

TORN D'OFICI I JUSTÍCIA GRATUÏTA: LA SEVA DIFERENCIACIÓ.

La intervenció preceptiva d'advocat sense justícia gratuïta i problemàtica que se'n deriva.

SOLUCIONS.

Per Josep M. Bernat Freixas, Advocat.

1. Torn d'ofici versus assistència jurídica gratuïta. Definicions de cada concepte.

El torn d'ofici es refereix al servei prestat per un advocat d'ofici o advocat de torn a un ciutadà, defensant-lo davant un tribunal de justícia. És un servei establert amb l'objectiu de satisfer el dret a la tutela judicial i a un procés amb les màximes garanties d'igualtat i independència; respectant el dret a la defensa de tot acusat davant la Llei, així com l'assistència necessària per iniciar un procés judicial.

L'assistència jurídica gratuïta compren tots els elements anteriors però incloent el fet que la prestació del servei serà gratuïta pel ciutadà i finançada per l'Estat.

El torn d'ofici és el sistema a través del qual els Col·legis procedeixen a designar advocat als que necessiten defensa jurídica, però els serveis que són prestats per aquests lletrats només seran gratuïts, per als qui acreditin que no tenen recursos econòmics.

L'assistència jurídica gratuïta és un servei públic que garanteix l'accés a la justícia en condicions d'igualtat als qui no tenen recursos econòmics per litigar. La gestió d'aquest servei està encomanada als Col·legis d'Advocats.

2. Antecedents d'ambdues figures

Un dels antecedents més importants a l'hora de parlar tant del torn d'ofici com del benefici de justícia gratuïta és la **Declaració Universal dels Drets Humans**. 3 dels 30 articles de què està composta es refereixen a aquestes qüestions:

Artículo 8

Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.

Artículo 10

Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.

Artículo 11

1. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.

2. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.

Es configura per tant:

- D'una banda, el dret d'accés als tribunals.
- D'una altra banda, que aquest accés es realitzi en plena igualtat
- Per últim: assegurar totes les garanties necessàries per la defensa

És justament aquest últim punt el que fonamenta la figura de l'advocat d'ofici, atès que la màxima garantia per la defensa de qualsevol persona és que sigui assistit per un advocat.

No existint cap altre figura que pugui substituir la funció que realitza l'advocacia, la seva intervenció és preceptiva a la majoria d'actuacions judicials i la seva absència suposaria una conculcació dels principis generals de l'Estat de Dret.

És per això que si el justiciable que ha de ser atès no en designa cap advocat, sigui per què no en té prou recursos econòmics (assistència jurídica gratuïta) o per qualsevol altre motiu (torn d'ofici); l'Estat de Dret contreu l'obligació de procurar-li un.

A la **Constitució Espanyola de 1978** aquesta màxima es concreta a l'article 24, per tant, inclòs en el capítol de drets fonamentals:

Artículo 24

1. *Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.*

2. *Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.*

La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.

D'una banda, l'accés a la justícia no és un simple accés, es tracta d'obtenir la "tutela judicial efectiva"

D'altra, el dret a la defensa inclou l'assistència de lletrat.

Però ja abans, quan es tractava de la privació de llibertat, la CE és suficientment clara i diàfana respecte aquest dret:

Artículo 17

1. *Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley.*

2. *La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial.*

3. *Toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar. Se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca.*

4. La ley regulará un procedimiento de "habeas corpus" para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente. Asimismo, por ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional.

És obvi, novament que l'Estat s'assigna l'obligació de garantir la presència d'un advocat sense que aquí encara es faci cap tipus de referència a l'assistència jurídica gratuïta.

Aquesta referència apareix bastant més endavant, en la secció dedicada al Poder Judicial, quan a l'article 119 estableix que

Artículo 119

La justicia será gratuita cuando así lo disponga la ley y, en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar.

Fixem-nos be que el que es disposa és que la justícia serà gratuïta. No parla aquí ni distingeix, si es refereix a l'accés als tribunals, als pèrits o als advocats. Serà una llei la que haurà de determinar aquestes concrecions sense perjudici que la condició indispensable és que quedi acreditada la dificultat o carència de recursos suficients.

En qualsevol cas, és meridianament clar que l'obligació de l'Estat de Dret de procurar un advocat per la defensa d'una persona es troba reconeguda sense perjudici si aquesta persona tindrà dret o no a gaudir-la de manera gratuïta.

