

PONENCIA: POR UNA NUEVA LEY ORGÁNICA REGULADORA DEL DERECHO A LA DEFENSA E INTRUSISMO.

PONENTES:

D. JUAN JOSÉ FLORES GÓMEZ . Abogado.

D. JOSÉ ANTONIO ROMERO PORRO. Abogado.

PARTE PRIMERA: POR UNA NUEVA LEY ORGÁNICA REGULADORA DEL DERECHO A LA DEFENSA.

I.- INTRODUCCIÓN.

La expresión defensa, significa "*oponerse al peligro de un daño*", o, si se quiere ver más gráficamente, *rechazar un ataque o una agresión*; este ataque o agresión pasa a denominarse "*ofensa*" que constituye el antecedente necesario de la defensa. Es por tanto, **la defensa una opción reactiva** frente a una previa ofensa.

Si esto lo llevamos al **ámbito procesal**, sólo podríamos hablar de defensa a propósito de una actuación en el proceso, como reacción previa a la contraria, por eso creemos que no se podría decir, que se defiende quien demanda, pues quien demanda está solicitando la tutela de sus derechos y por tanto, comporta una expresión más amplia que el derecho a la defensa.

Al hablar del derecho a la defensa nos encontramos con otro concepto, mucho más amplio, que es el de la **tutela** y que se refiere a cualquier forma de protección de un interés, incluso extrajudicial. La defensa sería así una modalidad, una forma especial de tutela caracterizada por ese carácter reactivo.

En derecho procesal es posible identificar, una **acepción** a la que se denomina **defensa**, que es la actividad que desenvuelve el imputado en un proceso penal; también se denomina defensa, a la parte procesal constituida por el sujeto pasivo de un proceso penal, y, de una forma amplia y difusa, se utiliza la expresión defensa, para referirse al patrocinio o tutela de cualquier interés en un proceso.

Si la defensa consiste en la posibilidad de actuación de un litigante frente a otra actuación que le ha precedido en el proceso, ésta se transforma en una garantía de la intervención de las partes. Por ello, es básico que a los interesados se les permita intervenir en un proceso en el que se discutan las cuestiones que les afecten o conciernan, asumiendo de esa forma la tutela de sus propios intereses, que es lo que constituye la exigencia de una sociedad democrática.

A su vez, esta **participación** de los interesados en el proceso configura una de las **notas esenciales de la decisión jurisdiccional**, siendo una garantía que se sitúa en el núcleo mismo del proceso y legitima la jurisdicción

La importancia del proceso dimana de ser éste el modo de resolución de los conflictos y por ello, la tutela de los intereses que ambas partes someten en él, debe darles iguales posibilidades de participación. Esto es lo que asegura el derecho a la defensa.

A partir de lo que llevamos dicho, podemos ver como hay un concepto de **defensa de carácter subjetivo**, en el cual se consideran los derechos de cada litigante, y **otro objetivo**, en la medida en que el derecho a la defensa aparece recogido a nivel constitucional y en los tratados internacionales y se configura como un derecho fundamental, que es desde el cual se habla tradicionalmente de esta garantía.

En **nuestra Constitución** se consagra este derecho con rango constitucional y con una protección especial, al encuadrarse entre los derechos fundamentales recogidos en los artículos 17.3 y 24 de la Constitución Española.

Se recoge en la **Declaración Universal de los Derechos Humanos** de 10 de diciembre de 1948, art. 10 y 11 y en los tratados internacionales como el **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos** de 16 de diciembre de 1966, art. 14.3, **Convención Europea de Derechos Humanos** de 4 de noviembre de 1950, la **Carta de Derechos Fundamentales de la Comunidad Europea** de 7 de diciembre de 2000.

II.- EL DERECHO DE DEFENSA COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL.

Cabe considerar a la **defensa como una garantía** para el desarrollo mismo del proceso, de forma que nunca podrá estar ausente para la válida constitución de éste, convirtiéndose así en **irrenunciable e inalienable** ya que nadie puede renunciar a la posibilidad de ejercer la defensa y nadie puede ser privado de su derecho a la defensa.

Así lo señala la Constitución en el artículo 24.2 al establecer que “... **todos tienen derecho ... a la defensa y a la asistencia de letrado**”; y, en el artículo 17.3 CE “**se garantiza la asistencia de abogado al detenido en la diligencia policiales y judiciales, en los términos que la Ley establezca**”.

Sin embargo, considero que no son dos derechos distintos, sino dos manifestaciones de un derecho básico, el derecho de defensa.

La relevancia del derecho a la defensa como garantía constitucional entre los derechos fundamentales tiene unos efectos evidentes, inmediatos y directos:

a) De una parte, todas las **personas públicas**, tanto las que conforman el **poder legislativo** como las que integran el **poder judicial**, se encuentran obligadas a respetar; unos, al configurar los procedimientos que desarrollan los procesos, y otros, los jueces, en la tramitación concreta de dichos procesos.

b) De otra, es una consecuencia directa de este reconocimiento constitucional, que esta garantía se **constituye para todos los sujetos**, tanto para el sujeto activo como para el sujeto pasivo de la relación procesal, ya que ambos desarrollan una actividad de la misma naturaleza y ocupan una posición u otra, en función de su orden de entrada en el proceso.

Pero, es más, cabe señalar que **la defensa ampara** no sólo a los que son parte del proceso desde el principio, sino que también **debe proteger a todos aquellos que pueden verse afectados por el resultado del juicio**, pues los efectos del proceso como los perjuicios que pueda provocar la resolución judicial, han de producirse como consecuencia de la garantía de participación de los interesados en su formación. En definitiva, esta garantía de la defensa, además de los que son parte inicialmente en el proceso, también alcanza a los que, sin serlo, podrían serlo en un momento posterior por hallarse en situaciones litisconsorciales.

Por ello, la garantía de la defensa supone que debe concederse a cada interesado **la posibilidad de actuar** en el proceso, posibilidad que no debe ser necesariamente una obligación, pues **admite también la pasividad de la parte** -los procesos civiles, pueden ser tramitados íntegramente en rebeldía del demandado-.

Con carácter general, podemos decir que la garantía de la defensa comprende:

a) En primer lugar, la posibilidad de **formular alegaciones** en defensa de los intereses que se hayan articulado.

b) En segundo lugar, que se garantice **el derecho de probar** tales alegaciones, pues es esencial en el proceso que las peticiones y alegaciones realizadas queden debidamente probadas, ya que en otro caso carecerían de valor.

La prueba es una de las actividades esenciales de la defensa y debe comprender:

- 1.- Que el proceso **se reciba** a prueba y exista un **periodo** probatorio suficiente.
- 2.- Que exista el derecho a **proponer** los medios de prueba,
- 3.- Que la prueba sea válidamente **admitida**.
- 4.- Que la prueba propuesta y admitida **sea practicada**;

5.- Que se permita **intervenir en su práctica** a los interesados.

6.- Y, finalmente, que la prueba **sea valorada por el Tribunal**.

c) Asimismo, la garantía de la defensa debe **asegurar el derecho de contradicción**, ya que la misma, no es más que el derecho a la defensa que simultáneamente ejercitan las partes contrapuestas.

d) Finalmente, debemos señalar que se trata de una garantía esencial de la defensa que las pruebas y alegaciones **sean tomadas en cuenta por el Juzgador**, de forma que guarden **congruencia** entre lo pedido y alegado por las partes, y, además, que la resolución cuente con una **motivación** suficiente.

La defensa como garantía constitucional, asegura así, que todos los ciudadanos, cuyos intereses puedan verse afectados por una resolución judicial, tengan la posibilidad de intervenir a lo largo del proceso en el que se dicte, realizando las alegaciones oportunas y proponiendo los medios de prueba pertinentes, teniendo la posibilidad de contradecir lo propuesto por los contrarios, y dirigido todo ello a que en la resolución que se adopte, sean tenidas en cuenta y valoradas todas estas actuaciones.

III.- EL DERECHO DE DEFENSA Y LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.

Se indicaba al comienzo, que la garantía de la defensa era un concepto más reducido, pero que se incardinaba en el de la **tutela judicial efectiva**, ya que en éste también se comprenden aspectos de la actividad del juez, del proceso, e incluso, otros aspectos anteriores al proceso; para su mejor comprensión haré una breve referencia al **contenido y estructura** de este derecho.

El **derecho a la tutela judicial efectiva** se contiene también en el **artículo 24 de la Constitución** Española, -artículo que es uno de los más complejos de su parte dogmática, y el que, sin duda, más demandas de recursos de amparo constitucional ha generado-; la tutela judicial efectiva **protege a las personas físicas, nacionales o extranjeras, titulares de derechos o intereses legítimos y frente a los poderes públicos**. Asimismo, el Tribunal Constitucional ha reconocido esta titularidad a las **personas jurídicas** (STC 19/1983), y excepcionalmente, a las **personas jurídico públicas** (STC 28/2008).

En este artículo se reconoce además del derecho a la tutela judicial efectiva, la **prohibición de la indefensión**, las garantías constitucionales del proceso penal, la presunción de inocencia y la exclusión del deber de testificar.

El derecho a la tutela judicial efectiva es un **derecho fundamental** de carácter **autónomo** y con **contenido propio**, como ha señalado el Tribunal

Constitucional en relación a su naturaleza, ésta "no es la de un derecho de libertad ejercitable sin más directamente a partir de la Constitución, sino la de un **derecho de prestación** que sólo puede ejercerse por los cauces que el legislador establece, o, dicho de otro modo, es un derecho de configuración legal" (STC 99/1985). Se recoge en el artículo 24 de la Constitución Española y en él se protege a las personas físicas y jurídicas frente a los poderes públicos,

Sobre este derecho a la tutela judicial efectiva podemos señalar, que tiene la siguiente **estructura**:

1. En primer lugar, que es un **derecho de libre acceso a los jueces y Tribunales**, consiste en el acceso a la jurisdicción (STC 223/2001 y 29/2010), lo cual implica tener en cuenta las siguientes cuestiones:
 - a. Hemos de acudir al **órgano judicial competente**.
 - b. Es admisible de **cualquier tipo de pretensión** -independientemente de que prospere o no-.
 - c. El **costo** de los procesos **no puede ser un obstáculo** (art. 119 CE que consagra la justicia gratuita, en relación con la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita).
2. En segundo lugar, está el derecho a **obtener una sentencia que ponga fin al litigio suscitado** en la instancia adecuada (STC 24/2010).
3. En tercer término, comprende el derecho al **cumplimiento de la sentencia** (art. 117.3 y 118 de la CE, y STC 20/2010).
4. En último lugar, señalar que también abarca el derecho a **entablar los recursos legales**.

Cuando se viola la garantía de la defensa se produce la indefensión y ella conduce como sanción a la ineficacia del proceso o de la resolución afectada, nulidad que debe ser entendida como un medio para obtener el respeto de la garantía de la defensa. Constitucionalmente se prohíbe la indefensión. Según el Tribunal Constitucional "la idea de indefensión engloba, entendida en sentido amplio todas las demás violaciones de derechos constitucionales que puedan colocarse en el marco del art. 24 de la CE". (sentencias 199/2006 y 28/2010).

Así, podemos concluir, que se origina la indefensión, siguiendo una abundante jurisprudencia constitucional, cuando de forma ilegítima se priva o limitan los medios de defensa en el seno de un proceso, produciendo en una de las partes, sin que le sea imputable, un perjuicio definitivo en sus derechos e intereses sustantivos.

IV.-MODALIDADES DE EJERCICIO DEL DERECHO A LA DEFENSA.

Las **modalidades de ejercicio** de las facultades del derecho a la defensa son dos: las partes pueden intervenir mediante la **defensa técnica**, o hacerlo por sí, a través de la **autodefensa**.

La autodefensa, supone la intervención personal y directa de las partes en el proceso sin que intervenga ningún profesional técnico como defensor.

Cada vez son más los procedimientos en los que las sucesivas reformas legislativas consideran que los ciudadanos pueden defenderse a sí mismos.

Vamos a hacer una somera referencia a las más importantes.

a) La Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de **Jurisdicción Social**, no exige la intervención técnica con carácter perceptivo en ninguno de sus procedimientos en la instancia, (art. 21). En todos ellos pueden los litigantes intervenir personalmente y defenderse. En la práctica se demuestra que esto es inviable y todos o prácticamente todos los que acuden a esta jurisdicción van con profesionales técnicos.

b) La Ley 29/1998, de 13 julio, reguladora de la **Jurisdicción Contencioso-Administrativa**, pueden comparecer por sí mismos los funcionarios públicos en defensa de sus derechos estatutarios, cuando se refieran a cuestiones de personal (art. 23.3). En la realidad no son tantos los que así acuden.

c) Finalmente, en la Ley 1/ 2000, de 7 de enero, de **Enjuiciamiento Civil**, también hay un gran número de procedimientos para los que no se considera necesaria la intervención del Abogado. (Arts. 31, 539 y 818.1).

Normalmente, se esgrime para ello el argumento económico de que son procesos de escasa cuantía, complejidad o importancia, y por ello, se suprimen estos procesos de la perceptiva intervención del Abogado. Sin embargo, este planteamiento lo que hace es anular la garantía que para la defensa y tutela de los intereses y derechos de los ciudadanos supone acudir a profesionales técnicos.

Todas las reformas que se han producido después de la vigencia de la Constitución han ido en el camino opuesto, por ello, si queremos que de verdad el derecho a la defensa tenga el carácter de un derecho fundamental, auténtico y efectivo, tal y como se proclama en el artículo 24 de la Constitución Española, es urgente operar los cambios legislativos que obliguen legalmente a la intervención Letrada en toda clase de procesos. Esta es la única forma de que en la realidad todas las personas tengan el derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los jueces y Tribunales, sin que pueda producirse indefensión.

Tanto es así, que los ciudadanos que lo saben, no acuden en aquellos procesos en los que no es perceptiva la intervención, sin la intervención de un Abogado, porque la verdadera protección de sus derechos la consiguen a través de

éstos, que son quienes pueden interpretar y exponer ante los Juzgados y Tribunales sus pretensiones, velando porque no se produzca la indefensión que proscribe el Texto constitucional.

De otra parte, **la defensa técnica constituye la modalidad de ejercicio más común**, esta supone encomendar las facultades de la garantía de defensa a aquellos que gozan de los conocimientos técnicos exigibles en el proceso, que es lo que permite establecer en él, la igualdad entre las partes.

El derecho a la defensa técnica debe contemplar la posibilidad de actuar en el proceso siempre que lo deseen, con un **defensor de su confianza**; y, cuando no tengan la posibilidad de contar con él, pero sea necesario para asegurar la participación en el proceso, deben contar con un **defensor proporcionado por el Estado**, para el supuesto de la parte que carece de medios económicos y que necesita contar con un defensor técnico – es lo que se traduce en el derecho a la asistencia jurídica gratuita-. La Abogacía, encarna por antonomasia al profesional técnico encargado del derecho a la defensa técnica.

V.- DERECHO DE DEFENSA COMO PILAR BÁSICO DEL ESTADO DE DERECHO.

