados miembros.

136. As regards EU law, the terms of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, the explanatory notes which accompany it and Directive 2013/48/EU suggest that the rights guaranteed by Articles 47, second paragraph, and 48(2) of the Charter correspond to those in Article 6 §§ 1, 2 and 3 of the Convention. As for the Directive, which does not appear to have been the subject of an interpretation by the Court of Justice of the European Union to date, both Articles 3(4) (“Notwithstanding the provisions of national law concerning the mandatory presence of a lawyer ...”), and 9(1) (“Without prejudice to national law requiring the mandatory presence or assistance of a lawyer ...”), appear to leave the choice regarding whether or not to opt for a system of mandatory legal representation to individual Member States.

IV

En el art. 6.3, segundo párrafo se establece una medida general, por tanto aplicable a todos los órdenes jurisdiccionales, de posibilidad de solicitud de información o documentos a terceros, también a personas físicas. Esto plantea un posible conflicto entre el derecho fundamental a la protección de datos personales y a la tutela judicial efectiva en aquellos casos en que la información o documentos solicitados contenga datos de carácter personal, que pueden ser incluso especialmente protegidos conforme al art. 9 RGPD.

Es cierto que el precepto se remite para dicha posibilidad a los procedimientos y con las limitaciones establecidas en la ley, lo que incluye a la normativa procesal, específicamente en materia de prueba, diligencias preliminares etc. Ahora bien, en un texto como el presente que pretende una regulación genérica del derecho a la defensa no puede hacerse abstracción de los demás derechos fundamentales que confluyen en un litigio o contienda judicial, pues como resulta expresamente del artículo comentado, ello puede

afectar no solo a la parte contraria sino también a terceros, cuyos derechos fundamentales habrán de ser igualmente protegidos por los tribunales, o en su caso por la administración ante quien se dirime la contienda. Por ello se sugiere que a continuación de la frase que finaliza en “establecidas por la ley”, se inicie una nueva conforme a la cual la parte que solicita dicha información o documento deberá motivar la necesidad del mismo y su pertinencia, los tribunales habrán de ponderar los derechos fundamentales en juego, y especialmente el derecho fundamental a la Protección de Datos personales, de manera que el órgano judicial motive expresamente la afección a dicho derecho que supone la solicitud de la información o documentos por la parte que los pide y pondere el conflicto entre ambos derechos, y todo ello supone expresamente que el tercero a quien se le pide la documentación podrá oponerse ante el juez que se la solicita, incluyendo su derecho a recurrir la decisión judicial en su caso, haciendo valer sus derechos o intereses y las razones de su oposición.

El art. 7 del proyecto pone de manifiesto la necesidad expuesta en el párrafo anterior de oír a las personas cuyos derechos e intereses legítimos puedan resultar afectados por la decisión que se adopte. Ello incluye a aquellos terceros a los cuales se solicita información conforme al art. 6.3, segundo párrafo, del proyecto.

Se sugiere que la expresión “resulten afectados” del art. 7.1 se modifique por la de “puedan resultar afectados”.

V

El art. 10 del proyecto hace referencia a los derechos de los titulares del derecho de defensa ante los Tribunales y en sus relaciones con la Administración de Justicia. Si bien es cierto que dicha lista no es limitativa (véase la expresión “entre otros”, o la referencia en el apartado n) a “[c]ualesquiera otros que les reconozcan la Constitución Española y las leyes”), sí que es tributaria, al menos en parte, de la lista de derechos que el art. 13 de la ley 39/2015 reconoce a las personas en sus relaciones con las Administraciones Públicas. Este art. 13 incluye en su apartado h) el reconocimiento a su derecho fundamental a la protección de datos personales.

Artículo 13. Derechos de las personas en sus relaciones con las Administraciones Públicas.

Quienes de conformidad con el artículo 3, tienen capacidad de obrar ante las Administraciones Públicas, son titulares, en sus relaciones con ellas, de los siguientes derechos

h) A la protección de datos de carácter personal, y en particular a la seguridad y confidencialidad de los datos que figuren en los ficheros, sistemas y aplicaciones de las Administraciones Públicas

No se advierte ninguna razón, y la MAIN tampoco la contempla, para que el derecho fundamental a la protección de datos personales no se incluya expresamente en la relación del art. 10 del proyecto como un nuevo apartado expreso. Dicha mención podría remitirse a la regulación según las leyes, ya que la regulación de los tratamientos, bien jurisdiccionales o no jurisdiccionales, se contienen, como ya se ha hecho mención, en los arts. 236 bis a 236 decies LOPJ. Dada la finalidad proclamada del anteproyecto de ley de ser una regulación general del derecho a la defensa, e incluir los derechos de los interesados ante la Administración de Justicia, la mención en este art. 10 cumple con dicha función de visibilidad.