Però, per si no quedés del tot clar, la Comissió Europea ho porta encara més lluny doncs s'estableix també l'obligació d'assegurar que aquesta defensa reuneix totes les garanties d'una bona defensa: *"Puesto que el sospechoso no siempre está en condiciones de evaluar la eficacia de la defensa y representación efectuada por su abogado, la responsabilidad de establecer un sistema para comprobarlo debe recaer en los Estados miembros"*¹

Aquesta és també la filosofia que planeja a la moció que el Diputat Diego López Garrido realitza davant del Congrés dels Diputats en data 10 de maig de 1994 i que dóna lloc a l'inici de la tramitació i posterior aprovació de la Llei 1/1996 d'assistència jurídica gratuïta.

Explícitament, el Diputat al Congrés ens diu que *"se trata, sin duda, de un servicio público que el Estado tiene la obligación de preservar, que el Estado tiene la obligación de garantizar (...) Es decir, estamos ante la necesidad de una responsabilidad por parte del Estado para que se produzca una asistencia jurídica técnica efectiva, en paralelo al derecho a la tutela judicial efectiva"*

¹ DECISIÓN MARCO DEL CONSEJO relativa a determinados derechos procesales en los procesos penales celebrados en la Unión Europea. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2004:0328:FIN:es:PDF>

Ara bé, la regulació a la que dona lloc i com el seu propi nom indica, pretén referir-se única i exclusivament al dret a l'assistència jurídica gratuïta encara que, com veurem més endavant la pròpia llei cau en llacunes o certes contradiccions que fan palesa la confusió a vegades existent entre un concepte i l'altre.

3. La Llei 1/1996 i la confusió creada.

La Llei 1/1996 de 10 de gener d'assistència jurídica gratuïta busca la seva justificació en l'article 119 de la CE i per tant, se centra en l'accés a la tutela judicial efectiva per part d'aquells ciutadans que acreditin insuficiència de recursos.

També parla però de "vocació unificadora" de la dispersa legislació processal *"con las lógicas consecuencias de claridad y certeza que redundan, en definitiva, en un incremento de la seguridad jurídica"*

Ara bé i aquí es on comencen les confusions entre les dues figures, les modificacions que en la legislació processal provoca la publicació i vigència de la Llei 1/1996 manté referències a l'anomenat "Advocat d'ofici" entès com quelcom diferenciat de l'assistència jurídica gratuïta encara que, la regulació d'aquesta figura (qui pot formar part, en quines condicions, etc.) resta en una llacuna legal.

Efectivament, la Llei d'enjudiciament criminal quan a l'article 520 regula els aspectes relacionats amb la detenció, estableix clarament que: *"La autoridad judicial y los funcionarios bajo cuya custodia se encuentre el detenido o preso, se abstendrán de hacerle recomendaciones sobre la elección de Abogado y comunicarán en forma que permita su constancia al Colegio de Abogados el nombre del Abogado elegido por aquél para su asistencia o petición de que se le designe de oficio. El Colegio de Abogados notificará al designado dicha elección, a fin de que manifieste su aceptación o renuncia. En caso de que el designado no aceptare el referido encargo, no fuera hallado o no compareciere, el Colegio de Abogados procederá al nombramiento de un Abogado de oficio. El Abogado designado acudirá al centro de detención a la mayor brevedad y en todo caso, en el plazo máximo de ocho horas, contadas desde el momento de la comunicación al referido Colegio*

Es pressuposa doncs que el Col·legi d'Advocats podrà fer aquest nomenament sobre la base d'un llistat però del que no se sap res més. Si serà de tots els advocats que estiguin col·legiats, o d'adscripció voluntària. Si podrà formar part tot advocat exercent o només aquells que tinguin acreditat un temps mínim d'experiència.

L'article 118 del mateix text legal torna a insistir en la possibilitat de nomenar aquest advocat d'ofici malgrat que aquí fins i tot, oblida aclarir qui o com el nomenarà:

Toda persona a quien se impute un acto punible podrá ejercitar el derecho de defensa, actuando en el procedimiento cualquiera que éste sea, desde que se le comunique su existencia, haya sido objeto de detención o de cualquiera otra medida cautelar o se haya acordado su procesamiento, a cuyo efecto se le instruirá de este derecho.

La admisión de denuncia o querrela y cualquier actuación procesal de la que resulte la imputación de un delito contra persona o personas determinadas, será puesta inmediatamente en conocimiento de los presuntamente inculcados.

Para ejercitar el derecho concedido en el párrafo primero, las personas interesadas deberán ser representadas por Procurador y defendidas por Letrado, designándoseles de oficio o cuando no los hubiesen nombrado por sí mismos y lo solicitaren, y en todo caso, cuando no tuvieran aptitud legal para verificarlo.