La institución de la Abogacía tiene un reconocimiento de carácter universal que traspasa todas las fronteras y globalmente es aceptada en cualquier punto y lugar del mundo.

No hay duda alguna que como profesión es de las más influyentes que han existido y que existen, no sólo en nuestro país, sino en todo Occidente, porque la Abogacía es la piedra clave sobre la que se sostiene la convivencia y la paz social.

Su importancia está estrechamente unida al bien público al que se conecta, la obtención de la JUSTICIA. Una de las funciones esenciales del Estado para que este sea reconocido como tal.

Ese valor superior de la Justicia, es uno de los cuatro que señala el art. 1 de la Constitución Española, cuando proclama que ***“España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico, la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”***.

Es patente que la Abogacía y la Administración de Justicia forman una simbiosis en la que es necesaria una estrecha colaboración entre los Abogados y los Tribunales de Justicia, para esta colaboración se necesita del ejercicio de una Abogacía con toda dignidad.

La Abogacía nació como un servicio a la Justicia y a la Sociedad y ese es su auténtico valor, la sociedad ha ido cambiando y la Abogacía sufre esos cambios, está en constante evolución y transformación; ejemplo claro, son las últimas reformas legales operadas en materia de regulación de la profesión.

La profesión de Abogado es esencialmente una profesión vocacional, con ella es posible mantener distintas posiciones en Derecho ante los Tribunales; para ello, el Abogado acude a todos sus conocimientos, indaga en los libros y disposiciones, tantea la experiencia de otros, interpreta y aplica el Derecho con el fin de buscar la mejor salida para el asunto que defiende. Es un largo camino jalonado de estrategias, trámites, incidentes y recursos hasta obtener una sentencia definitiva.

El Abogado es una pieza fundamental de la Administración de Justicia y el ejercicio de la Abogacía es uno de los pilares en los que se asienta el Estado de Derecho.

Su función no siempre es valorada en la medida de lo que representa, sin la intervención de los Abogados decaerían y quedarían sin contenido los más importantes derechos fundamentales de los ciudadanos. Son esenciales en el seno del proceso, ejercitando el derecho a la defensa de los intereses de sus clientes; y ocupan un lugar fundamental fuera de él, evitando los mismos. Nadie mejor que un Abogado, mediante el asesoramiento y el consejo, puede evitar un proceso, o, solucionarlo, mediante el acuerdo extrajudicial. Es lo que la Abogacía ha venido y viene haciendo tradicionalmente.

Para que el Abogado pueda cumplir con su papel, debe ser libre e independiente, ha de ejercer su profesión sin sumisión, como parte de una institución consagrada a la defensa de la Justicia, al Consejo, la Concordia y la Defensa de los intereses públicos y privados, mediante la aplicación de la ciencia y la técnica jurídica, como señala el art. 1 del Estatuto General de la Abogacía.

Cuando el Abogado acude a un Tribunal solicitando Justicia, la pide en favor de los ciudadanos, por ello resulta sorprendente como para algunos el Abogado es el enemigo a abatir, en lugar de ser tratado como un colaborador de la justicia; en otros, sufre desconsideraciones hacia su persona en el acto de la vista y esperas innecesarias e injustificadas. Es exigible, en general, un mayor respeto a la labor del Abogado y en particular, en los procesos orales, hoy la mayoría, al contenido del informe en la vista oral.

A la vez que resulta innecesaria la intervención del Abogado en más procesos, hay cada vez más profesionales ajenos a la Abogacía, que invaden las competencias tradicionales del Abogado al amparo de esa no obligatoriedad de su intervención. Es clásica la entrada en la jurisdicción laboral de los Graduados Sociales (art. 545.3 de la LOPJ). Los Administradores de Fincas intervienen en materia de propiedad horizontal (art. 21 LPH); y, cada vez son más, los profesionales que, agrupados en consultorías, asesorías gabinetes y empresas de todo tipo, se dedican a la prestación de servicios de asesoramiento en materia fiscal, laboral o jurídica, asumiendo funciones de asesoramiento y consejo jurídico que únicamente deben corresponder a los Abogados (art. 542.1 LOPJ).

VI.- INFLUENCIA DEL DERECHO EUROPEO EN LA EVOLUCIÓN DE LA ABOGACÍA.

La forma de ejercer el derecho a la defensa, no ha permanecido invariable a lo largo de la historia, sino que ha dependido de las estructuras sociales que resultaban dominantes en cada etapa y ha evolucionado a la par de los cambios políticos y económicos que se han producido en cada momento, viéndose así afectadas las tareas y funciones desempeñadas por los Abogados. La evolución y transformación ha sido constante, siendo un claro ejemplo, las últimas reformas legales operadas en materia de regulación de la profesión.

Como consecuencia de la influencia del Derecho europeo la Abogacía se encuentra en estos momentos en un nuevo escenario caracterizado, inicialmente, por la aplicación de la libertad de circulación en el seno de la Unión Europea y por la necesaria homogenización de las reglas por las que debe regirse el abogado europeo.

La libre circulación del abogado en la Unión Europea tiene su fundamento en los Tratados constitutivos y en la aplicación que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea hizo de ellos en diversas sentencias, declarando el efecto directo de los artículos que consagraban la libre prestación de servicios y la libertad de establecimiento en los casos que le fueron planteados por abogados que habían sufrido discriminación por razón de la nacionalidad al intentar ejercer su profesión en otros países amparados en estos derechos.

La Directiva del Consejo 77/249 de 22 de marzo de 1977 facilitaba el ejercicio de la libre prestación de servicios por los abogados.

Con posterioridad, se abordó el ejercicio permanente de la profesión de abogado en un estado miembro distinto de aquel donde se ha obtenido el título, por la Directiva 98/5/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de febrero de 1998 destinada a facilitar el ejercicio permanente.

Una abundante jurisprudencia el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha ido fijando los contornos del ejercicio de la profesión de los abogados bajo el régimen que regulan ambas Directivas.

La regulación comunitaria antes reseñada ha sido objeto de transposición al ordenamiento jurídico español por el R.D. 607/1986, de 21 de marzo, modificado varias disposiciones, que contempla el régimen de los llamados "*abogados visitantes en España*" a los que se les permite una prestación ocasional del servicio profesional sin establecimiento.

Así mismo, el R.D. 936/2001 de 3 de agosto, que también ha tenido algunas modificaciones, que traspuso la regulación del ejercicio permanente en España de la profesión de los abogados con título profesional obtenido en otro Estados miembros de la Unión Europea y su incorporación en el colegio de abogados correspondiente.

El acceso al ejercicio de la profesión de abogado también podía conseguirse hasta hace poco por la vía de las cualificaciones profesionales obtenidas en el estado miembro de origen que se regula en el R.D. 1837/2008 de 8 de noviembre que incorpora la Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de septiembre de 2005 y la Directiva 2006/100/CE del Consejo de 20 de noviembre de 2006 que permiten que la persona beneficiaria pueda acceder en España a la profesión para la que está cualificada en el Estado miembro de origen y ejercerla con los mismos derechos que los nacionales españoles.

Esta norma actualmente ha sido derogada, desde el 11 de junio de 2017, salvo los anexos VIII y X a los solos efectos de la aplicabilidad del sistema de reconocimiento, y hasta tanto concluyan los trabajos de revisión a que se refiere el artículo 81, por la disposición derogatoria única del Real Decreto 581/2017, de 9 de junio.

Finalmente, el abogado de otro estado miembro puede acceder al ejercicio por la vía de homologación de su título universitario de licenciado en derecho, y cumplir con el resto de los requisitos que exige la legislación española para ejercer la profesión de abogado.

La regulación de la profesión de abogado se ha visto influida además por las resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que han ido construyendo un **estatuto europeo de la profesión de abogado** que afecta a algunos de los aspectos más importantes de su ejercicio.

El abogado, de acuerdo con el derecho europeo tiene un estatuto específico que permite distinguirlo de los titulares de otras profesiones liberales pues participa de una misión de servicio público como es la Administración de Justicia y así lo señala la sentencia de TEDH de 24 de febrero de 1994 en el asunto de Casado Coca.

La profesión de abogado también ocupa una posición destacada en la jurisprudencia del TEDH cuando este ha aplicado la Convención de Roma, en cuestiones relativas al **derecho a un proceso equitativo, al secreto profesional, a la inviolabilidad del domicilio, a la libertad de expresión del abogado o la libertad de asociación.**

Más recientemente, los **planteamientos de neo-liberalización económica y libre competencia** que imperan actualmente en el seno de la Administración europea y que esta impone a todos los sectores económicos, también

los ha extendido a los servicios profesionales, afectando claramente a la Abogacía, que deja de ser considerada como una profesión liberal para ser considerada como una actividad comercial y empresarial, siendo tratada de acuerdo con estos parámetros y olvidando algunas de las características propias que desde siempre la han diferenciado.

Exponente este derecho de la Unión Europea son, la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior y la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros. Directivas de servicios y de derecho de la competencia, a las que están sujetos, especialmente, los abogados; si bien, se reconoce la posibilidad de introducir excepciones a su aplicación en atención a las particularidades que presenta la profesión.

La capacitación profesional de los abogados, como colaboradores en el ejercicio de la tutela judicial efectiva, ha sido una reivindicación constante de la Abogacía que la ha venido demandando en los sucesivos Congresos de la Abogacía Española que se han celebrado, pero sobre todo a partir del de Palma de Mallorca de 1989, el de La Coruña de 1995, el de Sevilla de 1999 y el de Salamanca de 2003. Nuestro país era el único Estado de nuestro entorno europeo, que no exigía a sus licenciados en Derecho requisito alguno, nada más que la mera tenencia del título para ejercer la Abogacía

Era, por tanto, una exigencia ineludible, contar con un sistema regulado de acceso a la profesión, de ahí que, el Pacto de Estado sobre la Justicia del año 2001, se refiriera a esta cuestión en su punto número veinte, previendo *“fórmulas homologadas con los países miembros de la Unión Europea para garantizar la preparación para el ejercicio de la profesión”*.

Su regulación se impuso por la Ley 34/2006, de 30 de octubre, sobre el acceso a las profesiones de Abogado y Procurador de los Tribunales, modificada la DA1ª por el art. 48 de la Ley Ómnibus, que modifica de una manera sustancial las exigencias para poder ejercer como abogado y su Reglamento, aprobado mediante el Real Decreto 775/2011, de 3 de junio, en vigor desde que lo hizo la Ley, el 31 de octubre de 2011.

La experiencia del derecho comparado y de nuestro derecho histórico, nos enseña que para la actuación ante los tribunales de justicia y para las demás actividades de asistencia jurídica que realizamos los abogados, se necesita la acreditación de una capacitación profesional previa que vaya más allá de la obtención de la titulación universitaria que todos tenéis.

Esto es lo que justifica la regulación de dos títulos profesionales complementarios al título universitario en derecho y el título profesional de abogado, es exigible para prestar asistencia jurídica utilizando la denominación de abogado, tanto para aquellos que pretendan dedicarse a la actividad más tradicional de la abogacía, la defensa en los tribunales, como para aquellos otros que pretendan dedicarse a la actividad de asesoramiento o consultoría jurídica.

Los términos del artículo 1.2 de la Ley 34/2006 de 30 de octubre, sobre el acceso, resultan claros: *“La obtención del título profesional de abogado en la forma determinada por esta ley es necesaria para el desempeño de la asistencia letrada en aquellos procesos judiciales y extrajudiciales en los que la normativa vigente imponga o faculte la intervención de abogado, y, en todo caso, para prestar asistencia letrada o asesoramiento en derecho utilizando la denominación de abogado”*.

Esta amplia concepción de la Abogacía se corresponde con la que ya había consagrado, hace tiempo, la Ley Orgánica del Poder Judicial, en cuyo artículo 543.1 viene a decir que *“corresponde en exclusiva la denominación y función de abogado al licenciado en derecho que ejerza profesionalmente la dirección y defensa de las partes en toda clase de procesos, o el asesoramiento y consejo jurídico”*.

Que tengan garantizado todos los ciudadanos una asistencia, defensa y asesoramiento de calidad, es una exigencia ineludible para que se pueda dar cumplimiento a los preceptos constitucionales que regulan el derecho a la defensa y a la asistencia letrada de los art. 17 y 24 CE.

Para que la defensa y el asesoramiento sean reales y efectivos, los profesionales que intervengan en ello, deben gozar de una excelente formación y contar con experiencia suficiente, para que la calidad del servicio que prestan no se resienta y los derechos de quienes defienden obtengan la tutela que nuestra Constitución garantiza a la ciudadanía.

La Abogacía debe ser una profesión al servicio de todos los ciudadanos y que asuma con garantía la defensa de los intereses de su cliente. La existencia de buenos abogados resulta imprescindible para que pueda existir una buena Justicia.

Una Abogacía cualificada profesionalmente debe **ejercer la profesión de Abogado mediante la colegiación obligatoria e incorporado a uno de los Colegio de Abogados.**

La Abogacía institucional debe abordar una exigente formación continua para todos cuantos ejercen la profesión, así como el cumplimiento de los valores ético-sociales que tradicionalmente han configurado la misma.

Lo ético y lo deontológico es el pórtico de la profesión y muchas de las normas deontológicas deben superar el rango regulatorio que actualmente tienen y alcanzar una plasmación legal dentro del estatuto del Derecho de la Defensa. La existencia de abogados independientes y libres constituye uno de los pilares de la defensa de los derechos y libertades en una sociedad democrática. Todo ello debe

gozar de una regulación legal de Ley Orgánica como corresponde al rango del derecho que ha de desarrollarse

Los Colegios profesionales como Corporaciones de Derecho público de base privada, reconocidas en el art. 36 de la Constitución Española, al proclamar que: *“La Ley regulará las peculiaridades propias del régimen jurídico de los Colegios profesionales y el ejercicio de las profesiones tituladas. La estructura interna y el funcionamiento de los Colegios deberán ser democráticos”*, deben continuar siendo el sistema de organización y defensa de la profesión de los Abogados, que además como profesión titulada demanda una regulación que tampoco se ha producido. Esta regulación profesional debe ser exclusivamente por Ley dada la reserva establecida.

La Ley que regula, actualmente, a los Colegios Profesionales, es una Ley preconstitucional, -la Ley 2/1974 de 13 de febrero- ha sido modificada en numerosas ocasiones y es un marco normativo inadecuado y desde los Colegios profesionales se está a la espera de una propuesta que resulte aceptable, tras haberse retirado el último Anteproyecto elaborado de Ley de Colegios y Servicios Profesionales en 2015.

El art. 3.2 de la Ley vigente se establece el requisito de la colegiación obligatoria, al exigir esta como requisito indispensable de las profesiones cuando lo establezca una ley.

La profesión de Abogado es una profesión de colegiación obligatoria para la que el art. 544.2 de la LOPJ exige la incorporación al correspondiente Colegio de Abogados para ejercerla, al señalar que *“la colegiación de los abogados y procuradores será obligatoria para actuar ante los juzgados y tribunales en los términos previstos en la Ley y por la legislación general sobre colegios profesionales, salvo que actúen al servicio de las Administraciones Públicas o entidades públicas por razón de dependencia, funcional o laboral”*.