Así, un nuevo apartado que recoja lo anterior podría tener la siguiente redacción:

x) A la protección de datos de carácter personal de acuerdo con lo establecido en las leyes, y en particular a la seguridad y confidencialidad de los datos que figuren en los ficheros, sistemas y aplicaciones de la Administración de Justicia.

VI

El art. 14 del proyecto regula la Hoja de Encargo, o medio equivalente. El proyecto propone que la hoja de encargo tenga un determinado contenido, de manera que conste en la misma la información de los derechos que asisten al titular del derecho a la defensa, los trámites esenciales a seguir en función de la controversia planteada y las principales consecuencias jurídicas inherentes a su decisión, así como el presupuesto previo con los honorarios y costes derivados de su actuación.

A partir de dicho encargo -en definitiva, un contrato- el profesional del derecho prestará sus servicios. Es inherente a dicha actuación profesional el tratamiento por dicho profesional de datos personales de su cliente, que en muchas ocasiones pueden ser datos de categorías especiales, ya sean datos relativos al artículo 9 RGPD (datos médicos, por ejemplo), o relativos al art. 10 RGPD (datos personales relativos a condenas e infracciones penales).

Esta AEPD sugiere que, dentro del contenido de la hoja de encargo o medio equivalente, se incluya la información necesaria al interesado (el cliente) para que se le informe de sus derechos conforme a la normativa de protección de datos personales respecto de los tratamientos que el profesional del derecho realizará de los mismos (art. 13 RGPD y art. 11 LOPDGGDD). Igualmente, dado el carácter sensible, en general, de los datos personales de los datos de los clientes que han de tratarse por los abogados, se recoja expresamente que la finalidad de dichos tratamientos ha de ser exclusivamente la defensa encomendada, salvo que exista una norma con rango de ley que

cumpla con los requisitos del art. 6.4 del RGPD, y por referencia de este precepto, para salvaguardar los fines esenciales que se recogen en el art. 23.1 RGPD. Esta redacción sería similar a la del art. 155.2 y 155.3 de la ley 40/2015.

Así, podría redactarse dicho artículo 14 añadiendo lo siguiente:

1. Toda persona podrá solicitar que la contratación de los servicios jurídicos de defensa se formalice por escrito en una hoja de encargo profesional o medio equivalente, en el que constará la información de los derechos que le asisten, los trámites esenciales a seguir en función de la controversia planteada y las principales consecuencias jurídicas inherentes a su decisión, así como del presupuesto previo con los honorarios y costes derivados de su actuación.

2. En dicha hoja de encargo o documento equivalente se incluirá igualmente, en caso de que se obtengan datos personales relativos al interesado, la información necesaria conforme al art. 13 del Reglamento (UE) 2016/679, General de Protección de Datos. El cumplimiento de dicho deber de información podrá cumplirse de la manera establecida en el art. 11 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

3. El tratamiento de los datos personales obtenidos tendrá por exclusiva finalidad el ejercicio del derecho de defensa encomendado por el cliente. En ningún caso podrá procederse a un tratamiento ulterior de los datos para fines incompatibles con el fin para el cual se recogieron inicialmente los datos personales. Se exceptúan los supuestos en que el tratamiento para otro fin distinto de aquel para el que se recogieron los datos personales esté previsto en una norma con rango de ley que constituya una medida necesaria y proporcional en una sociedad democrática para salvaguardar los objetivos indicados en el artículo 23, apartado 1, del Reglamento (UE) 2016/679.

VII

Esta AEPD sugiere que, dado que se regula en el texto proyectado el derecho a la defensa, esta ley podría ser el lugar adecuado para añadir una disposición (bien en el texto del articulado bien una disposición adicional, que podría ser la Tercera) mediante la cual se corrija lo que la doctrina ha llamado “laguna normativa”¹ en el Estatuto General de la Abogacía aprobado por Real Decreto 135/2021, de 2 de marzo en relación con la posibilidad de la autodefensa por quien tiene la titulación adecuada.

1 https://cincodias.elpais.com/cincodias/2021/09/27/legal/1632738542_317362.html

Volviendo a lo expuesto anteriormente en este informe, el Convenio Europeo de Derechos Humanos (art. 6.3.c) reconoce expresamente la posibilidad de defenderse uno a sí mismo. Dicho derecho fundamental no se condiciona a que el acusado sea versado en derecho, sino que deriva de su propia condición de acusado. En consecuencia, si no sería necesario, conforme al CEDH, ser letrado para defenderse a sí mismo, no existirá impedimento en que si dicha persona sí ostenta un título en derecho pueda asumir su propia defensa. Y si ello es así en el ámbito penal (“acusado”) más aún lo será en otros ámbitos y órdenes jurisdiccionales.