Si no hubiesen designado Procurador o Letrado, se les requerirá para que lo verifiquen o se les nombre de oficio, si, requeridos, no los nombrasen, cuando la causa llegue a estado en que se necesite el consejo de aquéllos o haya de intentar algún recurso que hiciese indispensable su actuación

I és a l'article 767 quan torna a parlar del a necessària intervenció del Col·legi d'Advocats però continua referint-se a una figura, la de l'advocat d'ofici, de la que se sap poca cosa més. *Desde la detención o desde que de las actuaciones resultare la imputación de un delito contra persona determinada será necesaria la asistencia letrada. La Policía Judicial, el Ministerio Fiscal o la autoridad judicial recabarán de inmediato del Colegio de Abogados la designación de un abogado de oficio, si no lo hubiere nombrado ya el interesado.*

Per acabar d'incidir més en la confusió, la vigent Llei d'Enjudiciament civil estableix al seu article 33:

LEC .Artículo 33. Designación de procurador y de abogado.

1. Fuera de los casos de designación de oficio previstos en la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, corresponde a las partes contratar los servicios del procurador y del abogado que les hayan de representar y defender en juicio.

2. No obstante, el litigante que no tenga derecho a la asistencia jurídica gratuita podrá pedir que se le designe abogado, procurador o ambos profesionales, cuando su intervención sea preceptiva o cuando, no siéndolo, la parte contraria haya comunicado al Tribunal que actuará defendida por abogado y representada por procurador. En el caso de que la petición se realice por el demandado, deberá formularla en el plazo de los tres días siguientes a recibir la cédula de emplazamiento o citación.

Estas peticiones se harán y decidirán conforme a lo dispuesto en la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, sin necesidad de acreditar el derecho a obtener dicha asistencia, siempre que el solicitante se comprometa a pagar los honorarios y derechos de los profesionales que se le designen.

3. Cuando en un juicio de aquellos a los que se refiere el número 1º del apartado 1 del artículo 250, alguna de las partes solicitara el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita, el Tribunal, tan pronto como tenga noticia de este hecho, dictará una resolución motivada requiriendo de los colegios profesionales el nombramiento provisional de abogado y de procurador, cuando las designaciones no hubieran sido realizadas con anterioridad, sin perjuicio del resarcimiento posterior de los honorarios correspondientes por el solicitante si se le deniega después el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

Dicha resolución se comunicará por el medio más rápido posible a los Colegios de Abogados y de Procuradores, tramitándose a continuación la solicitud según lo previsto en la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita.

4. En los juicios a los que se refiere el apartado anterior, el demandado deberá solicitar el reconocimiento del derecho de asistencia jurídica gratuita o interesar la designación de abogado y procurador de oficio dentro de los tres días siguientes al de la notificación de la demanda. Si la solicitud se realizara en un momento posterior, la falta de designación de abogado y procurador por los colegios profesionales no suspenderá la celebración del juicio, salvo en los supuestos contemplados en el párrafo segundo del artículo 16 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita.

Com es pot veure, el que des d'aquesta redacció se'n desprèn és que justament, l'advocat d'ofici apareix quan el sol·licitant no té dret a l'assistència jurídica gratuïta. La utilització de la conjunció disjuntiva "o" en l'apartat 4 d'aquest articulat és claríssima.

Ara bé, la única referència legislativa a la necessària creació d'una llista d'advocats d'ofici i les seves condicions, la trobem a la Llei 1/1996 d'assistència jurídica gratuïta. En concret en el capítol III (articles 22 a 26) determinant-se què:

- a) La competència per l'organització dels serveis és dels Col·legis d'Advocats.
- b) Els professionals adscrits hauran d'actuar sempre amb llibertat i independència de criteri.
- c) La necessària constitució de torns per a la distribució equitativa i objectiva d'assumpes i garantia del servei d'assistència al detingut.
- d) La formació dels professionals que hi són inscrits.
- e) La responsabilitat patrimonial dels Col·legis per la garantia d'aquests serveis.

A partir d'aquí, les contínues referències a l'advocat d'ofici són evidents a tota la llei malgrat que el seu finançament a càrrec de fons públics es vincula clara i taxativament a l'existència d'una declaració de dret al benefici de justícia gratuïta.

Això no obsta per què també es faci una previsió respecte la possibilitat que l'advocat percebi honoraris professionals directament del client (article 36 de la Llei) i l'obligació corresponent de retornar el que en el seu cas s'hagués percebut a càrrec de fons públics.