La reforma de la legislación de Colegios profesionales efectuada por La Ley 25/2009 de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio – conocida como Ley Ómnibus- preveía en su Disposición Transitoria Cuarta que una Ley habría de determinar, en el plazo de doce meses, las profesiones para cuyo ejercicio es obligatoria la colegiación, en coherencia con la directiva 2006/123/CE del Parlamento y del Consejo de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, que fijó los criterios sobre los que debía determinarse la colegiación obligatoria, estando estos basados en la necesidad de *“un control del ejercicio profesional para la mejor defensa de los destinatarios de los servicios y en aquellas actividades en que puedan verse afectadas, de manera grave y directa, en materias de especial interés público, como pueden ser la protección de la salud y de la integridad física o de la seguridad personal o jurídica de las personas físicas”*. Hasta la fecha no se ha producido dicha regulación.

En el Anteproyecto antes citado se planteaba la eliminación de la colegiación obligatoria para los abogados llamados de empresa, con la consecuencia inmediata de que estos escaparían a cualquier regla de ordenación de la profesión y dejarían de tener un código deontológico.

La colegiación obligatoria en el Colegio en cuyo ámbito territorial se ejerza fundamentalmente la profesión **debe continuar siendo exigible mediante la incorporación a uno de los Colegios profesionales de Abogados**. Estos garantizan un ejercicio correcto y ético de la profesión, lo que redundará en beneficio de los ciudadanos y de los propios Abogados.

El conjunto de reglas y normas por las que se rige la profesión de Abogado se han visto profundamente afectados por las normas legales dictadas en los últimos tiempos que se han traducido en **cambios importantes que han modificado, transformado y suprimido una buena parte de las reglas tradicionales por las que se ha guiado la profesión**.

Así están afectados por las mismas los estatutos y otras normas colegiales establecidas a lo largo del tiempo con fundamento en la potestad normativa que la ley atribuye a los Colegios, concretamente el art. 5.1.i) de la Ley de Colegios Profesionales a fin de *“ordenar en el ámbito de su competencia, la actividad profesional de los colegiados, velando por la ética y dignidad profesional y por el respeto debido a los derechos de los particulares y ejercer la facultad disciplinaria en el orden profesional y colegial”*. Atribuyendo el art..9 la competencia a los Consejos Generales *“en cuanto tenga ámbito o repercusión nacional”*.

La regulación normativa recogida en el Estatuto General de la Abogacía Española, como norma general de ámbito nacional en la que se concreta el ejercicio de esta competencia normativa del Consejo General de la Abogacía, aprobado por Administración competente mediante el Real Decreto 658/2001 de 22 de junio, también se ha visto modificado por las últimas reformas legales.

Las disposiciones de trascendencia que han afectado de forma especial a la ordenación de la profesión de Abogado han sido:

-la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

- la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

-la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales.

-la Ley 34/2006, de acceso a las profesiones de abogado y procurador de los tribunales y el Reglamento que la desarrolla, Real Decreto 775/2011, de 3 de junio.

-la Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia.

Ante estas modificaciones es necesaria la reforma tanto del Estatuto General como el Código Deontológico de la Abogacía Española y de cuantas normas se oponen a las mismas a fin de dotar a la profesión en estos momentos de unas reglas claras y seguras.

VII.- EL DERECHO A LA DEFENSA COMO DERECHO DEVALUADO EN LA PROPIA CONSTITUCIÓN.

En nuestra Constitución, el derecho a la defensa es un derecho de rango constitucional y con protección especial, dissociado en dos manifestaciones distintas. La Abogacía, con su amparo ha venido desempeñando la defensa de los derechos e intereses de los ciudadanos y la incorporación a nuestro derecho nacional de unos contenidos del derecho a la defensa que estaban ausentes de nuestra legislación, pese a que formen parte del núcleo esencial de este derecho.

Ahora, tras casi cuarenta años de la aprobación de la Constitución y de la consagración constitucional del derecho de defensa, aunque esta se haya visto reforzada por el sistema de garantías constitucionales, sigue contar con una Ley Orgánica de la Defensa que regule de forma sistemática este derecho fundamental, lo mismo que existen una Ley Orgánica del Poder Judicial o un Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. ¿Por qué ha de ser menos el Derecho de Defensa?

A).- La regulación del derecho de defensa en la asistencia al detenido.

La Constitución reconoce un único derecho de defensa que ampara al ciudadano frente al *ius punendi* del Estado y el derecho a la asistencia letrada al detenido no es más que una manifestación de este derecho de defensa y por tanto, la regulación legal debe permitir que tenga un contenido real y efectivo y se proscriba la indefensión en la que se coloca al detenido o preso, cuando se le impide el derecho a entrevistarse reservadamente con el Abogado designado, previamente a su declaración en las diligencias policiales que contra el mismo se sigan.

Si el art. 24.2 de la Constitución reconoce el derecho de defensa al “acusado”, este derecho no es sólo para el acusado formalmente, no es solo frente aquel al que ya se haya formulado escrito de acusación, pues si así fuera, no tendría derecho a la defensa el investigado y esto sería contrario a la Constitución Española y a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) que ha interpretado el término acusado del art. 6 del Convenio de Roma en sentido material y no formal.

Así, en el "**Caso de Deweer**" de 27 de noviembre de 1980, señala que el concepto general de acusación a estos efectos es el de *"la notificación oficial, proveniente de la autoridad competente del reproche de haber cometido una infracción penal"*, por lo que no cabe duda que este término acusación, ha de interpretarse desde el mismo momento que comienza el arresto, la inculpación o la apertura de las investigaciones preliminares. Si al detenido por la policía se le hace una imputación material, deberá ser como "acusado", y ha de gozar de la consideración de "acusado" a los efectos de extenderle todas las garantías de defensa de este precepto.

Así lo ha entendido también nuestro Tribunal Constitucional cuando en las sentencias 196/87 y 38/03 señala una triple finalidad para la exigencia de la intervención del Abogado en la detención, que coinciden con los tres elementos del contenido esencial del derecho:

a.- Función de garantía: *"asegurar, con su presencia personal que los derechos constitucionales del detenido sean respetados, que no sufra coacción o trato incompatible con su dignidad y libertad de declaración."*

b.- Función probatoria: *"comprobar, una vez realizado y concluidos los interrogatorios la fidelidad de lo transcrito en el acta de declaración que se le presente a la firma."*

c.- Función de defensa: *"asesoramiento técnico sobre la conducta a observar en los interrogatorios, incluida la de guardar silencio", así como la "presencia activa del letrado" en esos interrogatorios.*

Destacando de estos tres elementos como el más esencial el de defensa, con las siguientes palabras: *"lo esencial del derecho del detenido a la asistencia letrada es preciso encontrarlo, no en la modalidad de designación del abogado, sino en la efectiva de la defensa, pues lo que quiere la Constitución es proteger al detenido con la asistencia técnica de un letrado, que le presente su apoyo moral y ayuda profesional en el momento de su detención."*

Por tanto, vemos como esa presencia activa que reclama el Tribunal Constitucional, en los interrogatorios al detenido, solo puede conseguirse si el Abogado realmente lleva a cabo un asesoramiento técnico al detenido antes de la declaración policial y sobre lo que conviene hacer en el interrogatorio: declarar o no y qué declarar.

Para ello antes ha de hablar con él, debe oír su versión sobre los hechos imputados y transmitirle sus consejos técnicos, solo así estará gozando de un auténtico derecho a la defensa. Derecho que no se agota con la entrevista reservada y previa entre Abogado y detenido, sino que necesita para llevar a cabo ese asesoramiento que el derecho de defensa exige, conocer los hechos y los materiales de hecho de la imputación (pruebas o indicios) y todo ello debería ser antes de la comunicación con el detenido y de su declaración.

Hasta fechas recientes **la regulación del derecho de defensa en la asistencia al detenido**, en los términos que estaba formulada en la Ley convertía al Abogado en un garante de las formalidades legales y un mero convidado de piedra cuya presencia, en dicho trámite, no podía ser entendida por los ciudadanos que aspiraban a ser defendidos de una forma real y efectiva frente a la imputación delictiva.

Las Directivas de la Unión Europea 2010/64/UE, 2012/13/UE y 2013/48/, amparaban a los detenidos en comisaría con un contenido del derecho a la defensa que nuestras leyes ni recogían, ni permitían. El contenido de estas Directivas no se incorporó a nuestro derecho hasta bastante tiempo después, incluso para alguna de ellas había expirado el tiempo concedido para su transposición a nuestra legislación positiva.

Sin embargo, estas Directivas permitían un contenido del derecho de defensa que era desconocido en nuestro derecho pese a ese reconocimiento constitucional, así con ellas se integraba en el contenido de este derecho con la posibilidad de:

- que el **Abogado pueda participar activamente en el interrogatorio y asesorar a la persona detenida sobre qué actitud ha de guardar**, incluyendo recomendarle que guarde silencio.
- que el **Abogado tiene derecho a ver el atestado** en comisaría, antes de la declaración del detenido, para comprobar si la detención ha sido legal.
- la persona detenida tiene derecho **a que se le lean sus derechos** y a que se le entregue una hoja informativa de los mismos, en un idioma que comprenda.
- el detenido tiene derecho a una **entrevista reservada con el Abogado antes y después de la toma de declaración en comisaría**.
- si el detenido no domina el idioma español, tiene derecho a **un intérprete** durante la declaración, para que traduzca lo que él diga como lo que digan las demás personas presentes.
- el detenido tiene derecho a ser informado del plazo máximo de **duración** de su detención.
- el Abogado y el detenido tienen derecho a que se les informe con detalle y concreción de los hechos que se le **acusa** haber cometido.
- todas las **comunicaciones** privadas entre Abogado y persona detenida, personales, telefónicas o escritas, deben ser estrictamente **confidenciales**.
- si el detenido es extranjero, tiene derecho a poner su detención en conocimiento de las **autoridades consulares** de su país y a entrevistarse con ellas si lo acuerdan.

- si algunos de estos derechos no son respetados, puede interponer un *habeas corpus* ante el Juzgado de Guardia, sin perjuicio de las demás acciones que procedieran.

El contenido de este derecho ha sido finalmente recogido por la **Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre**, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que ha dado nueva redacción a los art 118.1.b y 520.2.d, de forma que entre los derechos del detenido figura el de **poder examinar las actuaciones policiales** practicadas que consten en el atestado, acompañado de su abogado, con la debida antelación, y en todo caso, con anterioridad a que se le tome declaración, lo que permite comprobar si la detención ha sido legal.

Igualmente, se ha reconocido, ahora, la posibilidad que tiene el detenido de **comunicarse y entrevistarse, reservadamente, en cualquier momento**, desde que se le atribuya la realización de un hecho punible, permitiéndose así la entrevista reservada antes de la declaración policial.

Ese derecho de defensa regulado, fundamentalmente, en el artículo 118 y 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, junto al resto de modificaciones que introduce la Ley sobre la materia, se configura un **estatuto del investigado detenido en el que el contenido esencial del derecho de defensa se ha visto notablemente mejorado, al igual que antes desconocido.**

B).- El derecho de defensa y la intervención de las comunicaciones.

El uso de las tecnologías de comunicación, ha supuesto un gran impacto para toda la sociedad, y como no, también para la Abogacía, con ellas no solo hemos conseguido una mayor eficiencia en el trabajo, sino que nos ha aproximado los clientes al despacho. Clientes cada vez más lejanos pueden ser atendidos en la distancia, con lo que estas se han acortado y al mismo tiempo se ha producido una ruptura de la relación directa y de proximidad con ellos.

No podemos comprender un mundo global como el que vivimos sin comunicaciones, han pasado a la categoría de una necesidad, permanentemente y de forma masiva usamos el correo electrónico, teléfono y otros medios de comunicación telemática. Por ello, cuando un ciudadano es objeto de una intervención de comunicaciones es muy probable que entre ellas se encuentren las que mantiene con el abogado que le asesora.

Cuando se ordena la interceptación de comunicaciones telefónicas de un investigado, automáticamente, se pone una marcha el sistema de descifrado y grabación de todas las llamadas que se realizan o se reciben en el número designado. Incluyendo las que pueda tener con su Abogado. Se graban para su

posterior análisis y, por tanto, son escuchadas para determinar los elementos relevantes y hacer uso de la información obtenida.

En teoría, aquellas conversaciones que se encuentran protegidas por la confidencialidad y el secreto profesional o resulten irrelevantes serán desechadas y no entrarán a formar parte del contenido del procedimiento; o esto es lo que debería suceder. Sin embargo, en algunas ocasiones no son desechadas y las conversaciones Abogado-cliente, con la estrategia de defensa, pasan a la causa - aunque posteriormente sean anuladas-.

Pero aún y cuando las conversaciones no se incorporen a la causa, ya han sido escuchadas por los agentes que están llevando la investigación, lo que sin duda aporta información que puede influir en la investigación y que será difícil poder determinar en qué grado ha permitido la conclusión de la investigación, pues es muy complicado para la defensa, por no decir imposible, demostrar que los investigadores se valieron de la información así obtenida para alcanzar cierto resultado.

Como señala el Tribunal Supremo en la sentencia 79/2012 de 9 de febrero, *"En el desarrollo de la comunicación entre letrado y cliente, basada en la confianza y en la seguridad de la confidencialidad, y con mayor razón en el ámbito penal, es lo natural que aparezcan valoraciones sobre lo sucedido según la versión del imputado, sobre la imputación, sobre las pruebas existentes y las que podrían contrarrestar su significado inculpatario, sobre estrategias de defensa, e incluso podría producirse una confesión o reconocimiento del imputado respecto de la realidad de su participación, u otros datos relacionados con la misma. Es fácil entender que, si los responsables de la investigación conocen o pueden conocer el contenido de estas conversaciones, la defensa pierde la mayor parte de su posible eficacia. En la primera de las sentencias antes citadas, *Castravet contra Moldavia*, el TEDH afirmó en este sentido que "...si un abogado no fuera capaz de departir con su cliente y recibir instrucciones de él sin supervisión, su asistencia perdería gran parte de su utilidad, teniendo en cuenta que el Convenio pretende garantizar derechos prácticos y efectivos"*

La grabación de conversaciones entre Abogado y cliente vulnera el Convenio Europeo de Derechos Humanos, como ha tenido ocasión de declarar el **Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la sentencia de 3 de febrero de 2015, -caso Pruetanu contra Rumania-** en el que se considera que las grabaciones de conversaciones, aun con autorización judicial entre abogado y cliente vulneran el art. 8 de la Convención ya citada.

El demandante era un Abogado de nacionalidad rumana que alegó la interceptación de las comunicaciones en su teléfono y su falta de capacidad para luchar contra lo injusto de la medida y pedir que las grabaciones fueran destruidas. El TEDH tras admitir la demanda ha estimado en la sentencia que ha habido una violación del art. 8, ya que la interceptación de conversaciones entre Abogado y

cliente afecta a la confidencialidad, que es la base de la relación de confianza sobre la que se asienta el derecho a la defensa.