Ello fue así recogido tanto en el Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española (art. 17.5):

5. No se necesitará incorporación a un Colegio para la defensa de asuntos propios o de parientes hasta el tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad, siempre que el interesado reúna los requisitos establecidos por el artículo 13.1, párrafos a), b) y c) del presente Estatuto, así como aquellos que puedan establecer las normas vigentes. Los que se hallen en este caso serán habilitados por el Decano del Colegio de Abogados para la intervención que se solicite. Tal habilitación supone para quien la recibe, aunque sólo con relación al asunto o asuntos a que alcanza, el disfrute de todos los derechos concedidos en general a los abogados y la asunción de las correlativas obligaciones.

como en el anterior Real Decreto 2090/1982, de 24 de julio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía (art. 20):

Art. 20. No se necesitará incorporación para la defensa de asuntos propios o de parientes en el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, siempre que el interesado tenga capacidad legal para el ejercicio de la profesión. Los que se hallen en este caso serán habilitados por el Decano del Colegio de Abogados para la intervención que se solicite. Tal habilitación supone para quien la recibe, aunque sólo con relación al asunto o asuntos a que alcanza, el disfrute de todos los derechos concedidos en general a los Abogados y la asunción de las correlativas obligaciones.

Y ello parece conveniente porque con la redacción del actual Estatuto General de la Abogacía de 2021 un titulado en derecho no podría defenderse a sí mismo. Y como ya hemos visto más arriba, en la sentencia del TEDH Correia de Matos v. Portugal, Grand Chamber, 4 de abril 2018, #122 a 137, el TEDH ya dijo que (#137):

The Court observes that an absolute bar against the right to defend oneself in person in criminal proceedings without the assistance of counsel may, under certain circumstances, be excessive.

Debiendo tenerse en cuenta asimismo que la decisión Correia de Matos citada, de 2018, se adoptó con nueve votos a favor y ocho en contra, con varios votos particulares en contra de la decisión mayoritaria adoptada.

En el ámbito específico del derecho fundamental a la protección de datos, esta posibilidad supondría una manifestación adicional o un reforzamiento del poder de disposición sobre sus propios datos personales, al no necesitarse en este caso una cesión (“tratamiento de datos”) de los datos personales del interesado a un tercero (el abogado), por lo que dicho poder de disposición se vería reforzado al no ser necesario un tratamiento adicional de dichos datos por un tercero.

Como ha declarado el Tribunal Constitucional (STC 292/2000, de 30 de noviembre)

7. De todo lo dicho resulta que el contenido del derecho fundamental a la protección de datos consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso.

Así, y al igual que en la Disposición adicional tercera, apartado 1, de la Ley 34/2006, de 30 de octubre, sobre el acceso a las profesiones de Abogado y Procurador de los Tribunales, se reconoce la excepción a la necesidad de obtener la titulación profesional de “abogado” prevista en el artículo 1 de dicha ley (que no la necesidad de título de licenciado/graduado en derecho, véase la referencia al art. 551 LOPJ) para el ejercicio profesional de quienes asesoran en derecho a las Administraciones Públicas, cabría sugerir una nueva Disposición Adicional Tercera en la ley proyectada y sometida a informe que reconozca la no necesidad de dicho título profesional (que no de la licenciatura o Grado en derecho) en caso de ejercicio de la autodefensa jurídica, o a favor de familiares.

Por otra parte, ya el art. 9.1.b) del Estatuto General de la Abogacía Española aprobado por Real Decreto 135/2021, de 2 de marzo, establece que *para la colegiación la ley puede prever excepciones a la necesidad de obtener el título profesional requerido en el art. 1 de la ley 34/2006, de 30 de octubre.*

Así, dicha nueva Disposición Adicional Tercera del proyecto podría tener la siguiente redacción, o similar:

No se necesitará incorporación a un Colegio para la defensa de asuntos propios o de parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, siempre que el interesado reúna los requisitos establecidos por el artículo 9.1, párrafos a) y c) del Estatuto General de

la Abogacía aprobado por Real Decreto 135/2021, de 2 de marzo, y tenga la titulación de Licenciado en Derecho o Graduado en Derecho, o se haya obtenido la correspondiente homologación. Quienes se hallen en este caso serán habilitados con carácter gratuito por el Decano del Colegio de Abogados para la intervención que se solicite como colegiados ejercientes y tendrán a todos los efectos establecidos en las leyes tal consideración. Tal habilitación supone para quien la recibe, aunque sólo con relación al asunto o asuntos a que alcanza, el disfrute de todos los derechos concedidos en general a los abogados y la asunción de las correlativas obligaciones. Dicho interesado podrá actuar en todos los recursos de que sean susceptibles los asuntos que dirigió en cualquier instancia ante cualesquiera Tribunales o Juzgados sin que para ello tenga necesidad de incorporarse a los Colegios donde radiquen los Tribunales ante los que dichos recursos, acciones o reclamaciones se sustancien.