Però en termes generals, la defensa per part d'una professional d'ofici està vinculada en tots els seus extrems a l'acreditació d'insuficiència de recursos i obtenció del reconeixement del dret, a excepció però d'un supòsit: el de l'assessorament previ al procés; ja que la pròpia definició d'aquest servei, al no estar vinculat a l'existència d'un procediment judicial, el configura de facto en un servei universal.

Ens trobem doncs amb la crua realitat per la que es dona per suposat que els Col·legis d'Advocats hauran de tenir una llista d'advocats d'ofici, que podran ser designats per actuar en defensa d'algun ciutadà però sense que es pugui garantir que en cap cas percebin els seus honoraris, ja que no ens oblidem que el fet que el justiciable no acrediti la seva insuficiència de recursos no pressuposa de cap de les maneres que tinguin prou recursos per abonar els honoraris de l'advocat o que aquests recursos siguin localitzables.

Pensem en els casos reals d'estrangers que són expulsats del país, en les societats creades com a pantalles fantasma o desaparegudes per inactivitat o en qualsevol persona que es nega a col·laborar amb la justícia i no té cap tipus de propietat al seu nom.

El problema a més es complica quan, a sobre, l'advocat designat d'ofici no pot renunciar a la mateixa designació a excepció de determinats supòsits molts taxats, ja què com va manifestar el Diputat socialista Navarrete Merino en una de les seves intervencions mentre es tramitava la Llei: *"Entendemos que la inclusión en el turno de oficio comporta la dejación de una serie de exquisiteces que en materia de conciencia sólo tienen un reconocimiento parcial en la legislación española. En todo caso, hay una posibilidad, que sería la renuncia a formar parte del turno, que es la única que entendemos, en otros órdenes, que no entorpecería demasiado los turnos, que constituyen una servidumbre aunque también tienen un aspecto de facultad que va aneja al ejercicio de la abogacía."*

4. La regulació de la figura del torn d'ofici.

Com el Degà de Salamanca i anterior President de la Comissió de Justícia Gratuïta del Consejo General de la Abogacía Española, Luis F. Nieto Guzman, va dir en la seva obra "Turno de Oficio y Justicia gratuita"² *"La función social de la Abogacía es, por definición, una de sus notas intrínsecas e inherente desde el mismo momento en que su esencia y razón de ser es precisamente la defensa de derechos e intereses ajenos"*

També és cert que *"ha de partirse, necesariamente, de la concepción del Turno de Oficio como un servicio público, donde el principal protagonista es el ciudadano y donde el Abogado cumple una función social de primer orden en la que debe estar tan interesado como el que más en el que sistema funcione"*

Però el que no seria legítim ni just és pretendre imposar als advocats la realització d'una funció a la que, en realitat, com hem dit abans, qui està obligat a prestar-la és l'Estat, sense cap tipus de contraprestació per la tasca desenvolupada.

Cal tenir en compte que, el reivindicar que l'advocat ha de veure garantit el cobrament, no és contradictori amb el fet que defensem i defensarem que l'obligat al pagament és i ha de ser aquell ciutadà que no ha pogut acreditar que no té suficients ingressos econòmics.

Però mentre que aquest pagament no es produeixi, siguin les circumstàncies que siguin les que provoquin aquest endarreriment o morositat, l'Estat haurà de garantir i finançar aquest servei públic abonant a l'advocat una contraprestació.

L'advocat d'ofici com en els supòsits d'actuació davant l'assistència jurídica gratuïta, quan percebi els seus honoraris professionals haurà de procedir a retornar allò que hagués percebut a càrrecs dels fons públics.

Aquesta ha de ser la màxima principal i el que exigim des d'aquesta tribuna és que:

- o bé s'aprofiti per modificar l'actual Llei d'assistència jurídica gratuïta per redenominar-la "Llei de l'actuació d'ofici i de l'assistència jurídica gratuïta" incloent tota la regulació i imprescindible compromís de garantir el principi de defensa consagrat a la Constitució amb el finançament adequat
- o bé es redacti una nova Llei que reguli la figura de l'advocat d'ofici que actua per defensar un justiciable que no ha obtingut el reconeixement del dret.

Aquest ha de ser el plantejament irrenunciable que l'advocacia barcelonina hem de fer de manera clara.

En la línia de les primeres opcions s'han redactat les esmenes del Consell de Col·legis d'Advocats de Catalunya, en el que el nostre Col·legi d'Advocats de Barcelona és una

² Turno de Oficio y Justicia Gratuita. Luis F. Nieto Guzmán de Lázaro. La Ley. 2008

peça fonamental, presentades davant del Ministerio de Justicia atesa la redacció d'avantprojecte que circulava.