En una sociedad democrática es necesario examinar si los procedimientos penales para el control de la adopción y aplicación de medidas restrictivas de las comunicaciones entre Abogado y cliente son capaces de limitarse a lo estrictamente necesario, considerando que la interferencia es contraria a la legislación europea, aunque esté prevista en la Ley nacional, pues dicha expresión exige que la medida impugnada debe tener alguna base en el derecho interno, pero además esta Ley interna debe tener **una calidad que se base en la exigencia del requerimiento de la accesibilidad a la persona afectada** y su compatibilidad a la preeminencia del Estado de Derecho.

Esta declaración viene precedida de la **sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 8 de abril de 2014** que anuló la Directiva de Conservación de Datos, lo que también tiene una consecuencia inmediata y directa sobre el sistema de escuchas, ya que en ella se señala que:

*“En efecto, por una parte, la Directiva 2006/24 afecta con carácter global a todas las personas que utilizan servicios de comunicaciones electrónicas, sin que las personas cuyos datos se conservan se encuentren, ni siquiera indirectamente, en una situación que pueda dar lugar a acciones penales. Por lo tanto, se aplica incluso a personas respecto de las que no existen indicios que sugieran que su comportamiento puede guardar relación, incluso indirecta o remota, con delitos graves. **Además, no establece ninguna excepción, por lo que se aplica también a personas cuyas comunicaciones están sujetas al secreto profesional con arreglo a las normas de la legislación nacional.**”*

Es decir, en los límites razonables de una limitación a un derecho fundamental como es la intimidad, debe tenerse en cuenta la afectación a otros derechos, como el secreto profesional y el derecho de defensa y deben preverse excepciones.

Hasta hace relativamente poco, la exigua regulación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal completada por la jurisprudencia sobre la materia, no resolvía el problema de las escuchas de las comunicaciones Abogado-cliente. Estábamos, por tanto, en una situación susceptible de ser considerada contraria a Derechos Humanos por los Tribunales Europeos en la medida en que no había una previsión legal detallada de ningún tipo sobre la forma en que esa afectación debía llevarse a cabo.

Era necesaria una regulación de las intervenciones de las comunicaciones y así había sido demandado por el Tribunal Constitucional y por el Tribunal Supremo.

Ahora, se ha llevado a cabo esa regulación en la **Ley Orgánica 13/2015** a la que nos hemos referido, sin que quepa aquí extenderse en su análisis y lo que significa para el derecho de defensa.

Sólo destacaré que el art. 118.4 y 520.7 de la LECr. consagran **la inviolabilidad de todas las comunicaciones de las personas sometidas a un procedimiento penal con su abogado.**

Es necesaria para el derecho de defensa y la asistencia letrada esta inviolabilidad, pues la confianza en el letrado que defiende y en la confidencialidad de las relaciones entre el mismo y su Abogado no puede ser violentada con la intervención sin cercenar el núcleo del contenido esencial del derecho a la defensa.

C).- Otros aspectos del derecho de defensa en el proceso penal.

Así mismo se han desarrollado otros **dos aspectos del derecho de defensa en el proceso penal**, con la regulación detallada del **derecho a la traducción e interpretación** en este proceso y del derecho del investigado **a ser informado del objeto del proceso penal** de modo que permita un eficaz ejercicio del derecho a la defensa con **Ley Orgánica 5/2015, de 27 de abril**, por el que se modifican, la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica 6/85, de 1 de Julio, del Poder Judicial, para transponer la Directiva 2010/64/UE, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y traducción en los procesos penales, y, la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales.

VIII.- OTRAS VERTIENTES DEL DERECHO DE DEFENSA QUE PRECISAN DE REGULACIÓN.

A.- Contenido y límites del secreto profesional. Una intromisión lesiva para el secreto profesional ha sido denunciada como consecuencia de la aprobación de la normativa en materia de prevención del blanqueo de capitales por la Ley 10/2010, de 28 de abril, desarrollada por el RD 304/2014, al imponer entre los deberes y obligaciones de los sujetos obligados, entre los que se encuentran los abogados, el de comunicar por iniciativa propia al SEP-BLAC cualquier hecho u operación, incluso la mera tentativa, respecto de la cual existiera indicio o certeza de que esté relacionado con el blanqueo de capitales o con la financiación de terrorismo.

Frente al deber de guardar secreto que tienen los abogados por así disponerlo el art. 542 de la LOPJ y el art 32.1 del EGA y el art.5 del CDAE, la normativa de blanqueo impone la obligación de comunicación, permitiendo que en determinadas circunstancias este secreto ceda en aras a la ayuda a la prevención, al incorporar a toda la profesión en la lucha contra el blanqueo.

No obstante, este no alcanza al derecho de defensa en los procesos judiciales, pues el art. 2.1.ñ) en relación con el art. 22 dispone la no sujeción cuando

la información se reciba para defender a un cliente en un proceso judicial, incluido el asesoramiento para iniciarlo o para evitarlo.

Recientemente una sentencia del TEDH de 6 de diciembre de 2012 en el asunto Michaud c. Francia ha señalado que este derecho no es absoluto y que en determinados supuestos y circunstancias debe ceder, sobre todo en la medida que se aleje del núcleo esencial del derecho de defensa y el abogado realiza otras funciones que pueden parecerse o ser similares a las de otras profesiones.

Así mismo, debieran ser objeto de tratamientos las relaciones de la publicidad con el secreto profesional y la mención de clientes concretos y las circunstancias en las que puede ser dispensado el secreto profesional.

B). - El servicio público que la Abogacía y los Colegios de Abogados vienen prestando a un gran número de ciudadanos, a los más vulnerables, mediante el sistema de **asistencia jurídica gratuita**, que han convertido a la Abogacía en una pieza esencial e imprescindible para la satisfacción del derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva, con lo que la relevancia constitucional de los intereses públicos involucrados, es evidente.

Todo ello, sin olvidar las menguadas indemnizaciones establecidas por el Ministerio de Justicia para los Abogados del Turno de Oficio, que lo prestan las 24 horas al día y los 365 días del año.

C).- Los problemas que se plantean, de carácter deontológico en la prestación de servicios jurídicos en línea o a través de internet.

D).- Aquellas cuestiones conflictivas en torno a la libertad de fijación de honorarios y la “cuota litis”.

La defensa de los derechos los ciudadanos, nos demanda que insistamos en la necesidad de que se apruebe una Ley Orgánica del Derecho a la Defensa, cuyo borrador de Proyecto fue presentado por CGAE al Gobierno de la Nación, que inició su tramitación en fase gubernamental y que los últimos cambios políticos producidos no permiten conocer cuál será su recorrido.

PARTE SEGUNDA.- EL INTRUSISMO.

I.- INTRODUCCIÓN

La fragilidad del sistema de protección frente al intrusismo profesional ha venido afectando desde siempre, en mayor o menor medida, a todas las profesiones, pero considero que la abogacía, en la actualidad, es una de las profesiones tituladas que más dificultades encuentra para protegerse frente a las conductas intrusas.

Nuestra Carta Magna, en su artículo 36, dispone que *“la ley regulará las peculiaridades propias del régimen jurídico de los Colegios Profesionales y el ejercicio de las profesiones tituladas”*.

Pues bien, la regulación legal del ejercicio de profesiones tituladas supone la implantación de una serie de requisitos para la incorporación al mercado profesional y exige, como consecuencia necesaria, el establecimiento de un sistema conminatorio adecuado -mediante un régimen de sanciones suficiente- para disuadir de realizar actos propios de una profesión a quien no reúne los requisitos legales exigidos.

Sin embargo, las sucesivas modificaciones legislativas y la evolución de la interpretación jurisprudencial sobre la consideración de los actos de intrusismo revelan la inoperancia del sistema de protección penal.

Por su parte, las normas disciplinarias se muestran claramente insuficientes y hasta inútiles para proteger la profesión frente a los intrusos.

Los Colegios de Abogados, que siempre tuvieron un papel determinante en la defensa contundente de la profesión frente al intrusismo (de hecho, es uno de los pilares de su existencia) se encuentran ahora, más que nunca, en una delicada situación, debido a la ausencia de instrumentos eficaces para defenderla.

Para comprobar la debilidad del sistema conminatorio, comenzaremos analizando los requisitos legales actuales para poder ejercer la profesión de abogado, examinaremos la regulación de la responsabilidad penal y disciplinaria, veremos la dificultad de aplicar otras normas administrativas para perseguir las conductas intrusas y haremos un estudio de la casuística de los actos de intrusismo y, en especial, de la jurisprudencia más reciente (con especial referencia a las Audiencias Provinciales de Cáceres y de Badajoz).

II.- LA PROFESIÓN DE ABOGADO.-

Por definición, el intrusismo es el ejercicio de actos propios de una profesión por una persona no autorizada para ello. O lo que es lo mismo, el ejercicio fraudulento de una profesión por no poseer la titulación necesaria.

Se hace necesario por lo tanto deslindar con claridad cuáles son los actos propios de la profesión de abogado, cuál es la titulación necesaria para poder desarrollarlos y cuáles son los requisitos legalmente exigidos para su ejercicio.

A).- Los actos propios de la profesión de abogado.-

El Artículo 6 del Estatuto General de la Abogacía Española (aprobado mediante Real Decreto 658/2001, de 22 de junio), dispone: “Corresponde en exclusiva la denominación y función de abogado al Licenciado en Derecho que ejerza profesionalmente la dirección y defensa de las partes en toda clase de procesos, o el asesoramiento y consejo jurídico”.

Por su parte, el Artículo 9 el mismo Estatuto, en su apartado 3, establece: “2. Corresponde en exclusiva la denominación y función de abogado a quienes lo sean de acuerdo con la precedente definición, y en los términos previstos por el artículo 436 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. 3. No obstante, podrán seguir utilizando la denominación de abogado, añadiendo siempre la expresión «sin ejercicio», quienes cesen en el ejercicio de dicha profesión después de haber ejercido al menos veinte años. 4. También podrán pertenecer a los Colegios de Abogados, con la denominación de colegiados no ejercientes, quienes reúnan los requisitos establecidos en el artículo 13.1 de este Estatuto General.”

La referencia que se realiza en el artículo 9 del Estatuto al artículo 436 LOPJ hay que entenderla referida al vigente *Artículo 542 LOPJ* (puesto que el título II del libro VII vigente de esta norma, “*De los Abogados, Procuradores y Graduados Sociales*”, fue redactado por el apartado 104 del artículo único de la L.O. 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la L.O.P.J.), que en su apartado 1 dispone: “1. Corresponde en exclusiva la denominación y función de abogado al licenciado en Derecho que ejerza profesionalmente la dirección y defensa de las partes en toda clase de procesos, o el asesoramiento y consejo jurídico. [...]”.

La definición de los actos propios de la profesión de abogado del artículo 542 LOPJ se mantiene de forma idéntica a la redacción que antes se contenía en el artículo 436, y que fue en su momento traspuesta de forma literal al artículo 6 del vigente Estatuto General de la Abogacía Española.

En definitiva, por definición legal, los actos propios de la profesión de abogado son: la dirección y defensa de las partes en toda clase de procesos, el asesoramiento y el consejo jurídico.

B).- La titulación necesaria.-

Aclarada la denominación y función (esto es, la definición legal) de la profesión de abogado, entendemos necesario reflejar cuáles son los requisitos y condiciones para la obtención del título profesional de abogado en la actualidad.

Estos requisitos los encontramos en la **Ley 34/2006, de 30 de octubre, sobre el acceso a las profesiones de Abogado y Procurador de los Tribunales**, que en su *artículo 1* (objeto y finalidad de la ley) dispone: “1. Esta ley tiene por objeto regular las condiciones de obtención del título profesional de abogado y el título profesional de procurador de los tribunales, como colaboradores en el ejercicio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, con el fin de garantizar el acceso de los ciudadanos a un

asesoramiento, defensa jurídica y representación técnica de calidad. 2. La obtención del título profesional de abogado en la forma determinada por esta ley es necesaria para el desempeño de la asistencia letrada en aquellos procesos judiciales y extrajudiciales en los que la normativa vigente imponga o faculte la intervención de abogado, y, en todo caso, para prestar asistencia letrada o asesoramiento en Derecho utilizando la denominación de abogado; todo ello sin perjuicio del cumplimiento de cualesquiera otros requisitos exigidos por la normativa vigente para el ejercicio de la abogacía. [...] 4. La obtención de los títulos profesionales de abogado o procurador será requisito imprescindible para la colegiación en los correspondientes colegios profesionales".

La Ley de Acceso se desarrolla con su propio Reglamento, aprobado por el Real Decreto 775/2011, de 3 de junio, que en su artículo 18 otorga la competencia para convocar la prueba de evaluación de aptitud para el ejercicio de la profesión de Abogado a los Ministerios de Justicia y de Educación. En su artículo 2, el Reglamento establece como requisitos generales para la obtención del título profesional de abogado: 1. Estar en posesión del título de Licenciado en Derecho, Graduado en Derecho (o de otro título universitario de Grado equivalente que reúna los requisitos establecidos en el artículo 3 del reglamento). 2. Acreditar la superación de alguno de los cursos de formación comprensivos del conjunto de competencias necesarias para el ejercicio de dichas profesiones en los términos previstos en el propio reglamento. 3. Desarrollar un periodo formativo de prácticas en instituciones, entidades o despachos relacionados con el ejercicio de esas profesiones. 4. Superar la prueba de evaluación final acreditativa de la respectiva capacitación profesional.

Por su parte, el propio Estatuto General de la Abogacía Española establece en su artículo 13.1º la necesidad de poseer el título profesional de abogado para incorporarse al Colegio.- "La incorporación a un Colegio de Abogados exigirá los siguientes requisitos: 1. Tener nacionalidad española o de algún Estado miembro de la Unión Europea o del acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo de 2 de mayo de 1992, salvo lo dispuesto en tratados o convenios internacionales o dispensa legal. 2. Ser mayor de edad y no estar incurso en causa de incapacidad. 3. Poseer el título profesional de abogado, salvo las excepciones que resultan de la disposición transitoria única y de la adicional octava de la Ley de Acceso a la profesión de abogado".

En consecuencia, para acceder a la profesión de abogado es necesario obtener el título profesional de abogado en la forma determinada por la Ley 34/2006, de 30 de octubre, sobre el acceso a las profesiones de Abogado y Procurador de los Tribunales, esto es, cumpliendo los requisitos formativos previstos y superando la prueba de evaluación de aptitud para el ejercicio de la profesión.

C).- La exigencia legal de la colegiación.-

Sin embargo, para ejercer la profesión de abogado es preciso cumplir un requisito añadido: la colegiación (a mi juicio imprescindible, por una parte, para asegurar el control del correcto y adecuado ejercicio profesional y, por otro, para la defensa de los propios intereses profesionales).

Por lo tanto, el título que regula la Ley de Acceso no es, en puridad, un título profesional de abogado, sino un título que habilita para el ejercicio de la profesión de abogado, ya que se exige la colegiación para poder ejercerla.

El artículo 3 de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales establece el requisito de la colegiación para el ejercicio profesional, al establecer que *“será requisito indispensable para el ejercicio de las profesiones hallarse incorporado al Colegio Profesional correspondiente cuando así lo establezca una ley estatal”*.

En nuestro caso, es la Ley Orgánica del Poder Judicial la norma estatal que establece el requisito indispensable de la colegiación para el ejercicio profesional, al disponer en su artículo 544 LOPJ: *“1. Los Abogados, Procuradores y Graduados Sociales, antes de iniciar su ejercicio profesional, prestarán juramento o promesa de acatamiento a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico. 2. La colegiación de los Abogados, Procuradores y Graduados Sociales será obligatoria para actuar ante los Juzgados y Tribunales en los términos previstos en esta Ley y por la legislación general sobre colegios profesionales, salvo que actúen al servicio de las Administraciones públicas o entidades públicas por razón de dependencia funcional o laboral”*.

El Estatuto General de la Abogacía Española, norma reglamentaria interpretativa y desarrolladora de las legales, exige en diversos preceptos la colegiación en un Colegio de Abogados para el ejercicio de la abogacía, salvo en los casos determinados expresamente por la Ley o por el propio Estatuto General. De hecho, el artículo 6 del Estatuto, en su apartado 1), vincula la propia esencia del abogado a su incorporación al Colegio profesional, al establecer: *“Son abogados quienes, incorporados a un Colegio español de Abogados en calidad de ejercientes y cumplidos los requisitos necesarios para ello, se dedican de forma profesional al asesoramiento, concordia y defensa de los intereses jurídicos ajenos, públicos o privados”*.

Así mismo, el artículo 11 del Estatuto dispone: *“Para el ejercicio de la abogacía es obligatoria la colegiación en un Colegio de Abogados, salvo en los casos determinados expresamente por la Ley o por este Estatuto General. Bastará la incorporación a un solo Colegio, que será el del domicilio profesional único o principal, para ejercer en todo el territorio del Estado”*. La excepción de la necesidad de colegiación está regulada en el artículo 17.5º del Estatuto de la Abogacía Española, que exime de la obligación de incorporación a un Colegio para la defensa puntual 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 Estatuto.

Por su parte, la Ley 34/2006, de 30 de octubre, sobre el acceso a las profesiones de Abogado y Procurador de los Tribunales, también se refiere a ese

deber de colegiación, si bien de una manera indirecta. Así, se hace referencia al deber de colegiación en su art. 1.4 al disponer que “la obtención de los títulos profesionales de abogado o procurador será requisito imprescindible para la colegiación en los correspondientes colegios profesionales” (lo que es requisito a su vez para ejercer la abogacía). La Ley de Acceso lo expone con claridad meridiana: los títulos profesionales por sí mismos no permiten ejercer la profesión, sino que son requisito para la colegiación, acto con el que el abogado adquiere precisamente esa condición.

La Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de enero de 2013 (recurso de inconstitucionalidad número 1893/2002) contiene importantes reflexiones sobre la consecuencia de configurar una profesión como colegiada. Cuando se impone la colegiación no cabe ya otra alternativa, sino que se define como un requisito esencial para poder ejercer la profesión de que se trate: *“La colegiación obligatoria no es una exigencia del art. 36 CE, tal y como pusimos de manifiesto en nuestra STC 89/1989, FJ 8, sino una decisión del legislador al que este precepto remite. Pero en la medida en que éste decide imponerla para el ejercicio de determinadas profesiones, se constituye en requisito inexcusable para el ejercicio profesional y, en consecuencia, un límite que afecta al contenido primario del derecho reconocido en el art. 35.1 CE. No estamos ante una condición accesorio, pues la obligación de colegiación es una de las que incide de forma más directa y profunda en este derecho constitucionalmente reconocido. Y es, además, un límite sustancial, que determina la excepción, amparada en el art. 36 CE, del derecho a la libertad de asociación”*.

El 2 de agosto de 2013, el Consejo de Ministros aprueba un **Anteproyecto de Ley de Colegios y Servicios Profesionales** con el que pretendía (entre otras muy importantes cuestiones) que la colegiación sólo fuera obligatoria para aquellos abogados que actúan ante los tribunales, dispensando por tanto de la obligación de colegiación a los abogados que en su actividad profesional asesoran o prestan consejo jurídico. El anteproyecto generó una auténtica avalancha de críticas y una enérgica oposición de la profesión, por lo que el gobierno se vio obligado a dar marcha atrás retirando finalmente el anteproyecto.

Finalmente, indicar que el Consejo General de la Abogacía Española tiene en su página web abierto al público en general un Censo o registro general de todos los abogados de España, a través del cual cualquier persona, sin coste alguno, puede averiguar si el “abogado” que se presenta como tal o la persona física o jurídica que ofrece servicios con contenido jurídico y legal, está o no legalmente habilitado para ello.

III.- LA PROTECCIÓN DE LA PROFESIÓN FRENTE AL INTRUSISMO.-

Como vimos anteriormente, por definición legal, los actos propios de la profesión de abogado son la dirección y defensa de las partes en toda clase de procesos, el asesoramiento y el consejo jurídico.

Y hemos visto también que para ejercer legalmente la profesión de abogado son requisitos necesarios haber obtenido el título profesional de abogado y darse de alta como ejerciente en un colegio de abogados.

Consecuentemente, parece evidente que toda aquella persona que no reúna los requisitos legalmente exigidos para ejercer la abogacía estará usurpando las funciones propias de un abogado tanto si ostenta la dirección y defensa de las partes en toda clase de procesos (sea o no preceptiva la intervención de abogado y con la salvedad de las competencias de los graduados sociales), como si presta asesoramiento o consejo jurídico, y estará cometiendo, por tanto, un acto de intrusismo profesional.

Y decimos que estará cometiendo un “acto de intrusismo” y no un “delito de intrusismo” ya que, como vamos a ver, los actos de intrusismo no siempre tienen relevancia penal.

A).- La regulación penal del delito de intrusismo.-

Los orígenes del intrusismo profesional los encontramos en las Partidas (Partida VII, Título VIII, Ley VI “*Métense algunos hombres por más sabios que no son en física y en cirugía, y acaece a veces que porque no son tan sabios como hacen muestra, mueren algunos hombres enfermos o llagados por culpa de ellos.*”) y en la Novísima Recopilación, en relación con los falsos médicos.

El castigo del intrusismo ha estado presente en nuestra codificación desde sus inicios, contándose en la Primera Parte del Código Penal de 1822 entre los delitos contra la fe pública, con un Capítulo IX dedicado a “*los que se suponen con títulos o facultades que no tienen, o usan de condecoraciones o distintivos que no les están concedidos*”. El Código Penal de 1848 incluye ya el delito de intrusismo (que lo castiga como delito o falta según los casos), siendo a partir del Código de 1870 cuando se introduce la clara delimitación del intrusismo profesional frente a la usurpación de funciones públicas.

Actualmente se enmarca dentro el Capítulo V (“*De la usurpación de funciones públicas y del intrusismo*”) del Título XVIII (“*De las falsedades*”) del Libro Segundo, concretamente en el artículo 403 del Código Penal, que en su actual redacción dispone:

“1. El que ejerciere actos propios de una profesión sin poseer el correspondiente título académico expedido o reconocido en España de acuerdo con la legislación vigente, incurrirá en la pena de multa de doce a veinticuatro meses. Si la actividad profesional desarrollada exigiere un título oficial que acredite la capacitación necesaria y

habilite legalmente para su ejercicio, y no se estuviere en posesión de dicho título, se impondrá la pena de multa de seis a doce meses.

2. Se impondrá una pena de prisión de seis meses a dos años si concurriese alguna de las siguientes circunstancias: a) Si el culpable, además, se atribuyese públicamente la cualidad de profesional amparada por el título referido. b) Si el culpable ejerciere los actos a los que se refiere el apartado anterior en un local o establecimiento abierto al público en el que se anunciare la prestación de servicios propios de aquella profesión”.

La conducta típica básica del inciso primero del apartado 1) del precepto es pues ejercer actos propios de una profesión sin poseer el título académico español o reconocido en España. Se configura así como una norma penal en blanco, de forma que resulta obligado acudir a normas extrapenales con el fin de integrar la conducta típica, cuyos elementos objetivos son: a).- ejercer *actos propios de una profesión titulada, que es aquélla a la que la ley exige estar en posesión de un título, que según la norma penal debe ser académico* y b).- *carecer del título académico habilitante para la realización de dichos actos*.

Una segunda conducta, privilegiada o atenuada respecto a la primera, es la contenida en el segundo párrafo del apartado 1) del precepto, que se refiere al supuesto en el que se exija no ya título necesariamente “académico”, sino simplemente que sea “oficial” y habilite para el ejercicio de la profesión.

Y finalmente, el apartado 2) contiene un subtipo agravado, para el supuesto de que incursos en las conductas previstas en el apartado 1) se atribuyeran públicamente la cualidad profesional usurpada o ejercieren los actos propios de la profesión en local o establecimiento abierto al público.

La mera atribución pública, sin ejercicio de los actos propios de la profesión, es actualmente una conducta impune, tras derogarse la falta prevista y penada por el artículo 637 (“*El que usare pública e indebidamente uniforme, traje, insignia o condecoración oficiales, o se atribuyere públicamente la cualidad de profesional amparada por un título académico que no posea, será castigado con la pena de localización permanente de dos a 10 días o multa de 10 a 30 días*”) por la disposición derogatoria única de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

La conducta típica de “*atribuirse públicamente la cualidad de profesional*” quedó despenalizada, puesto que no se ha mantenido la misma en el delito leve introducido por el artículo 402 bis) del Código Penal vigente, que sí mantiene la sanción penal para el resto de las conductas que se contenían en el derogado 637.

No obstante, justo es recordar que con la modificación del Código penal por la LO 1/2015 las penas previstas en el artículo 403 se han visto incrementadas (la multa del primer inciso del tipo básico -que antes de la reforma era de seis a doce

meses- pasa a ser multa de doce a veinticuatro meses; y, la del segundo inciso -que antes era de tres a cinco meses- ha pasado a una multa de seis a doce meses), y que se ha ampliado el subtipo agravado con la introducción del nuevo supuesto de ejercicio en local o establecimiento abierto al público.

Es un delito doloso, formal y de mera actividad, que se consuma con la realización de un solo acto de la profesión invadida, consistiendo en el ejercicio de actos propios de una profesión sin poseer el correspondiente título académico expedido o reconocido en España de acuerdo con la legislación vigente.

El bien jurídico protegido por el tipo penal está caracterizado por su carácter pluriofensivo, puesto que ofende al perjudicado, que ve lesionado su derecho por la actividad del intruso; a la corporación profesional a la que afecta la conducta intrusa; y a la sociedad en su interés público en que sean idóneas las personas que ejercen determinadas profesiones para los que el Estado reglamenta el acceso a la actividad. Aunque, obviamente, el titular del bien jurídico sólo será el Estado, destacamos lo anterior para afirmar la caracterización plural de los sujetos afectados por la conducta intrusa.

B).- La responsabilidad disciplinaria.-

El artículo 34 del Estatuto impone expresamente el deber de denunciar cualquier acto de intrusismo profesional: “Son deberes de los colegiados: [...] b) Denunciar al Colegio todo acto de intrusismo que llegue a su conocimiento, así como los casos de ejercicio ilegal, sea por falta de colegiación, sea por suspensión o inhabilitación del denunciado, o por estar incurso en supuestos de incompatibilidad o prohibición”.

El intrusismo profesional (y su encubrimiento) está tipificado como falta muy grave en el artículo 84 del Estatuto General de la Abogacía. “Son infracciones muy graves: [...] h) El intrusismo profesional y su encubrimiento”.

La sanción expresamente prevista para esta infracción por el Artículo 87 es la suspensión del ejercicio de la abogacía por un plazo de tres meses a dos años.

Conforme dispone el artículo 89 del Estatuto, todas las sanciones tendrán efectos en el ámbito de todos los Colegios de Abogados de España, a cuyo fin el Colegio o Consejo Autonómico que las imponga tendrá preceptivamente que comunicarlas al Consejo General de la Abogacía para que éste pueda informar a los Colegios.

Ahora bien, como analizaremos a continuación, no se entiende muy bien cómo se puede combatir eficazmente el intrusismo por los Colegios de Abogados con las limitadas armas de las que se disponen.

IV.- LOS ACTOS DE INTRUSISMO Y SUS CONSECUENCIAS.-

El artículo 572 del Código Penal anterior (de 1973), en su redacción dada por la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, castigaba al *“titulado o habilitado que ejerciere su profesión sin hallarse inscrito en el respectivo colegio, corporación o asociación oficial, siempre que sea exigido reglamentariamente este requisito”*.

Con el anterior Código Penal no había por lo tanto dudas. No sólo era penalmente sancionable el hecho de ejercer actos propios de la profesión de abogado sin poseer la titulación académica exigida para ello, como ocurre con el tipo penal vigente, sino que también era objeto de sanción penal el mero hecho de ejercer la profesión sin estar colegiado.

Posteriormente y como ya hemos visto, la falta prevista y penada en el artículo 637 CP de 1995, que castigaba la conducta de atribuirse públicamente *la cualidad de profesional amparada por un título académico que no posea* fue derogada por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo.

En definitiva, la persecución penal del intrusismo ha ido dulcificándose con las sucesivas modificaciones legislativas.

Paralelamente, la interpretación de los tribunales sobre la incardinación de determinadas conductas en el tipo penal vigente (artículo 403 CP) ha venido siendo cada vez más laxa, bajo el argumento de que existen otros modos para perseguir los actos de intrusismo *“de menor entidad”*.

El problema es que, como vamos a ver, esos otros modos de perseguir el intrusismo al que hacen referencia la jurisprudencia y la doctrina son, a mi juicio, claramente ineficaces e insuficientes.

A).- **EL EJERCICIO PROFESIONAL SIN CUMPLIR CON EL REQUISITO DE LA COLEGIACIÓN POR QUIEN POSEE EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO, UNA CONDUCTA IMPUNE.-**

Ejercer de abogado sin estar dado de alta en el Colegio de Abogados no supone un delito de intrusismo si quien realiza los actos propios de la profesión tiene la titulación académica exigida para colegiarse.

Al menos así lo declaró la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Madrid en su conocido y polémico Auto 983/2014, de 4 de diciembre de 2014 (recurso 48/2014). En este asunto, el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid formula una querrela criminal por delito de intrusismo contra un letrado que había intervenido en un procedimiento penal estando de baja en el Colegio de Abogados. El Juzgado de instrucción dicta Auto de sobreseimiento libre, por entender que los hechos no son constitutivos de infracción penal. Desestimada la reforma, el ICAM recurre el sobreseimiento en apelación. Pues bien, la Audiencia Provincial señala que actuar como abogado sin estar colegiado no tiene relevancia penal, sino que es una cuestión

de orden disciplinario a denunciar ante el Colegio a fin de que por los órganos rectores de éste se adopten las medidas oportunas.