Per exemple, a l'article 31 en el que es parla clarament d'aplicació dels fons públics, es proposa la supressió de tot l'articulat en la mida que condiona el pagament a l'existència de reconeixement exprés del dret a l'assistència jurídica gratuïta.

En substitució, l'advocacia catalana proposa un redactat que garanteix el cobrament de l'advocat d'ofici però també l'obligació del justiciable d'abonar els honoraris:

1. La intervención de los profesionales designados de oficio para la asistencia, defensa y representación gratuita en todo caso será retribuida previa acreditación de las actuaciones llevadas a cabo. En los supuestos que se denegare el reconocimiento del derecho a obtener la justicia gratuita la Administración pública competente procederá a reclamar al solicitante el importe abonado a los citados profesionales.

2. A los efectos anteriormente expresados los profesionales deberán cursar la solicitud de cobro previa acreditación de haber reclamado judicialmente el abono de sus honorarios según lo dispuesto en el artículo 19 de esta Ley; siempre que instada la ejecución en el plazo de 3 meses no se haya hecho efectivo su cobro y sin perjuicio del reintegro en caso de realización efectiva posterior.

3. No obstante en aquellos supuestos que existiere resolución judicial declarando la insolvencia del justiciable, bastará que el Profesional curse la solicitud de cobro acreditando tal insolvencia.

Cal a més tenir en compte que la càrrega de la responsabilitat o tasques per poder percebre els honoraris no ha de recaure única i exclusivament en l'advocat designat d'ofici.

La garantia de bon servei que ha d'assolir l'Estat ha d'arribar també a procurar que, ja sigui per via judicial (jura de comptes) o per via administrativa (constrenyiment) l'advocat pugui percebre els seus honoraris i retornar així a l'Administració el percebut a càrrec de fons públics.

Aquest és el sentit d'una de les esmenes que també s'han afegit al text proposat pel CICAC i l'ICAB. En concret el de l'article 10 que parla de les funcions de les Comissions d'Assistència Jurídica Gratuïta, organisme dependent de l'administració.

Aquestes funcions, haurien de modificar-se o ampliar-se però, en tot cas, abastar les de:

- *Requerimiento y gestión del cobro de los honorarios de abogado y procurador, así como honorarios de otros profesionales que hayan podido intervenir y costes del procedimiento; respecto de los solicitantes a los que se le haya denegado el derecho de justicia gratuita o a quien teniéndolo se encuentre dentro de los supuestos del artículo 38; siempre y cuando los profesionales acrediten que han instado fehacientemente las acciones necesarias para el cobro y hayan transcurrido más de 3 meses desde esa acción.*

• *Requerimiento y gestión del cobro de los honorarios de abogado y procurador, así como honorarios de otros profesionales que hayan podido intervenir y costes del procedimiento; respecto de los solicitantes a los que se les haya otorgado el derecho de justicia gratuita parcialmente según lo establecido en el artículo 5 de la presente Ley.*

Dotant-les al mateix temps de capacitat per *“instar la vía de apremio prevista en el Reglamento general de recaudación y normativa relacionada”*

A més la normativa específica del torn d'ofici distingint-la de la de l'assistència jurídica gratuïta hauria de regular:

- L'adscripció voluntària d'advocats i advocades.
- Les condicions mínimes per accedir a la llista del torn d'ofici que haurien de tenir els candidats voluntaris i que hauria de garantir experiència prèvia i formació especialitzada en l'àmbit en el que es vol treballar.
- Les condicions de permanència a la llista del torn d'ofici que haurien de garantir formació continuada obligatòria.
- L'import a percebre a càrrec dels pressupostos de l'Estat per les actuacions fetes en torn d'ofici i que, en cap cas, haurien de ser inferiors a les que es percebin per assistència jurídica gratuïta.
- Els supòsits de renúncia que podrien donar-se amb especial atenció a la pèrdua de confiança entre el client i l'advocat.

L'advocat d'ofici no és sinònim d'advocat de justícia gratuïta. Tot i així, ambdues figures jurídiques realitzen una funció que és garantia de l'Estat de Dret. Ambdues són dret fonamental reconegut a la Constitució. Ambdues són part inexcusable de la tutela judicial efectiva.

No són el mateix per van indissolublement unides a un únic concepte: Advocat i el seu reconeixement i dignificació és reconeixement i dignificació per a tota l'advocacia.

Barcelona, 30 de setembre de 2013.