El Auto dispone: “para incurrir en ilícito penal se exige, pues, algo más que una mera inobservancia administrativa, ya que para ser sancionado penalmente, se exige un comportamiento revelador de estar en posesión de una cualificación que en realidad no se posee, por ser esta conducta mucho más grave para la confianza de los ciudadanos que un mero incumplimiento colegial o administrativo.

Es decir, actuar como abogado sin estar colegiado ya no es ni siquiera falta penal, sino que por el art. 34 del nuevo Estatuto de la Abogacía aprobado el 12 de junio de 2013, cuestión de orden disciplinaria a denunciar ante el Colegio a fin de que por los órganos rectores de éste se adopten las medidas oportunas, al considerarse infracción muy grave en su art. 123 d). Y si pudiera decirse que tal norma no es aplicable al caso, por ser posterior a los hechos atribuidos al recurrido, el Estatuto General de la Abogacía Española aprobado por RD 658/2001, de 22 de junio, tipifica en su artículo 84 h) como infracción muy grave "el intrusismo profesional y su encubrimiento".

En definitiva, el delito requiere, en la actualidad, de dos elementos: el ejercicio de actos propios de una profesión titulada y hacerlo careciendo de dicha titulación.

Y debido al bien jurídico protegido, que no es tanto los intereses corporativos de una determinada profesión como el interés general de la sociedad sobre la realidad de la preparación técnica y académica exigible a determinados profesionales, lo relevante es esa carencia de preparación, que viene objetivamente determinada por un título académico expedido por el Estado pues ello supone un fraude social y al tiempo un peligro para la atención que la sociedad tiene derecho a recibir de quienes se presentan como profesionales de una determinada rama o especialidad del saber.

Por lo que el hecho de que no se esté de alta en el colegio respectivo o al día en el pago de las cuotas sociales, son cuestiones de menor entidad, que tienen, además, una respuesta en el ámbito deontológico disciplinario”.

En el asunto analizado, el querellado había actuado como abogado habiendo causado baja en el Colegio. Pero siguiendo los argumentos de esta controvertida resolución, la impunidad de esta conducta se extendería también a quien habiendo obtenido el título profesional de abogado (recuérdese que antes decíamos que este título no es en puridad un título profesional de abogado, sino un título que habilita para ejercer la profesión de abogado, para lo que se exige legalmente, además, la colegiación) decide actuar como abogado sin colegiarse previamente. Es decir, a quien ejerce actos propios de la profesión sin haber estado colegiado nunca.

B).- LA INOPERANCIA DE LA RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA PARA PERSEGUIR EL INTRUSISMO PROFESIONAL.-

Cabe preguntarse, por tanto, de qué modo puede perseguirse una conducta como la analizada en el apartado anterior (dada la impunidad penal) por un Colegio de Abogados, cuando resulta que quien realiza estos actos propios de la profesión no pertenece al Colegio.

Cierto es que, como veíamos antes, el artículo 84, h) del Estatuto vigente tipifica el intrusismo profesional y su encubrimiento como una falta muy grave, siendo así que el artículo 87, a) prevé la sanción de “*suspensión del ejercicio de la abogacía por un plazo superior a tres meses sin exceder de dos años*”.

No se entiende muy bien cómo un Colegio de Abogados podría sustanciar un expediente sancionador a alguien que no está colegiado. No obstante, pensemos que el Colegio de Abogados está facultado para abrir un expediente disciplinario por falta muy grave contra quien está ejerciendo sin estar colegiado, bien por haberse dado de baja en el colegio por cualquier razón, bien por no haberse colegiado nunca.

El artículo 80 del Estatuto, en su apartado 3), dispone que “*Las sanciones disciplinarias corporativas se harán constar en todo caso en el expediente personal del colegiado*”.

Consecuentemente, si alguien no se ha colegiado nunca no tendrá expediente personal en el Colegio, por lo que no podrá anotarse o hacerse constar la sanción.

Pero sigamos pensando no obstante que el Colegio tuviera en sus manos la posibilidad de sancionar disciplinariamente al intruso que no está colegiado. En todo caso, la sanción máxima que podría imponer al intruso sería la suspensión del ejercicio por plazo superior a tres meses y que no exceda de dos años (artículo 87, a) del Estatuto). Lógicamente, la suspensión del ejercicio no sería ningún problema para él, puesto que si siguiera ejerciendo la profesión (incumpliendo así la sanción impuesta) tampoco estaría cometiendo ilícito penal alguno, siguiendo los propios razonamientos del A.A.P. de Madrid de 4 de diciembre de 2014.

De seguir reincidiendo en la conducta (esto es, si sigue ejerciendo a pesar de la suspensión), el Colegio podría iniciar entonces (en la hipótesis de que estuviera facultado para expedientar a alguien que no está colegiado) un nuevo expediente disciplinario por otra infracción muy grave del artículo 84, k) del Estatuto: “*El deliberado y persistente incumplimiento de las normas deontológicas esenciales en el ejercicio de la abogacía*”, que conlleva la sanción más grave de las previstas: la expulsión del colegio (artículo 87, b) del Estatuto).

Pero la expulsión del Colegio para quien no está colegiado no supondría tampoco ningún problema para el intruso. Aunque incumpliera de forma pertinaz la sanción de expulsión y siguiera ejerciendo actos propios de la profesión, tampoco

cometería el delito de intrusismo profesional, por la interpretación que del mismo se realiza en el Auto de 4 de diciembre de 2014.

Es más, no se alcanza a entender cuándo comenzaría a computar el plazo de cancelación de la sanción de expulsión (no se olvide que las sanciones son cancelables).

En definitiva, se muestra como evidente que la responsabilidad disciplinaria es completamente ineficaz para perseguir el intrusismo profesional.

A mi juicio, el único recurso efectivo que quedaría a los Colegios de Abogados sería poner en conocimiento de todos los órganos judiciales, de manera fehaciente, el hecho de que quien se está presentando como abogado sin estar colegiado no cumple los requisitos establecidos en el artículo 544 LEC.

Pero no podemos olvidar que entre los actos propios de la profesión de abogado están también el asesoramiento y el consejo jurídico, por lo que sería necesario ir más allá.

Los Colegios de Abogados no pueden permanecer impasibles ante actuaciones que generan un daño evidente a los ciudadanos y a los abogados que sí cumplen con los requisitos legalmente exigidos. Y ante la ineficacia de las armas que les proporciona el Estatuto para la defensa de sus derechos corporativos, creo que las únicas armas a su alcance serían las denuncias por infracciones administrativas de la normativa sobre competencia desleal y de las normas protectoras de consumidores y usuarios. Y en este sentido, encuentro dos vías de actuación para los Colegios de Abogados.

a).- **El ejercicio de acciones de la Ley de competencia desleal.-**

El Artículo 15 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, considera actos de competencia desleal “la simple infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial”.

Pues bien, si una persona legalmente habilitada para ejercer la profesión de abogado la ejerce (entendiendo por ello no sólo la intervención ante los tribunales, sino también el asesoramiento o el consejo jurídico) sin estar incorporada a un Colegio de Abogados, estaría infringiendo una norma que regula la prestación de servicios de la profesión de abogados, por lo que entiendo que sería viable el ejercicio de la acción declarativa de deslealtad prevista en el apartado 1) del artículo 32, junto a la acción de cesación (artículo 32,2) de la meritada Ley de Competencia Desleal.

La legitimación activa para el ejercicio de estas acciones podría ostentarla el Colegio de Abogados, conforme a lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 33 de la Ley 3/1991: “2. Las acciones contempladas en el artículo 32.1, 1.ª a 4.ª, podrán ejercitarse además por las asociaciones, corporaciones profesionales o

representativas de intereses económicos, cuando resulten afectados los intereses de sus miembros”.

Más discutible sería la legitimación del Colegio de Abogados para formular la acción de enriquecimiento injusto prevista en el apartado 6 del referido artículo 32, ya que el artículo apartado 1 del artículo 33 *in fine* reserva la legitimación para el ejercicio de esta acción al “titular de la posición jurídica violada”.

b).- La infracción en materia de consumidores y usuarios.-

Más dudas me genera la posibilidad de acudir a otras normas protectoras del mercado o de los consumidores, fundamentalmente porque, hasta la fecha, no existe ningún precedente en un asunto como el que tratamos.

A pesar de ello, creo que es otro recurso que podría utilizarse, y se concretaría en la denuncia ante las autoridades de consumo por las infracciones previstas 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 y otras leyes complementarias.

Aunque hasta el momento no se ha aplicado la normativa de defensa de consumidores y usuarios en casos de intrusismo profesional en la profesión de abogado, entiendo que el concepto de empresario que a los efectos de esta norma se establece en su artículo 4 (“*se considera empresario a toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe directamente o a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión”), y los derechos básicos de los consumidores y usuarios que protege en su artículo 8 (entre los que se encuentran *b) La protección de sus legítimos intereses económicos y sociales; en particular frente a las prácticas comerciales desleales y la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos. c) La indemnización de los daños y la reparación de los perjuicios sufridos. d) La información correcta sobre los diferentes bienes o servicios y la educación y divulgación para facilitar el conocimiento sobre su adecuado uso, consumo o disfrute) permitirían su aplicación a estos supuestos de clara competencia desleal.**

Máxime si tenemos en cuenta que el artículo 19 establece la obligación de respetar los legítimos intereses económicos y sociales de los consumidores y usuarios en las prácticas comerciales y que considera infracción en materia de defensa de los consumidores y usuarios, en su artículo 49, “*en general cualquier situación que induzca a engaño o confusión o que impida reconocer la verdadera naturaleza del bien o servicio*” (apartado d), así como “*el uso de prácticas comerciales desleales con los consumidores o usuarios*” (apartado i).

Con independencia de todo lo anterior, debe tenerse muy en cuenta que el artículo 238.4 LOPJ prevé la **nulidad de pleno derecho de los actos procesales**

cuando se realicen sin intervención de abogado, en los casos en que la ley la establezca como preceptiva.

En consecuencia, todos los actos procesales en que la intervención de letrado sea preceptiva y en los que haya intervenido quien no está colegiado deben ser declarados nulos. **Y ello porque quien no está colegiado en un Colegio de abogados no es abogado.** Y en este sentido, destacamos el Auto de la Audiencia Provincial de Cantabria (Sección 2.^a), 26/2012, de 1 marzo (Recurso 701/2011), que si bien reconoce expresamente que la cuestión no es pacífica, decreta la nulidad de actuaciones porque la contestación a una demanda de divorcio estaba firmada por una persona que no estaba colegiada en ningún Colegio de abogados: “El art. 240 de la LOPJ autoriza a decretar la nulidad de actuaciones de oficio o a instancia de parte antes de que hubiese recaído resolución que ponga fin al proceso y siempre que no proceda su subsanación, previa audiencia de las partes; y el art. 238, 4º de la misma LOPJ, idéntico al art. 225,4º LEC, declara que los actos procesales son nulos de pleno derecho cuando se realicen sin intervención de abogado, en los casos en que la ley la establezca como obligatoria. La previsión legal resulta así clara y diáfana, e interesa destacar que así como en otras infracciones de procedimiento o de forma, la ley exige como requisito para su relevancia en orden a la nulidad que además haya podido producirse indefensión (arts. 238, 3º LOPJ y 225,3º LEC), en el presente caso no hace tal exigencia, tanto más llamativa por cuanto ambas normas se integran en los mismos preceptos; [...] la cuestión en criterio de este tribunal debe ser resuelta respetando precisamente los claros términos de la ley, que no inducen a duda alguna que deba ser aclarada por vía interpretativa; antes al contrario, la expresa previsión del legislador como motivo específico determinante de la nulidad de los actos de la realización de estos sin la preceptiva asistencia letrada, diferenciándola de cualquier otra infracción procesal a la que sí se exige que al menos pueda provocar indefensión, debe ser valorada como expresión de la más enérgica protección que el legislador quiere dispensar a ese derecho de defensa, cuya vulneración acarrea la nulidad sin ninguna otra consideración ni indagación. [...] Conforme al art. 9 del Estatuto General de la Abogacía aprobado por Real Decreto 658/2001 de 22 de junio, son abogados “quienes, incorporados a un Colegio español de Abogados en calidad de ejercientes y cumplidos los requisitos necesarios para ello, se dedican de forma profesional al asesoramiento, concordia y defensa de los intereses jurídicos ajenos, públicos o privados.”; porque, conforme a su art. 11, “Para el ejercicio de la abogacía es obligatoria la colegiación en un Colegio de Abogados [...] De suerte que quien no está colegiado en un colegio de abogados no es abogado. [...] En el presente caso, la certificación expedida por el Consejo General de la Abogacía acredita que Doña Carolina no se encuentra incorporada como colegiada ejerciente, o no ejerciente, en algún Colegio de Abogados del Estado Español [...] Por todo lo expuesto, debe declararse la nulidad solicitada, pues realmente Doña Carolina no era abogado desde la fecha indicada y por tanto le fue vedada a Doña Gema la posibilidad de contestar y reconvenir frente a la demanda de divorcio deducida de contrario, cuando es claro que por razón del procedimiento debió estar asistida de letrado (arts. 31 y 750 de la LEC). En cuanto a la extensión de esa nulidad, debe producirse la retrotracción de las actuaciones hasta el momento del traslado de

la demanda de divorcio, con emplazamiento de la demandada para formular contestación en el plazo de veinte días hábiles, de conformidad con lo dispuesto en el art. 753.1 de la LEC”.

Con todo, considero que el instrumento más eficaz para evitar el intrusismo en juzgados y tribunales por parte de quienes teniendo el título profesional de Abogado no están colegiados sería que se exigiera de modo sistemático la acreditación necesaria (carnet colegial) para poder actuar, lo que se hace sólo en contadísimas ocasiones.

C).- EL EJERCICIO PROFESIONAL POR QUIEN NO POSEE EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO Y SUS CONSECUENCIAS.-

Aunque pudiera pensarse que en estos casos no deberían existir dudas de que nos encontramos ante supuestos de intrusismo profesional penalmente sancionable, lo cierto y verdad es que los tribunales distinguen entre lo que es la intervención ante los tribunales y lo que es el asesoramiento extrajudicial, siendo las resoluciones judiciales contradictorias y de lo más variopintas.

Así, la doctrina jurisprudencial emanada de la Sala Segunda del Tribunal Supremo viene a considerar –con alguna excepción- que sólo se comete el delito de intrusismo profesional del artículo 403 CP, en la profesión de abogado, cuando el acusado interviene profesionalmente ante los tribunales careciendo del título habilitante para ello, considerando por tanto –por regla general- que no se comete el delito cuando el acto de intrusismo se limita al asesoramiento extrajudicial.

El tratamiento en la jurisprudencia menor, sin embargo, es mucho menos pacífico. Consideramos necesario, para mejor comprensión, sistematizar el distinto tratamiento de las conductas intrusas por nuestros tribunales, por lo que analizaremos las distintas situaciones y su encaje en el tipo penal de intrusismo.

a).- La intervención ante los tribunales por quien carece del título académico habilitante, único supuesto en el que la jurisprudencia es unánime.-

La única situación en que los tribunales consideran sin fisuras que se comete el delito de intrusismo es la actuación ante los tribunales por una persona que carece del título habilitante para ello, siendo suficiente una sola intervención ante los tribunales para integrar el delito de intrusismo.

Así, destacamos por todas la STS 693/2010, de 19 de julio (rec. 196/2010): *“Así las cosas, y en fin, es claro que en el supuesto contemplado concurren las dos exigencias típicas del precepto que se dice infringido. A saber, la realización de actos propios del profesional de la abogacía (intervención en juicio como abogado); producidos en ausencia de título oficial. Y es verdad que fueron dos. Pero no sólo dos, pues éste es un dato que no puede banalizarse, cuando lo cierto es que, a tenor del art. 403,1 CP habría bastado uno sólo, y aquí se trató de actuaciones (en plural). Tampoco es objeción atendible la de que no hubiera mediado en concreto la percepción de honorarios profesionales, pues no concurre*

ningún requisito en tal sentido, y esa ausencia no incide, restándole gravedad, en la calidad de la lesión a los bienes jurídicos en presencia”.

En el mismo sentido, SAP Las Palmas, sec. 6ª, nº 345/2017, de 31 de julio (rec. 516/2017): “el acusado realizó actos propios de la profesión que se atribuyó, a pesar de que en el juicio manifestó que nunca dijo que era abogado, no hacía falta, era tenido por tal no solo por el perjudicado que acudió a consultarle, sino por el Procurador que recogió la demanda que a la postre presentó en el Decanato. El motivo por tanto, debe rechazarse y, con él, el recurso formulado”.

Y la SAP Sevilla, sec. 3ª, 14/2011, DE 13 de enero (nº rec. 8061/2010): “Dice el recurrente que su intervención en el juicio lo fue como Graduado Social, sin embargo como recoge la sentencia de instancia y se desprende de las pruebas practicadas (arriba citadas) el acusado dijo intervenir como Letrado y así lo hizo constar en distintos escritos y al iniciarse el juicio. Dice el recurrente que tiene el título de Graduado Social, que estaba dado de alta y que estaba facultado como tal para representar a Esteban en los Juzgados de lo Social. Consta efectivamente que tiene el título de Graduado Social, aun cuando tal y como recoge la sentencia el mismo no estaba dado de alta en el Colegio, y es cierto que los Graduados Sociales tienen facultades para intervenir en los referidos Juzgados pero el acusado no intervino como tal sino que se hizo pasar como Letrado ante su cliente y ante el Juzgado sin serlo, siendo precisamente esta conducta la que integra el delito por el que se le condena”.

En el mismo sentido, entre otras, AP Las Palmas, sec. 1ª, 64/2009, de 4 de junio (rec. 46/2007).

b).- El Tribunal Supremo considera, salvo alguna excepción, que el asesoramiento por quien no es abogado no integra el delito de intrusismo.-

En efecto, el Tribunal Supremo viene considerando, por regla general, que el asesoramiento y el consejo jurídicos no integran el delito de intrusismo, sino que es un elemento más del engaño propio de la estafa.

Destacamos el contenido de la STS 934/2006, de 29 de septiembre (rec. 146/2006), que estima el recurso de casación interpuesto por la condenada y la absuelve del delito de intrusismo profesional, realizando una interpretación restrictiva del tipo penal, por aplicación del principio de intervención mínima, insignificancia y adecuación social de la acción. En este supuesto, la acusada se atribuía públicamente la condición de abogada especializada en temas de extranjería y a tal efecto disponía y distribuía tarjetas de presentación y otros documentos con sellos con los nombres de inexistentes sociedades o agrupaciones profesionales, llegando incluso a insertar publicidad de los mencionados servicios profesionales en al menos una publicación de gran difusión. Se anunciaba como abogada especializada en temas de extranjería y repartía tarjetas de presentación y publicidad de los servicios que como tal ofrecía. Se entrevistaba con clientes en despachos

aparentemente profesionales y les asesoraba sobre los trámites a seguir para la resolución de sus problemas, informándoles de la documentación necesaria para cada asunto y requiriéndoles la entrega de la misma.

Y a pesar de que la sentencia reconoce expresamente que el art. 9.1 del Estatuto General de la Abogacía atribuye la cualidad de Abogados a quienes incorporados a un Colegio en calidad de ejercientes y cumplidos los requisitos necesarios para ello, se dedican de forma profesional al asesoramiento, concordia y defensa de los intereses jurídicos ajenos, públicos o privados, y aunque entiende probado que la acusada asesoraba a sus víctimas, considera que tal asesoramiento no constituye un acto exclusivo de la profesión de Abogado, puesto que el asesoramiento se desarrollaba en el plano meramente administrativo y nunca en el judicial.

De esta forma, la referida sentencia establece que la "determinación de funciones" deberá ser realizada desde una perspectiva objetiva de valoración social: "*debe tenerse presente que cualquier ciudadano es susceptible de recibir a diario consejos (médicos, sanitarios, de rehabilitación, construcción o reparación de aparatos de todo tipo o de viviendas), que propiamente solamente deberían darlos profesionales cualificados, y no por ello alcanza tal hecho el desvalor social capaz de merecer una sanción penal.*

En el plano jurídico, la implicación o la proyección de la persona y de sus múltiples facetas en el mundo del Derecho le hace susceptible de recibir consejos de tal orden en muy diversos planos (mercantil, bancario, bursátil; tributario, laboral y relacionado con la Seguridad Social), sin que se tenga que llegar a la tipicidad penal que debe quedar reservada para cuando lo que se ejecuta pertenece en exclusiva a una determinada profesión. En relación con ello, la legislación sobre extranjería no exige la dirección letrada para la tramitación administrativa de permisos de residencia, reagrupación familiar o visados."

En definitiva, se considera que el asesoramiento o el consejo jurídicos deben quedar extramuros del derecho penal, considerando así atípica la conducta intrusa y que el hecho de aparecer como abogado ante los perjudicados es, simplemente, un elemento más del engaño propio de la estafa.

En el mismo sentido, la STS 315/2010, de 12 de abril de 2010, (rec. 1909/2009), absuelve al acusado del delito de intrusismo por el que había sido condenado. En este caso, el condenado se hacía pasar por abogado y llegó incluso a confeccionar para sus clientes varios recursos contenciosos-administrativos, que hacía firmar a los clientes junto a la solicitud de asistencia jurídica gratuita, de modo que se subsanase así la falta de letrado mediante la designación de abogados del turno de oficio, que lógicamente, habrían de ocuparse de todos los trámites ulteriores del procedimiento. Pues bien, el Tribunal Supremo sostiene que "ninguna relevancia penal tiene la previa actividad de asesoramiento puramente administrativo, que no invade las funciones propias del ejercicio profesional de la abogacía" y como entiende que "*del factum no se desprende inequívocamente que el acusado hubiere realizado actos propios del*

ejercicio profesional de la abogacía” absuelve al acusado del delito de intrusismo por el que había sido condenado.

En el mismo sentido, STS 454/2003, de 28 de marzo.

No obstante, la **excepción a la regla general** la encontramos en la STS 41/2002, de 22 de enero de 2002 (rec. 4466/1999), que estima el recurso de casación formulado frente a la sentencia que había absuelto a los acusados del delito de intrusismo profesional.

En este caso, los acusados constituyeron una sociedad limitada que publicitaron en medios de comunicación social como "asesoría jurídica y equipo jurídico" y ofertaron como actividades de la sociedad, entre otros, el levantamiento de embargos y subastas, cobro de morosos y cancelación de cargas. De este modo, suscribieron contratos de prestación de servicios y realizaron actos de mediación en préstamos personales e hipotecarios, y varias personas acudieron a la sociedad para contratar los servicios jurídicos que ofertaban para tareas tales como el desahucio de un local o la reclamación judicial de una pensión de viudedad, por lo que recibieron dinero en concepto de provisión de fondos.

La sentencia estima el recurso del Colegio de Abogados de Orense y condena a los acusados por delito de intrusismo con el siguiente fundamento: “ [...] *la realización por los acusados de la constitución de una sociedad con finalidad de asesoría jurídica recibiendo encargos de reclamaciones judiciales de cobro de pensión y de desahucio, con recepción de cantidades económicas en concepto de provisión de fondos, supone la realización de actos propios de la profesión de abogado para la que los dos acusados por este delito, no estaban habilitados. El que esa conducta integra, al tiempo, parte del artificio del engaño típico de la estafa, no altera la subsunción en el delito de estafa. Consecuentemente, el motivo se estima. [...]*”

c).- El asesoramiento por quien no es abogado en la jurisprudencia menor. Especial referencia a los criterios seguidos por las Audiencias Provinciales de Cáceres y de Badajoz.-

En la jurisprudencia menor, el tema es mucho menos pacífico.

Así, encontramos numerosas sentencias que consideran que el asesoramiento y el consejo jurídico son actos propios de la profesión de abogado y condenan por intrusismo profesional a quien ejerce estos actos -aunque no haya existido intervención alguna ante los tribunales- sin estar en posesión de la titulación académica necesaria.

En este sentido, destacamos la SAP Murcia, sec. 5ª, 104/2009, de 29 de septiembre (rec. 290/2009) “*también explica el Juzgador "a quo" en su Sentencia que el detective explicó en el acto del juicio que determinados funcionarios de la oficina de correos y personal de Notarías y Registros, con ubicación cercana a la asesoría, tenían al acusado como abogado, lo que evidentemente no hubiese sucedido si el acusado no hubiese*

propiciado esa convicción, lo que también hizo ante el detective privado que acudió a la asesoría, al que no sólo procede a asesorar en la cuestión matrimonial planteada, sino que le manifiesta ser experto en separaciones matrimoniales y estar tramitando varias. En definitiva, de la Sentencia apelada se desprende que está plenamente acreditada, por medio de la prueba directa constituida por las declaraciones testimoniales, no sólo la realización por el acusado de actos propios de la profesión de abogado, sin poseer el correspondiente título académico, sino que, además, el acusado se atribuía públicamente la cualidad profesional de abogado”.

En el mismo sentido, SAP Barcelona, sec. 3ª, nº 523/2005, de 30 de junio (rec. 525/2004).

Aunque también encontramos sentencias que consideran que el asesoramiento o el consejo jurídico no son constitutivos de delito de intrusismo.

Como por ejemplo la SAP Zaragoza, sec. 3ª, nº 91/2003, de 20 de marzo (rec. 381/2002), que dispone: *“En el supuesto de autos, si bien estamos ante una profesión que exige título académico para su ejercicio, lo que ocurre con la de abogado, el elemento material está constituido por la realización de actos propios de la profesión, y en tal sentido, estando el acusado inscrito como pasante, los actos en el despacho los realizaba bajo la supervisión de persona que ejerce como Abogado y a la que en ocasiones pedía asesoramiento para a su vez aconsejar al cliente del despacho, pero como hemos dicho, no efectuó actos ante los Tribunales, sino que fue el Abogado ejerciente quien llevó a cabo la defensa”.*

La **Audiencia Provincial de Cáceres** se ha pronunciado en varias ocasiones sobre el particular, considerando que no es necesaria la intervención ante los tribunales para que se integre el delito de intrusismo profesional.

Así, se destaca la **SAP de Cáceres 47/2003, de 13 de junio de 2003 (recurso 96/2003. Ponente: Bote Saavedra)**, que revoca una sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal de Plasencia que había absuelto del delito de intrusismo profesional a un gestor administrativo y lo había condenado por estafa, condenándole también por aquel delito.

En este caso, el gestor administrativo (que tenía abierto un establecimiento que se anunciaba como “Gestiones Administrativas, Asesoría Jurídica-Fiscal”) recibe a un cliente que pretendía asesorarse sobre los trámites judiciales de una separación conyugal de mutuo acuerdo. Hace ver al cliente que tiene conocimientos jurídicos y capacidad suficiente para tramitar el asunto, pidiéndole que otorgue un poder general para pleitos y que le proporcione las certificaciones de matrimonio y de nacimiento de sus hijos. Le solicita así mismo la entrega de varias provisiones de fondos. El acusado contacta entonces con una letrada que acababa de incorporarse al Colegio de Abogados y le encomienda la redacción del convenio, evitando con excusas y engaños que ésta contactara personalmente con los clientes. Una vez redactado el convenio, el gestor lo recoge para recabar la firma de los clientes engañando para ello a la letrada que lo había

redactado. Tras estas vicisitudes, la letrada intenta ponerse en contacto telefónico con los clientes, sin lograrlo, indicándole entonces el acusado que se olvidara del tema, ya que los clientes habían decidido no seguir adelante con el divorcio. Un año después, y ante la falta de noticias, el perjudicado tuvo conocimiento de que el acusado no era abogado y por tanto no podía tramitar la separación, formulando la correspondiente denuncia.

La Audiencia revoca la sentencia de instancia condenando al acusado por el delito de intrusismo del que había sido absuelto, a pesar de que nunca actuó ante los tribunales, argumentando al efecto: “la realización por el acusado del **asesoramiento** sobre los trámites judiciales para llevar a efecto una separación matrimonial, informando al cliente de los documentos que debía entregar, presentándose como un profesional del derecho con capacidad para tramitar la separación matrimonial, con recepción de cantidades económicas en concepto de provisión de fondos, **supone la realización de actos propios de la profesión de abogado para la que el acusado por este delito no estaba habilitado**, con independencia que, posteriormente, cuando tuvo en su poder toda la documentación, encargase a una letrada que redactara el Convenio Regulador, porque los actos que había realizado con anterioridad encajan de lleno en los arts. 8 y 9 del Estatuto General de la Abogacía, pues, no en vano, en el rótulo de su oficina abierta al público anunciaba “Gestiones Administrativas, Asesoría Jurídica-Fiscal”, y para realizar asesoramiento jurídico, como el que hizo a José Daniel no estaba habilitado, pues en lugar de indicarle que él tramitaría su separación matrimonial, debió indicarle que no era Letrado y que dicho encargo se lo hiciera a un profesional habilitado a tal efecto, y de esta forma ni hubiera estafado al denunciante, ante quien se hizo pasar por Letrado, ni por supuesto hubiera cometido el delito de intrusismo”.

En el mismo sentido se pronuncia la **SAP Cáceres 23/2007, de 16 de febrero de 2007, (recurso 83/2007, ponente Pérez Aparicio)** que desestima el recurso interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Penal de Plasencia que, en este caso sí, había condenado por delitos de intrusismo y estafa.

En este caso, la perjudicada, Virginia, sufre un accidente de circulación y un celador del Hospital de Plasencia le recomienda a un abogado de Madrid, con el que contacta. El acusado se presenta como abogado especialista en accidentes de tráfico y se ofrece a tramitar el asunto de la reclamación de la indemnización correspondiente, utilizando términos jurídicos y adoptando una conducta que inducen a error a la víctima, que en todo momento piensa que es abogado, pese a que ni siquiera es licenciado en derecho. Tras facilitarle Virginia la documentación del accidente, el acusado negocia extrajudicialmente con Mapfre (compañía que en todo momento pensó que era abogado) el importe de la indemnización por los daños corporales (11.000 €). La víctima abona al acusado 1.100 euros como honorarios por su intervención, extendiendo éste un recibo. Quedaban por reclamar los daños materiales, aconsejando el acusado a la perjudicada que reparase previamente el

vehículo. Una vez reparado, el propio acusado solicita la factura de la reparación al taller y envía una carta a la aseguradora como representante legal de su cliente, pero no obtiene respuesta.

Paralelamente, el acusado contacta telefónicamente con una abogada del Colegio de Abogados de Cáceres diciéndole que era un "colega" de Madrid (haciéndole creer en todo momento que era un abogado especialista en tráfico), y le solicita la "venia" en otro asunto de circulación en el que estaba prácticamente concluida la tramitación de la reclamación. Finalmente, en este asunto no le llega a ser concedida la venia al acusado.

Unos días más tarde, el acusado llama nuevamente a esta abogada y le dice que tiene un asunto para ella, consistente en interponer una demanda para reclamar los daños materiales del vehículo de la perjudicada Virginia, diciéndole que se trataba de una cliente suya que ya había cobrado por los daños corporales, y que a él le venía mal formular demanda en Plasencia. Cuando el acusado remite a la letrada de Cáceres la documentación (por medio de una carta con el membrete en el que dice "gabinete jurídico"), ésta se percató de que la acción para reclamar los daños materiales está prescrita. La perjudicada Virginia no pudo por tanto reclamar judicialmente los daños materiales. La letrada realiza averiguaciones ante el Colegio de Abogados de Cáceres y el Consejo General de la Abogacía, comprobando que el acusado no es Abogado.

El acusado había creado una Sociedad Limitada cuyo objeto social era "prestar a terceros servicios de reclamaciones derivadas de toda clase de accidentes, incluidos los de circulación". Era el único socio de esta mercantil y no tenía en plantilla ningún abogado, ni tampoco había contratado abogado alguno para hacer las reclamaciones derivadas de los accidentes de circulación en las que intervenía directamente en vía extrajudicial.

El juzgado de lo penal condena al acusado como autor de sendos delitos de estafa y de intrusismo profesional. La Audiencia confirma la condena por intrusismo con los siguientes argumentos: *"La condición de falso abogado del recurrente que ha conducido a su condena por el delito de intrusismo aparece sobradamente acreditada en las actuaciones, tanto desde el punto de vista subjetivo como desde el objetivo, sin que a la Sala se le suscite ninguna duda sobre el particular. Desde el punto de vista subjetivo, el rol de "abogado" ha sido mantenido de forma constante por el recurrente en todo momento; no solo no negó nunca esa titulación y oficio sino que realizó acciones directamente encaminadas a ser tenido como tal por las personas con las que trataba "profesionalmente", y por abogado le tuvieron la víctima, la letrada, así como aquellos representantes o empleados de las compañías aseguradoras con los que mantuvo contactos [...] Desde el punto de vista objetivo existe prueba bastante de la realización, por su parte, de actuaciones concretas propias de la profesión de abogado. Así lo es no sólo la realización de **gestiones extrajudiciales** para la obtención de una indemnización de parte de la compañía*

aseguradora sino, especialmente, concluir tales gestiones recomendando la aceptación de una determinada oferta y, consecuentemente, la firma de un finiquito que implica la renuncia a toda acción judicial de la lesionada. También lo es dirigirse a una aseguradora reclamando una cantidad "como representante legal de mi cliente", o pedir a una abogada en ejercicio la venia respecto de un cliente de aquella a fin de que permita que sea él quien continúe llevando el asunto de aquel cliente; no tenemos por qué dudar de la palabra de una letrada que, realmente, no tiene interés alguno en este asunto. Existe, por tanto, prueba suficiente de la comisión por parte del recurrente del delito de intrusismo del artículo 403 del Código penal por el que venía condenado en primera instancia".

La **Audiencia Provincial de Badajoz**, por su parte, en la única sentencia relativamente reciente en que ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la cuestión, ha considerado –eso sí, de modo meramente tangencial- que el asesoramiento extrajudicial y la ostentación pública de la cualidad profesional de abogado es simplemente un elemento más del engaño propio de la estafa. Así, en su **Sentencia 33/2004, de 21 de diciembre**, condena por estafa pero absuelve de intrusismo a una mujer que, teniendo aprobadas sólo dos asignaturas de la carrera de derecho, se atribuía públicamente la condición de abogada. Contacta con un matrimonio de escasa instrucción, presentándose ante ellos como abogada en ejercicio, tras ser informada de que el hijo menor de esta pareja tenía incoado un expediente de reforma. Solicita formalmente la venia al abogado que defendía al menor por el turno de oficio, y pide al matrimonio varias provisiones de fondos a cuenta de sus honorarios finales. Acompañaba a “sus clientes” por los Juzgados, portando una toga, y utilizaba cartas y sobres con membrete de abogada, facilitando tarjetas de visita en las que figuraba como tal.

La Sala considera que el asesoramiento y la atribución pública no son sino un elemento del engaño propio de la estafa: “La Sala es conforme en que la acusada vistió en numerosas ocasiones la toga de abogado lo que hacía incluso en las propias dependencias de los Juzgados, a los que se hacía acompañar de los propios denunciantes simulando, en esta forma, la cualidad profesional de la que carecía; asimismo ha venido haciendo ostentación pública de esta condición, poseyendo tarjetas de visitas en la que se establecía esta condición personal. Sin embargo se requiere precisar que la razón de lo anterior no traía fundamento en la pretensión de ejercer la abogacía, para lo que en cualquier caso no se hallaba capacitada (tenía aprobadas únicamente dos asignaturas de primer curso) o vulnerar los bienes jurídicos protegidos por el art. 403 del Código Penal, sino que tal actividad se hallaba integrada como un ELEMENTO MAS DEL ENGAÑO PROPIO DE LA ESTAFA; se trataba de hacer creer a la víctima que realmente era una profesional dedicada al ejercicio de la abogacía. Sin esta premisa el engaño era del todo punto imposible. Y es por ello que poco importa ya que hiciera uso público de la toga propia de abogado o aparentara una actividad de asesoramiento (para lo que no se hallaba capacitada objetivamente); todas estas actividades no eran más que parte del entramado dispuesto por la misma para conseguir la transmisión patrimonial que perseguía. Así pues estos hechos no

constituyen, a juicio de la Sala, una infracción por separado. Deben ser entendidos como actos inherentes a la propia actividad criminal indispensables para generar el error y conseguir, de esta forma, el acto de disposición o desplazamiento patrimonial. No nos hallamos pues ante una actividad autónoma e independiente, atentadora contra las normas que regulan, en beneficio de la colectividad, el ejercicio de la abogacía, (INTRUSISMO), sino ante un puro acto de oportunismo de quien pretende engañar a la víctima atribuyéndose una profesión sin la cual la estafa resultaría imposible”.

d).- Aplicación del subtipo agravado. Requisitos.-

La conducta intrusa, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, se agrava en el artículo 403.2, castigándose con *pena de prisión de seis meses a dos años si concurriese alguna de las siguientes circunstancias: a) Si el culpable, además, se atribuyese públicamente la cualidad de profesional amparada por el título referido y b) Si el culpable ejerciere los actos a los que se refiere el apartado anterior en un local o establecimiento abierto al público en el que se anunciare la prestación de servicios propios de aquella profesión.*

La dicción del subtipo agravado no hace precisa la concurrencia de una publicidad masiva y se satisface meramente con el hecho de que la atribución de la calidad profesional inexistente se produzca en un ámbito no privado, de cierta amplitud. Así, la STS 693/2010, de 19 de julio (rec. 196/2010) considera suficiente para estimar de aplicación el subtipo agravado el uso del título ficticio en dos procesos de selección, la actuación sin habilitación legal en dos procedimientos judiciales y la auto-presentación como letrado en ejercicio en una publicación que se distribuía a algunos miles de personas.

PARTE TERCERA: CONCLUSIONES.-

1º.- Es necesario que se aborde la regulación mediante una Ley Orgánica del Derecho de Defensa que actualmente encuentra su regulación disperso en varias leyes de procedimiento.

2º.- Se debe incorporar a nuestro ordenamiento jurídico y a nuestro sistema de garantías una regulación sistemática de todos los aspectos de este derecho fundamental, con el rango constitucional adecuado, que se encuentran recogidos en una amplia legislación de acuerdo con los criterios jurisprudenciales que se ha ido fijando por el Tribunal Constitucional y el Tribunal de Derechos Humanos.

3º.- En la nueva Ley Orgánica se deben integrar todos los derechos de defensa que afectan a los ciudadanos españoles y extranjeros con una visión integral de este

derecho, en el que se comprendan los derechos y deberes que corresponden a los ciudadanos y a los abogados, como colaboradores de la Administración de Justicia.

4º.- Quien no está colegiado no es abogado. Para poder ejercer la abogacía es preciso obtener el título profesional de abogado y estar colegiado. Por lo tanto, cualquier persona que pretenda ejercer la abogacía habrá de cumplir ambos requisitos, y si no cumple con cualquiera de ellos cometerá un acto de intrusismo profesional.

Pero no todo acto de intrusismo es constitutivo de delito. El tratamiento penal del intrusismo constituye una cuestión compleja y se reserva -por lo general- a aquellos supuestos más graves: el ejercicio ante los tribunales por quienes carecen del título profesional de Abogado. La jurisprudencia, no obstante, no es pacífica, por lo que encontramos resoluciones judiciales muy dispares sobre la cuestión.

5º.- El ejercicio de la profesión sin estar colegiado por quienes disponen del título profesional de abogado es una conducta impune y, ante este panorama, los Colegios de Abogados se encuentran en una difícil situación, puesto que la responsabilidad disciplinaria es inoperante para perseguir estas conductas intrusas. Los instrumentos para defender la profesión en estos casos son complejos y creo que es fundamental articular medidas preventivas sólidas para evitar que sea posible actuar ante los tribunales sin estar colegiado.

Por otra parte, se muestra como evidente que la abogacía está especialmente desprotegida ante las conductas intrusas de asesoramiento extrajudicial o de consejo jurídico (y ello a pesar de que fue retirado en su día el Anteproyecto de Ley que pretendía dispensar de la obligación de colegiación a los abogados que en su actividad profesional se limitan a asesorar o prestar consejo jurídico).

6º.- Por ello, los Colegios de Abogados deben ejercer la acción penal y estar presentes en todas las causas penales por intrusismo, o denunciar sistemáticamente ante la administración las conductas de competencia desleal cuando la vía penal no sea la adecuada.

7º.- Finalmente, no debemos olvidar que denunciar los actos de intrusismo es una obligación de todos los abogados y que no podemos permanecer impassibles ante estas conductas que hacen un daño irreparable a nuestra reputación como profesionales. Es nuestro deber cuidar y defender el prestigio de la profesión. Denunciar ante el Colegio cualquier conducta intrusa es tan obligado para todos los colegiados como lo es para los Colegios actuar de inmediato para perseguirlas.

ÍNDICE.-

POR UNA NUEVA LEY ORGÁNICA REGULADORA DEL DERECHO A LA DEFENSA E INTRUSISMO.

PARTE PRIMERA: POR UNA NUEVA LEY ORGÁNICA REGULADORA DEL DERECHO A LA DEFENSA.

I.- INTRODUCCIÓN.

II.- EL DERECHO DE DEFENSA COMO GARANTÍA CONSTITUCIONAL.

III.- EL DERECHO DE DEFENSA Y LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.

IV.-MODALIDADES DE EJERCICIO DEL DERECHO A LA DEFENSA.

V.- DERECHO DE DEFENSA COMO PILAR BÁSICO DEL ESTADO DE DERECHO.

VI.- INFLUENCIA DEL DERECHO EUROPEO EN LA EVOLUCIÓN DE LA ABOGACÍA.

VII.- EL DERECHO A LA DEFENSA COMO DERECHO DEVALUADO EN LA PROPIA CONSTITUCIÓN.

A).- La regulación del derecho de defensa en la asistencia al detenido.

B).- El derecho de defensa y la intervención de las comunicaciones.

C).- Otros aspectos del derecho de defensa en el proceso penal.

VIII.- OTRAS VERTIENTES DEL DERECHO DE DEFENSA QUE PRECISAN DE REGULACIÓN.

PARTE SEGUNDA.- EL INTRUSISMO.

I.- INTRODUCCIÓN

II.- LA PROFESIÓN DE ABOGADO.

A).- Los actos propios de la profesión de abogado.

B).- La titulación necesaria.

C).- La exigencia legal de la colegiación.

III.- LA PROTECCIÓN DE LA PROFESIÓN FRENTE AL INTRUSISMO.

A).- La regulación penal del delito de intrusismo.

B).- La responsabilidad disciplinaria.

IV.- LOS ACTOS DE INTRUSISMO Y SUS CONSECUENCIAS.

A).- El ejercicio profesional sin cumplir con el requisito de la colegiación por quien posee el título profesional de abogado, una conducta impune.

B).- La inoperancia de la responsabilidad disciplinaria para perseguir el intrusismo profesional.

a).- El ejercicio de acciones de la Ley de competencia desleal.

b).- La infracción en materia de consumidores y usuarios.

C).- El ejercicio profesional por quien no posee el título profesional de abogado y sus consecuencias.

a).- La intervención ante los tribunales por quien carece del título académico habilitante, único supuesto en el que la jurisprudencia es unánime.

b).- El Tribunal Supremo considera, salvo alguna excepción, que el asesoramiento o consejo jurídico por quien no es abogado no integra el delito de intrusismo.

c).- El asesoramiento o consejo jurídico por quien no es abogado en la jurisprudencia menor. Especial referencia a los criterios seguidos por las Audiencias Provinciales de Cáceres y de Badajoz.

d).- Aplicación del subtipo agravado. Requisitos.

PARTE TERCERA: CONCLUSIONES.

BIBLIOGRAFÍA:

- CHOCLÁN MONTALVO, J. A.: El delito de intrusismo: usurpación de funciones tituladas, Bosch, Barcelona, 1998.
- COBO DEL ROSAL, M/ QUINTANAR DÍEZ, M.: El delito de intrusismo, edit. Cesej, Madrid, 2005
- GONZÁLEZ CUETO, T.: Diario La Ley, Nº 9079, 13 de Noviembre de 2017. Editorial Wolters Kluwer
- JAVATO MARTÍN, M.: «Comentario al art. 637 del Código Penal», Comentarios al Código Penal (Dir. Gómez Tomillo), edit. Lex Nova, 2ª edic., Valladolid, 2011
- JIMÉNEZ SEGADO, C.: La responsabilidad penal de los abogados. La intervención del derecho penal en la profesión. Dykinson, S.L. 2017.
- MACÍAS ESPEJO, B./ SUÁREZ LÓPEZ, J. M^a.: “Comentario al art. 403 del Código Penal”, Comentarios al Código Penal, 2ª época, (Directores: Cobo del Rosal/ Morillas Cueva), t. XII, edit. Dykinson, Madrid, 2011.